EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO

Ref.: Inquérito Civil nº 457/21

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, no uso de suas atribuições legais, por meio da presente e do Promotor de Justiça subscrito, vem propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com pedido liminar

em face de **Tickets For Fun (T4F Entretenimento S/A)**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 002.860.694/0001-62, com sede na Av. Brigadeiro Luis Antônio, nº 411, sala 02, CEP: 01317-000 – São Paulo/SP, pelos fatos e fundamentos alinhados a seguir:

Dos Fatos

O inquérito civil público que serve de base à presente foi instaurado em razão de reclamação da consumidora Marcella Gonzales Pavão noticiando que, **em 2019**, comprou ingresso para o show da cantora Taylor Swift, a ser realizado em São Paulo, no período de **maio a junho de 2021**, que, contudo, foi cancelado pelo estabelecimento virtual Ticket Four Fun, **em 26/02/21**, **vindo a, desde então, se recusar, com base na lei nº 14.046/20, a efetuar a devolução do valor pago pelo ingresso.**

Outros consumidores passaram, então, a também formular reclamações, conforme se verifica da documentação que instrui a presente, noticiando a impossibilidade de reembolso dos valores pagos pelos ingressos adquiridos para o show da referida cantora.

Em consulta ao *site* do ora réu, havia, à época, informe no qual era divulgado que a própria artista teria comunicado a impossibilidade de realizar o reagendamento do show aludido, desculpando-se com o seu público espectador, conforme se pode verificar da documentação em anexo.

Instado a se manifestar sobre os fatos acima mencionados, o réu informou que o show da cantora Taylor Swift estava inicialmente previsto para os dias **18 e 19.07.20** e que, em razão do início da pandemia, **o evento foi adiado para o ano de 2021**. Posteriormente, **pela decisão da própria artista**, que decidiu que não viria mais ao Brasil em virtude da manutenção do cenário pandêmico, **o show foi definitivamente cancelado em fevereiro de 2021**.

Em atenção aos questionamentos feitos por este órgão ministerial, esclareceu que as vendas dos ingressos ocorreram da seguinte forma:

- TAYLOR SWIFT – PRIMEIRO DIA
  Pré-venda Fã Clube: **De 22 a 24 de outubro de 2019** (Link oculto disparado para base cadastrada no site da artista);
  Pré-venda C6 Bank Mastercard: **De 22 a 24 de outubro de 2019**;
  Venda Geral: **Dia 25 de outubro até 17.04.2020**.

- TAYLOR SWIFT – SEGUNDO DIA
  Pré-venda Fã Clube: **De 29 a 31 de outubro de 2019** (Link oculto disparado para base cadastrada no site da artista);
  Pré-venda C6 Bank Mastercard: **De 29 a 31 de outubro de 2019**;
  Venda Geral: **Dia 01.11.2019 até 17.04.2020**

Prossegue, informando que, quando do adiamento do show, disponibilizou aos consumidores ambas as alternativas previstas na Lei nº 14.046/20, quais sejam, **a reutilização dos ingressos adquiridos no novo dia do evento ou a utilização do**

crédito em outros eventos produzidos e que comunicou, à época, aos consumidores as medidas adotadas.

Entretanto, com o cancelamento do show, **esclareceu que a alternativa disponível passou a ser a utilização do crédito em outros eventos produzidos por ela**, nos termos do art. 2º, inciso II da Lei nº 14.046/20, vez que, com base na referida lei, **não realizaria o reembolso do valor pago pelo consumidor**, mas disponibilizaria o crédito correspondente ao valor do ingresso para utilização posterior em qualquer outro evento produzido pela T4F.

Ressaltou que **a única hipótese de reembolso do valor pago pelos ingressos seria no caso de cancelamento da compra pelo consumidor dentro de 07 (sete) dias (direito de arrependimento)**, o que não se enquadraria na situação em tela, na medida em que as compras de ingressos de que trata o presente **procedimento são atos jurídicos perfeitos**, já consolidados. Entretanto, os consumidores, nesse caso, no entender do réu, **não fariam jus ao exercício do direito de arrependimento (art. 49, do CDC)**.

Diante do fato de a contratação do show acima aludido ter se dado, em muitos dos casos, **no ano de 2019**, quando ainda não vigorava a Lei nº 14.046/20, que, dentre outros dispositivos, permite que o fornecedor do serviço correlato possa substituir a sua obrigação por crédito para evento análogo ou abatimento na compra de outros serviços, reservas ou eventos disponíveis, o Ministério Público indagou se o reembolso poderia ser realizado. O réu, contudo, argumentou que, desde o início da vigência da Medida Provisória nº 948/20, as disposições ali contidas seriam aplicadas aos eventos que foram cancelados e/ou adiados em razão do estado de calamidade, sendo o caso do show da cantora Taylor Swift.

Tendo em vista as informações prestadas pelo réu que, se valendo da Lei nº 14.046/20, se nega a realizar o reembolso do valor desembolsado pelo consumidor, mesmo nos casos em que a compra do ingresso se deu antes do advento da edição da referida legislação, não restou alternativa que não o ajuizamento da presente demanda

coletiva de consumo a fim de tutelar os direitos dos consumidores, que assim desejarem, para o reembolso da quantia despendia para o show em comento.

PRELIMINARMENTE

O **MINISTÉRIO PÚBLICO** possui legitimidade para a propositura de ações em defesa dos direitos transindividuais dos consumidores, *ex vi* do art. 81, parágrafo único, II e III c/c art. 82, I da lei nº 8.078/90. Ainda mais em hipóteses como a vertente, em que o número de lesados é extremamente expressivo e se encontra disperso, dificultando a defesa dos respectivos direitos individuais.

Constata-se, ainda, que os valores em jogo são relevantes, já que o serviço prestado pelo réu abrange um número ingente de consumidores, revelando, por conseguinte, o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Neste sentido, podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 2523686/SP, 4ª Turma, DJ 05/06/2000, pág. 176)"*

A Instituição autora, neste mister, atua no exercício que lhe confere o Título IV, Capítulo IV, Seção I, da Carta Constitucional de 1988, mais precisamente do inciso III, do art. 129, onde "*são funções institucionais do Ministério Público (III) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Na esteira desse dispositivo citado, o artigo *25,* inciso IV, alínea "a", da Lei Federal *8.625/93* - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - estatui que *"além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público* (..) *promover o inquérito civil e ação civil pública* (..) *para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis"* (grifei).

A Lei n. ° 7.347/85 (LACP) atribui legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para a prevenção ou reparação dos danos causados ao consumidor, em decorrência de violação de i*nteresses ou direitos difusos, coletivos* e individuais homogêneos (v. artigos 1º, 3º, 5°, *"caput",* e 21).

A Lei n.° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) atribui ao Ministério Público legitimação para a defesa coletiva dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, com fulcro no artigo 82, inciso I, c/c o artigo 81, parágrafo único, incisos I e II.

DO MÉRITO

Antecedentes Necessários

Antes de ingressarmos no tema propriamente dito, necessário se faz tecer breves comentários sobre algumas questões que cercam o objeto da presente ação civil pública, a fim de alicerçar os argumentos que embasarão o pleito ministerial.

Da irretroatividade da lei

A **Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020,** ao dispor que, "**recusando-se o prestador dos serviços ou a sociedade empresária ao cumprimento da obrigação contratual, cancelando serviços, reservas e eventos, incluídos shows e espetáculos,**

não serão obrigados a reembolsar valores pagos pelo consumidor", possibilitou, unilateralmente, subtrair deste último a opção de reembolso da quantia já paga. Eis o dispositivo legal:

> *"Art. 2º Na hipótese de adiamento ou de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021, em decorrência da pandemia da covid-19, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem: (Redação dada pela Lei nº 14.186, de 2021)*
> *I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos adiados; ou*
> *II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos disponíveis nas respectivas empresas."*

De fato, houve a promulgação da Medida Provisória nº 948, **de 08 de abril de 2020**, a qual foi convertida na lei acima mencionada, que dispõe sobre as hipóteses de cancelamento de serviços em razão do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19.

Portanto, como se vê de seus ditames, em primeiro lugar, temos que a referida legislação somente passou a vigorar **a partir de 08 de abril de 2020**, se dando, portanto, de modo a reger relações jurídicas estabelecidas a partir de sua vigência, abstraindo-se, num primeiro momento, de sua constitucionalidade material, o que se abordará mais adiante.

Destarte, a princípio, não tem o condão de aplicar-se a relações jurídicas estabelecidas por conta de compras de ingresso ou contratações de shows, eventos e reservas anteriores, uma vez que o ato assim praticado é um **ato jurídico perfeito**, nas próprias palavras do ora réu quando de sua resposta ao inquérito civil instaurado, sob pena de malferimento a princípio e garantia fundamental da constituição, com grave risco à segurança jurídica.

Conforme informado pelo réu, as vendas de ingresso para o show da cantora Taylor Swift foram realizadas de forma escalonada, tendo sido alguns ingressos vendidos de forma diferenciada, a fim de abarcar uma categoria específica de consumidores, a saber, o fã clube e o C6 Bank Mastercard, conforme se vê abaixo:

• TAYLOR SWIFT – PRIMEIRO DIA Pré-venda Fã Clube: De **22 a 24 de outubro de 2019** (Link oculto disparado para base cadastrada no site da artista); Pré-venda C6 Bank Mastercard: De **22 a 24 de outubro de 2019**; Venda Geral: Dia **25 de outubro** até 17.04.2020.
• TAYLOR SWIFT – SEGUNDO DIA Pré-venda Fã Clube: De **29 a 31 de outubro de 2019** (Link oculto disparado para base cadastrada no site da artista); Pré-venda C6 Bank Mastercard: De **29 a 31 de outubro de 2019**; Venda Geral: Dia **01.11.2019** até 17.04.2020

Analisando a tabela acima, verifica-se que os períodos disponibilizados pelo réu para a aquisição dos ingressos pelas categorias de fã clube e C6 Bank Mastercard se deram antes da edição da lei nº 14.046, de **24 de agosto de 2020, e mesmo da medida provisória nº 948/20**. Mesmo a venda destinada ao público em geral foi iniciada antes da edição da referida lei e da própria medida provisória nº 948, **de 08 de abril de 2020**, de acordo com o citado pelo próprio demandado.

Ora, a regra adotada pelo ordenamento jurídico é de que a lei não poderá retroagir para atingir tanto o ato jurídico perfeito, como o direito adquirido e a coisa julgada, em observância à garantia constitucional do inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/88, visando a assegurar a certeza e a estabilidade das relações jurídicas já estabelecidas.

O referido princípio, inclusive, apresenta duplo fundamento, sendo um de ordem constitucional e outro de ordem infraconstitucional.

Como dito, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que: "*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*" Já o art. 6º, da LINDB, diz o seguinte: "*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*"

Apesar de a regra da irretroatividade não ser absoluta, em razão de conviver com outro preceito de direito intertemporal, que é o da eficácia imediata e geral da lei nova, essa não abrange os fatos passados nos quais se incluem **o ato jurídico perfeito**, o que é a hipótese dos presentes autos, tendo, inclusive, o réu afirmado tal fato.

Com relação ao ato jurídico perfeito, Maria Helena Diniz[1] preceitua que é o ato: ***"[...] já consumado, seguindo a norma vigente ao tempo em que se efetuou. Já se tornou apto para produzir os seus efeitos.***"

Dessa forma, é possível perceber que a Constituição Federal, como a LINDB, determina total respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, no intuito de preservação da segurança jurídica.

Logo, se infere que o princípio-norma da Constituição Federal é aplicável ao caso presente, eis que a lei estipula um prazo para sua a aplicação, qual seja***, 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021***, *verbis*:

> *"Art. 2º Na hipótese de adiamento ou de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos,* ***de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021,*** *em decorrência da pandemia da covid-19, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem: (Redação dada pela Lei nº 14.186, de 2021)*
> (...)" *(gn).*

[1] *Diniz, Maria Helena.* "Conflito de leis." *3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1998. Pag. 37*

Ora, se a venda dos ingressos se iniciou **ainda no ano de 2019**, a norma não pode se aplicar aos consumidores que adquiriram os ingressos naquele ano (2019). A própria lei, inclusive, excetua os consumidores que compraram os ingressos fora do período ***de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021***, não sendo aplicável a esses a regra do não reembolso por parte do fornecedor dos serviços correspectivos, sendo esta uma das hipóteses trazidas à baila pelo *Parquet.*

Ressalte-se que o Ministério Público, num primeiro momento, em observância à referida lei, verifica de sua simples leitura que é ela inaplicável a vários negócios jurídicos, atos jurídicos perfeitos, ocorridos em data pretérita, qual seja, antes do advento da legislação em comento e, até mesmo, do período por ela referido, pois já de há muito adquirido o direito correlato, por vários consumidores, quanto aos ingressos respectivos para o show da famosa cantora pop, **pois se deu sua pré-venda ainda em 2019**.

Pois bem!

Quanto ao mais, das vendas realizadas também no período referido no ato legislativo mencionado, temos que ela não pode ser aplicada aos consumidores que adquiriram o ingresso antes do período da edição da referida norma, ainda que esta se dirija a período pretérito, eis que, pelo princípio mencionado, não há como validamente aplicar-se a **atos jurídicos perfeitos,** realizados anteriormente, em homenagem ao Princípio da Irretroatividade da Lei.

O tema já foi examinado pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar uma questão de ordem, no caso da "Lei do Distrato", vejamos:

> *"(...) 3- A presente Questão de Ordem tem por objetivo esclarecer pontos relevantes para ensejar o posterior julgamento dos recursos repetitivos, se for o caso, de modo a evitar surpresa para as partes e insegurança jurídica. Por certo, houve circunstância fático-jurídica relevante após a afetação do presente recurso, em decisão colegiada desta egrégia Seção (acórdão, fls. 256-265), com o advento da Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, alterando as Leis n. 4.591/1964 e 6.766/1979, para disciplinar questões acerca do inadimplemento (parcial ou absoluto) em contratos de compra e venda, promessa de venda,*

cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária ou de loteamento.

A lei decorre do Projeto de Lei n. 1.220/2015, de autoria do Deputado Celso Russomanno, com a seguinte justificativa, in verbis:
"A desistência de compra de imóveis na planta tem se tornado um tormento ao consumidor em face da ausência de norma legal que regulamente a questão. Atualmente os Tribunais de todo o País e as Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público vem estabelecendo como justa a possibilidade de retenção pelas incorporadoras do valor de 10 % (dez por cento) sob título de ressarcimento de custos, todavia, algumas empresas ofertam a devolução de quantias menores aos consumidores obrigando-os a procurarem o judiciário.
Em face do exposto, propomos a presente regulamentação da questão para dar garantir segurança tanto aos consumidores quanto às empresas e evitando que inúmeras ações sejam encaminhadas ao judiciário".

A lei aprovada contém a seguinte ementa:
"Altera as Leis nos 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano."

É bem de ver, assim, que, no âmbito doutrinário, há acesas controvérsias bem identificadas, especialmente relacionadas à aplicação da lei no tempo, que consistem em saber, acerca da Lei n. 13.786/2018, se: a) a solução estabelecida por esse Diploma é aplicável a contratos firmados anteriormente a sua vigência; b) pode ser aplicada por analogia em outros contratos assemelhados ou apenas naqueles a envolver imóveis em incorporação imobiliária (imóveis "na planta") ou loteados; c) nas relações de consumo, é afastado o CDC naquilo que não for compatível.
Em alentado estudo sobre a bem recente Lei, os Consultores Legislativos Carlos E. Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva expõem a questão com clareza e apresentam suas conclusões: "As críticas aos tropeços técnicos da lei já estão sendo disparadas por grandes juristas. Por exemplo, o civilista Otávio Luiz Rodrigues Junior fez várias denúncias, afirmando que: (1) ao tratar de resolução e resilição como se fossem iguais, a nova lei ignorou que se tratavam de "hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica"; (2) "em mais outro assassínio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo"; (3) "a nova lei peca ao usar terminologia ultrapassada ou pouco técnica";
[...]
De um lado, é atécnico chamar o novo diploma de "Lei do Distrato", pois, além do distrato, o seu foco é disciplinar o desfazimento do contrato por culpa de uma das partes (resilição unilateral ou resolução por inadimplemento).
De outro, é equivocado entender que a lei trata de todos os contratos de aquisição de imóvel. Ela, na verdade, só cuida dos que envolvem venda de imóveis "na planta", seja em regime de incorporação, seja em regime de loteamento. Portanto, contratos de venda de imóveis já construídos entre particulares não são tratados pela nova lei. Apesar disso, em se tratando de venda de imóveis construídos, deve ser admitida, por analogia, a aplicação da nova lei quando o comprador puder ser considerado consumidor, pois, onde há o

mesmo fundamento, deve haver a mesma regra (ubi eadem ratio, ibi eadem iuris). O art. 4 da LINDB autoriza essa analogia

Em vendas entre particulares sem relação de consumo, não há razão para a incidência analógica da nova lei: o regime da liberdade contratual deve seguir as regras gerais do direito civil.

Por fim, embora a lei só trate de contratos de compra e venda e de seus desdobramentos (promessas e cessões), ela também deve ser estendida, por analogia, mutatis mutandi, a outras espécies contratuais envolvendo transferência de imóvel, como o contrato de permuta. Assim, se um consumidor trocar um terreno próprio por um apartamento "na planta", devem-se observar analogicamente as regras da nova lei, como as de limites de valores de multas compensatórias. [...]

Entendemos que a nova lei será aplicável quando houver consumidor, pois, além de os debates no Congresso Nacional terem sido focados em calibrar as regras perante os consumidores, a nova lei faz referência esparsa ao CDC em alguns dispositivos, a exemplo do novo art. 35-A da Lei 4.591/64.

[...]

A nova lei só poderá atingir contratos celebrados posteriormente à entrada em vigor. Não poderá, jamais, atingir contratos anteriores, nem mesmo os efeitos futuros desse contrato, porque a retroatividade – ainda que mínima – é vedada no direito brasileiro para normas que não sejam constitucionais originárias. A propósito, reportamos o leitor a excelente artigo da Ministra Fátima Nancy Andrighi[4] e também ao texto "Caso dos planos de saúde a retroatividade das leis"[5].

Assim, se, após a entrada em vigor da nova lei, um consumidor incorrer em inadimplência em relação a um contrato antigo, o caso deverá ser disciplinado pela legislação anterior. Não pode a nova lei incidir, sob pena de se chancelar uma retroatividade mínima para a nova lei, o que seria inconstitucional.

De qualquer forma, por uma manobra astuciosa, há a possibilidade de os tribunais, à luz da legislação anterior, mudarem seus entendimentos para chegarem a um resultado igual ao da nova lei, especialmente quando a questão tiver sido tratada com base na volatilidade de princípios e de cláusulas abertas. Assim, por exemplo, os tribunais costumavam considerar abusivas as multas compensatórias acima de 15% do valor pago contra o consumidor e, para tanto, valia-se do conceito aberto de abuso de direito previsto nos arts. 413 do CC e 51 do CDC. Os tribunais poderiam, baseando-se nesse mesmo conceito aberto, passar a entender que a multa compensatória poderia chegar a 25% ou a 50% conforme haja ou não patrimônio de afetação, tudo de modo a chegar ao mesmo resultado prático da nova lei.

Entendemos, porém, que essa manobra seria indevida e jamais deveria ser admitida pelos tribunais para o caso em específico, pois, além de os referidos percentuais serem alarmantes à luz do ordenamento jurídico anterior à nova lei, a orientação consolidada dos tribunais gera legítima expectativa nos indivíduos, que, confiando nela, celebram contratos e propõem ações judiciais. Mudar jurisprudência consolidada gera insegurança jurídica.

Seja como for, caso os tribunais venham a mudar o seu entendimento, eles devem, no mínimo, modular os efeitos por dois motivos.

O primeiro motivo é que o próprio CPC protege essa boa-fé e essa segurança jurídica, recomendando a modulação de efeitos da mudança de jurisprudência consolidada a fim de que o novo entendimento só se aplique para ações judiciais posteriores (art. 927, § 3º, CPC).

O segundo é que, ao nosso sentir, essa modulação dos efeitos é exigência do princípio constitucional da segurança jurídica e da legalidade. É que a norma jurídica tem de ser prévia. E, por norma jurídica, há de entender-se não apenas o texto legal, mas também a sua interpretação, pois, como é consabido, lei é texto e contexto. Portanto, seria inconstitucional mudança de jurisprudência consolidada para atingir ações judiciais anteriores.
Desse modo, temos que, na hipótese de os tribunais vierem a mudar sua jurisprudência consolidada para chegar a um resultado similar ao da nova lei, é dever deles aplicar essa nova orientação apenas para ações judiciais propostas posteriormente à nova lei, sob pena de ferir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade*. (...)*

Também parece ser essa a posição do estudioso do assunto Antonio Ricardo Corrêa, em artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania (edição 222, fevereiro/2019), ao estabelecer que:
"Como se não fosse pequeno esse desafio, deverá se ter profunda serenidade e equilíbrio no uso da Lei no 13.786/2018, não se afastando do caminho de convocar o Legislativo a se unir ao Judiciário, ao Executivo e ao mercado imobiliário para juntos acharem uma solução completa, sustentável e eficaz, advertidos todos que soluções unilaterais estarão longe de resolver o problema e perto de torná-lo definitivo e irrecuperável. Há que se decidir, ainda, se a nova lei se aplicará aos contratos em curso ou apenas aos novos contratos, ***me parecendo ser essa última a interpretação mais técnica, embora seja razoável admitir que as decisões das ações de distrato ainda em curso possam revelar um aumento do percentual de retenção até o limite de 50%"****.*

Nesse mesmo diapasão, vêm bem a calhar as ponderações da eminente Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento pela Terceira Turma do REsp n. 1.249.484/MS - que trata da aplicação ou não do CDC a contrato de transporte anterior à sua vigência -, ***ao assentar que não há necessidade de dispositivo expresso fixando que não retroagirá a nova lei****, inclusive que eventual artigo nesse sentido teria caráter meramente explicitante (julgado em 15/5/2012, DJe 21/5/2012), in verbis:*
"Valem, destarte, aqui, as observações que fiz no voto proferido quando do julgamento do REsp 782.433/MG:
Não se pode olvidar que a CF/88 adotou, como regra geral do sistema, o princípio da não-retroatividade da lei*, admitindo-se, por outro lado, a sua retroatividade como exceção.* ***Assim o fez ao prescrever em seu art. 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Não outro o sentido imposto pelo comando legal constante do art. 6º da LICC, segundo o qual "a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Destarte, em princípio, o fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência. Trata-se de regra geral de direito intertemporal, de incidência imediata e inexorável da lei. Se está em vigor, portanto apta para incidir, e o fato nela previsto ocorre, dá-se a incidência, vale dizer, o fato ganha imediatamente a significação jurídica que a lei vigente lhe atribui. Acrescente-se, por oportuno, que não há necessidade de dispositivo expresso fixando essa incidência imediata. A norma que inclui artigo nesse sentido terá caráter meramente explicitante. Sua ausência não faz com que as leis silentes sobre a questão intertemporal sejam retroativas****.*
[...]

Não obstante a regra geral de irretroatividade, a questão que se põe é saber se, por ser norma de ordem pública, o CDC se aplicaria retroativamente àquelas situações já consumadas.
Nesse aspecto, Caio Mário da Silva Pereira anota que "quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública" *(Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 149).*
A partir dessas ponderações, conclui-se que o CDC não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública. ***O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o legislador constituinte admitir como regra a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar expressamente tal situação no próprio texto constitucional. Sendo assim, os fatos já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei consumerista, não são atingidos por sua força e autoridade legislativa.***
[...]
Não há, portanto, a incidência do art. 27 do CDC à espécie.

Do juízo perfilhado pela Quarta turma extrai-se também que, ***em vista da irretroatividade de lei, não seria possível a modificação do entendimento jurisprudencial nos processos pendentes de julgamento, se fosse decorrente de mudança normativa*** *(AgInt nos EDcl no AREsp n. 910.775/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 27/3/2018).*
4. Diante desse cenário, para a solução da presente Questão de Ordem, anoto que o art. 6º, II, da LINDB esclarece ***que se consideram adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.***
Mutatis mutandis, o art. 131 do CC estabelece que ***o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito. Em suma, a materialização da condição suspensiva contratual referente à pactuação acessória de multa moratória (avençada com valor definido em porcentagem ou em valor nominal, no mais das vezes de fácil identificação) protrai o eventual exercício, mas não a aquisição do direito, que se integra imediatamente ao patrimônio jurídico da pessoa, sem afetar sua existência e validade.***
De fato, o direito que se integrou ao patrimônio jurídico de uma pessoa ***terá que ser respeitado pelas normas que surjam futuramente e eventualmente disciplinem de maneira diferente a matéria, pois a sucessão de normas no tempo não afeta o direito que se incorporou ao patrimônio jurídico*** *(COELHO, Fábio Alexandre. Lei de introdução às normas do direito brasileiro comentada. São Paulo: Edipro, 2015, p. 120-122).*
Não se pode olvidar que uma norma legal ou infralegal não mais vigente poderá continuar vinculante, atingindo casos anteriores à sua revogação,

produzindo seus efeitos, porque deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. *A norma poderá ser eficaz, mesmo já revogada (DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 204-206).*
Deveras, a eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; consequentemente, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é prius; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático sobre o qual ela incida. Completado o suporte jurídico, a regra jurídica incide - ***"[o] que nos interessa é, tão-só, a data da sua incidência sobre o suporte fático; portanto, só a data do fato jurídico"*** *(MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de direito privado. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 33, 35 e 36).*
No ponto, para a aferição da presença do direito adquirido, é necessário que: a) tenha ocorrido um ato ou fato jurídico com o condão de produzir consequências jurídicas, levando a pessoa a adquirir um direito que passa a integrar seu patrimônio jurídico; b) ainda não tenha sido exercido, evidentemente, pois isso faria desaparecer o direito adquirido, que passaria a ser qualificado como consumado, efetivado ou implementado (COELHO, Fábio Alexandre. Lei de introdução às normas do direito brasileiro comentada. São Paulo: Edipro2015, p. 121).

Nesse passo, consoante o abalizado escólio doutrinário, a garantia estabelecida no art. 6º da LINDB impõe a intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito:
"A garantia inscrita no art. 6º da LINDB foi incorporada ao texto das Constituições brasileiras e presentemente está reproduzida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal [...]. O tema é correlato à irretroatividade da lei.
Note-se que a garantia em questão não proíbe a retroação. ***A noção de irretroatividade é dirigida ao intérprete****.* ***Em princípio não se interpreta uma lei de modo a que se aplique a fatos pretéritos****, salvo se ela for expressa nesse sentido. Ao retroagir, porém,* ***a lei deve pôr a salvo o direito o adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*** *Então o mandamento constante da LINDB e da Constituição Federal significa que a lei, nas hipóteses em que retroaja,* ***deve respeitar as mencionadas balizas.*** *A retroação, por conseguinte, é exceção e não regra;* ***mesmo quando excepcionalmente se materialize, encontra óbice no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.***
[...]
A retroatividade é um problema que se põe no plano da eficácia da lei. Considerados os três planos, da existência, validade e eficácia, a retroatividade ligar-se-á a este último. A projeção de efeitos para o passado é chamada de retroeficácia; e a mantença de efeitos após a revogação é conhecida como ultratividade. ***Então as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada podem ser entendidas de duas maneiras: uma, como impedimento à retroeficácia da lei; a outra, como fundamentos de sua ultratividade****.*
No direito adquirido, a lei revogada continua a viver, isto é, projeta efeitos mesmo depois do fim de sua vigência. (RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p.100-101) ----------

O ato jurídico perfeito e a coisa julgada podem ser reconduzidos ao conceito de direito adquirido, que abrange os outros dois institutos.
[...]
Gabba, mestre italiano, professor da Universidade de Pisa, no seu livro clássico, que influenciou muitas gerações de juristas, teoria della retroattività delle leggi [...] dá a sua definição de direito adquirido [...] o que podemos traduzir para: "è adquirido todo direito que: a) ***é consequência de um fato idônea para produzi-lo, em virtude da lei e do tempo em que o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".***
[...]
De minha parte, entendo que o princípio da irretroatividade das leis significa princípio da intangibilidade do direito adquirido.
[...]

<u>A lei é irretroativa no sentido de que não pode voltar-se para o tempo anterior e reger casos pretéritos que já estejam acobertados pelo direito adquirido.</u>
[...]
A lei que entra em vigor tem efeito imediato e geral, regulando, em princípio, somente os casos futuros.
[...]
O princípio de que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, sem poder reger os fatos passados que representem direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, caput), é absoluto, e se opõe a qualquer caos de retroatividade, seja maxima, média ou mínima. Como diz Washington de Barros Monteiro: "Todos esses casos são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menos, a direitos individuais". *(VELOSO, Zeno. Comentários à lei de introdução ao código civil. 2 ed. Belém: Unama, 2006, p. 131-137)*

No multicitado e histórico julgamento da ADI 493, Relator o insigne Ministro Moreira Alves, o Plenário do STF estabeleceu balizas para o alcance até mesmo de lei de ordem pública (cogente) nos efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela (retroatividade mínima), assentando que, se a lei alcançasse os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente, violaria o art. 5º, XXXVI, da CF. Confira-se:
"Ação direta de inconstitucionalidade. - ***Se a lei alcancar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade minima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F..*** *- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não e indice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primario da captação dos depositos a prazo fixo, não constitui indice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram indice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcancando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico*

perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos ja celebrados pelo sistema do Plano de Equivalencia Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e paragrafos 1 e 4; 20; 21 e paragrafo único; 23 e paragrafos; e 24 e paragrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724).

Assim, "tratando-se de contrato legitimamente celebrado, ***as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento****, a regular, inclusive, os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova [...], uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível,* ***o Estado passaria a dispor de um temível poder de intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas conseqüências jurídicas****"(AI 251.533, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 25/10/1999, publicado em DJ 23/11/99, p. 32).*
5. Destarte, penso que não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei n. 13.786/18 para a solução de casos anteriores ao advento do mencionado Diploma legal (retroatividade da lei, com consequente modificação jurisprudencial, com ou sem modulação). Ainda que se possa cogitar de invocação de algum instituto da nova lei de regência para auxiliar nas decisões futuras, e apenas como norte principiológico - pois haveria mesmo necessidade de tratamento mais adequado e uniforme para alguns temas controvertidos -, é bem de ver que a questão da aplicação ou não da nova legislação a contratos anteriores a sua vigência está a exigir, segundo penso, uma pronta solução do STJ, de modo a trazer segurança e evitar que os jurisdicionados que firmaram contratos anteriores sejam surpreendidos, ao arrepio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.
É notória a tradição deste Colegiado de, em regra, não sufragar tese vinculante sem que tenha havido prévio debate em outros feitos propiciando adequado amadurecimento das questões envolvidas, razão pela qual reputo relevante e prudente - para ensejar segurança, evitar surpresa e permitir maior qualidade aos debates que envolvem os quatro recursos repetitivos afetados - estabelecer que não serão aplicados diretamente os dispositivos da Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento. (Recurso Especial nº 1.498.484 – DF – Ministro Relator Luis Felipe Salomão)(grifos nossos)

Deste modo, como se pode facilmente ver, aos consumidores que adquiriram os ingressos na vigência da lei nº 14.046/20, **a princípio**, não haveria que se pôr em dúvida a aplicação de tal legislação, mesmo que esta tenha mitigado os direitos dos

consumidores, pois tiveram acesso ao seu conteúdo, ficando ao livre arbítrio de cada um adquirir ou não determinado serviço/produto, ainda que correndo o risco de não ter a prestação respectiva satisfeita. Não há surpresa, ninguém podendo alegar desconhecimento da norma, justificando-se a exceção estabelecida pelas circunstâncias fáticas – pandemia – já conhecidas por todos.

Pois bem!

Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação aos consumidores que adquiriram os ingressos antes da vigência da mencionada legislação, pois, ao tempo da compra, legislação alguma havia quanto a esta possibilidade, eis que ainda nem ao menos eclodida a pandemia em curso, sendo plenamente aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, que garante não só o cumprimento forçado da obrigação, como a opção dada ao consumidor de reembolsar-se do que pagou, acaso não se possa mais exigir o seu cumprimento ou lhe seja da conveniência, em caso de inadimplemento do fornecedor.

Neste sentido, não pode se exigir desses consumidores o ônus de arcar com os prejuízos advindos da referida norma, uma vez que, além de não ter sido oportunizado a estes a escolha de assumir ou não os riscos inerentes à compra de ingressos nas condições explicitadas na lei em questão, uma pandemia, os contratos celebrados antes do advento da lei nº 14.046/20 constituem-se em **atos jurídicos perfeitos**, estando blindados, pois, os adquirentes dos referidos ingressos de mudanças supervenientes quanto ao objeto contratado, mesmo que decorrente de situação excepcional de calamidade pública decretada em razão da pandemia de COVID-19.

O próprio réu, na ocasião em que se manifestou no procedimento administrativo investigatório instaurado pelo Ministério Público, reconheceu que o ato jurídico praticado pelos consumidores quando da aquisição dos ingressos já teria sido aperfeiçoado, senão vejamos:

> *"15. A única hipótese de reembolso do valor pago pelos ingressos seria no caso de cancelamento da compra, pelo consumidor, dentro de 7 dias (direito de*

> *arrependimento), o que não se enquadra na situação em tela, **na medida que as compras de ingressos de que trata o presente procedimento são atos jurídicos perfeitos, já consolidados**. Os consumidores não fazem, nesse caso, jus ao exercício do direito de arrependimento (art. 49, do CDC). (grifos nossos)*

Quanto à blindagem conferida ao ato jurídico perfeito, temos, ainda, a seguinte decisão:

> *"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 123 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CIVIL. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/1998. DISCUSSÃO SOBRE A SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA. I - **A blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea, bem assim um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, consubstanciando garantias individuais de todos os cidadãos**. II - Os efeitos decorrentes da entrada em vigor da Lei 9.656/1998 em relação a fatos passados, presentes, futuros e pendentes pode variar, de acordo com os diferentes graus da retroatividade das leis, admitida pela doutrina e jurisprudência em casos particulares. III - Dentro do campo da aplicação da lei civil no tempo é que surge a regulamentação do setor de prestação de assistência suplementar à saúde, como forma de intervenção estatal no domínio econômico, implementada pela Lei 9.656/1998, a gerar reflexos no campo da aplicação da lei civil no tempo. IV - A expansão da assistência privada à saúde, paralelamente à sua universalização, para além de estar calcada no direito constitucional de acesso à saúde, também atende aos ditames da livre iniciativa e da proteção ao consumidor, ambos princípios norteadores da ordem econômica nacional. V - Como em qualquer contrato de adesão com o viés de aleatoriedade tão acentuado, a contraprestação paga pelo segurado é atrelada aos riscos assumidos pela prestadora, sendo um dos critérios para o seu dimensionamento o exame das normas aplicáveis à época de sua celebração. VI - Sob a perspectiva das partes, é preciso determinar, previamente, quais as regras legais que as vinculam e que servirão para a interpretação das cláusulas contratuais, observado, ainda, o vetusto princípio pacta sunt servanda. VII - A dimensão temporal é inerente à natureza dos contratos de planos de saúde, pois as operadoras e os segurados levaram em conta em seus cálculos, à época de sua celebração, a probabilidade da ocorrência de riscos futuros e as coberturas correspondentes. VIII - As relações jurídicas decorrentes de tais contratos, livremente pactuadas, observada a autonomia da vontade das partes, devem ser compreendidas à luz da segurança jurídica, de maneira a conferir estabilidade aos direitos de todos os envolvidos, presumindo-se o conhecimento que as partes tinham das regras às quais se vincularam. IX - **A vedação à retroatividade plena dos dispositivos inaugurados pela Lei 9.656/1998, como aqueles que dizem respeito à cobertura de determinadas moléstias, além de obedecer ao preceito pétreo estampado no art. 5°, XXXVI, da CF, também guarda submissão àqueles relativos à ordem econômica e à livre iniciativa, sem que se descuide da defesa do consumidor, pois todos encontram-se expressamente previstos no art. 170 da CF**. X – **Os contratos de planos de saúde firmados antes do advento da Lei 9.656/1998 constituem atos jurídicos perfeitos, e, como regra geral, estão blindados contra***

> ***mudanças supervenientes****, ressalvada a proteção de outros direitos fundamentais ou de indivíduos em situação de vulnerabilidade. XI - Nos termos do art. 35 da Lei 9.656/1998, assegurou-se aos beneficiários dos contratos celebrados anteriormente a 10 de janeiro de 1999 a possibilidade de opção pelas novas regras, tendo o § 4° do mencionado dispositivo proibido que a migração fosse feita unilateralmente pela operadora. XII –* ***Em suma: As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados****. XIII - Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO* 948.634 RIO GRANDE DO SUL RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI)"(grifos nossos).

Portanto, é patente que a lei não pode retroagir para atingir atos jurídicos perfeitos, que geram direitos adquiridos para os que os celebraram, pois não há como serem afetados tais atos jurídicos, modificados em seus conteúdos, de modo a não se garantir a seus praticantes os direitos deles decorrentes, como o direito ao reembolso do valor pago acaso não cumprida a obrigação específica deles provenientes.

Da obrigação infungível ou personalíssima – do show da cantora Taylor Swift

A obrigação infungível ou personalíssima é uma das três espécies de obrigações de fazer, cujo cumprimento não pode ser realizado por outra pessoa, senão pelo próprio devedor, levando-se em consideração as características especiais desse tipo de contratação.

Um exemplo bastante comum de obrigação personalíssima é a contratação de um artista famoso para a execução de sua arte. A obrigação não pode ser cumprida por outro que não seja o famoso, pois a atividade contratada tem características únicas, sendo o resultado, por óbvio, totalmente diferente do esperado acaso prestada por outros.

Essa é justamente a hipótese do caso em testilha. Os consumidores adquiriram ingresso para assistirem ao show da cantora Taylor Swift, ficando assim entabulado entre as partes um contrato de obrigação de fazer de **natureza personalíssima**. Isto significa dizer que os consumidores quiseram adquirir ingressos para o show desta

artista específica, não lhes interessando, a princípio, o show de qualquer outro artista, mesmo que de renome.

Desse modo, diferentemente da obrigação fungível, não é apenas o resultado final que importa, quem vai realizar o show tem um papel de suma importância. Isto porque, o show não poderá ser prestado por artista outro senão por aquele contratado inicialmente pelo consumidor quando da aquisição do ingresso, no caso em tela, a cantora Taylor Swift.

O consumidor contratou o serviço do réu para assistir ao show da referida cantora, ficando impossibilitada a sua substituição pela natureza da própria obrigação. Quem adquiriu ingressos para assistir ao show da cantora Taylor Swift não se agradará ao assistir ao show de qualquer outra cantora mesmo que de renome ou para cantar ou se exibir da mesma forma que a original, pelo fato de ser uma pessoa única, sendo, consequentemente, único o show que a dita cantora realiza.

Nesse sentido, também foi o recentíssimo entendimento exarado nos autos do processo nº 1012616-41.2020.8.26.0405, pelo Juízo da Comarca de Osasco/SP, na qual o réu foi condenado a restituir o valor pago pelo consumidor em razão do cancelamento do show da mesma cantora.

> *"DECIDO.* ***Trata-se de ação pela qual pretende o autor a restituição do valor pago para assistir ao show de Taylor Swift****, no valor de R$ 1.620,00, o qual foi cancelado em razão da pandemia causada pelo COVID-19, assim como danos morais. Parcial razão assiste ao autor.*
> *De fato houve a promulgação da Medida Provisória nº 948/2020, a qual foi convertida na Lei 14.046/2020, que dispõe justamente sobre o cancelamento de serviços em razão do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, especificando, em seu artigo 2º, que no caso de adiamento ou cancelamento de shows não seria o prestador obrigado a reembolsar o valor pago, desde que se assegurasse a remarcação do serviço ou a disponibilização de crédito para utilização em outros eventos da empresa.*
> *(...)*
> ***Quanto à segunda opção, pondero que ao se adquirir o ingresso para um show, há um contrato entabulado de obrigação de fazer, de natureza personalíssima. Ainda que a parte ré represente diversos outros artistas de renome, há o elemento subjetivo de afinidade entre o que pode ser ofertado e o que é do gosto do consumidor. Em se tratando de um evento personalíssimo, incabível a opção dada ao fornecedor de ofertar outros serviços ao consumidor.*** *A hipótese é*

plenamente aplicável em se tratando de eventos ou serviços fungíveis ou não personalíssimos, que não o caso deste processo. ***Portanto, cabível o pleito de restituição dos valores pagos pelo show cancelado****. No que se refere ao dano moral, este é incabível, até por expressa disposição do artigo 5º da lei supracitada. Como não poderia ser diferente, o artigo analisado prevê que em ocorrendo o cancelamento de eventos decorrentes do caso fortuito ou força maior, não se poderia impor à ré qualquer obrigação patrimonial por ofensa a direito da personalidade do consumidor. Houve frustração com a não ocorrência do evento, no entanto causada por fatos absolutamente alheios à vontade da ré, não podendo sequer ser comparado a um fortuito interno. No mais, ainda que tenha ocorrido resistência da ré quanto à devolução do valor, o fez pautada na legislação promulgada, e não por omissão deliberada. Ante o todo exposto, com fundamento no inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil,* ***JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial e o faço para condenar a ré a restituir ao autor o valor de R$ 1.620,00, que deverá ser atualizado desde o desembolso e sobre ele incidirá juros moratórios desde a citação****." (Processo Digital nº: 1012616-41.2020.8.26.0405 – TJSP – Comarca de Osasco – Vara do Juizado Especial Cível).*

Cite-se, por oportuno, que a decisão acima foi, inclusive, confirmada por cota do recuso inominado interposto, de nº 1012616-41.2020.8.26.0405, conforme cópia do acórdão que segue em anexo.

Passadas as considerações iniciais, abordaremos a questão consumerista propriamente dita.

<u>Da relação jurídica de consumo</u>

Analisando os termos da petição inicial, não resta dúvida de que a relação entabulada entre as partes advém de uma relação de consumo, nos moldes do que preceitua a lei nº 8.078/90, sendo assim aplicável a referida norma consumerista ao presente caso.

Diante da natureza das relações jurídicas entabuladas no mercado de consumo, a Política Nacional das Relações de Consumo define o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como princípio a ser atendido para alcançar o objetivo de atender às suas necessidades e respeitar a 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 (art. 4º, CDC).

Assim, visando à busca de um equilíbrio nas relações contratuais, tendo em vista que o consumidor é o elo vulnerável da relação de consumo, não só o Código de Defesa do Consumidor, mas também o texto constitucional buscou tutelar a proteção do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII[2], bem como na parte final do *caput* do art. 170[3] que assegura a todos uma vida digna, trazendo tais ponderações para a proteção do consumidor, nos termos do inciso V.

Pois bem!

Como se extrai da documentação coadunada aos autos, o réu vem se recusando, com base na lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, a reembolsar a quantia paga pelo consumidor pela aquisição dos ingressos para o show da cantora Taylor Swift, mesmo na hipótese de o ingresso ter sido adquirido antes da vigência da citada lei, subtraindo dos adquirentes a opção de reembolso e lhes transferindo o risco integral de seu negócio.

Como visto nos itens anteriores, a própria lei apontou qual o período em que o reembolso não seria possível. Porém, o Ministério Público, inclusive, não se insurgindo contra o ali disposto em relação apenas aos contratos e compras de ingressos realizados após o advento da medida provisória nº 948/20, **de 08 de abril de 2020**, apenas pretende com a presente demanda que o consumidor que adquiriu os ingressos e contratou o show antes do advento de tal legislação não seja injustamente penalizado, sobretudo porque, excetuando-se o período indicado na norma e em observância ao princípio da irretroatividade da lei, tratado acima, não se pode permitir ao réu possa se negar a reembolsar o valor despendido pelo consumidor, notadamente, àqueles que adquiriram os ingressos da mencionada cantora no ano de **2019 e até 08**

---

[2] ***Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:***
(...)
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
[3] ***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:***
(...)
V - defesa do consumidor;

de abril de 2020, por ser tal prática totalmente abusiva, contrária à legislação consumerista.

Em 2019, os consumidores, ao comprarem os ingressos do réu, tinham a legítima expectativa de assistirem ao show da cantora Taylor Swift, tendo sido também pegos de surpresa pela calamidade pública que assolou todo o mundo. Contudo, para aqueles consumidores, não lhes pode ser repassado o risco do negócio que é inerente à atividade empresarial do réu, até porque o estado de calamidade foi decretado no ano de 2020, sendo a lei, inclusive, editada neste mesmo ano, porém, os ingressos foram adquiridos já a partir do ano de 2019.

Ou seja, Exa., os atos, juridicamente perfeitos, já assim se perfaziam desde um ano antes da eclosão dos primeiros casos de COVID-19 no Brasil, sendo certo que as legítimas expectativas em relação a tal exibição artística já estavam criadas. Por certo que, diante desta situação jurídica criada, já estava incorporada ao patrimônio de todo e qualquer consumidor que adquiriu um ou mais ingressos para o show da aludida artista o direito de ter o cumprimento da obrigação que lhe é correlata, qual seja, o show artístico contratado, sendo que, na impossibilidade de seu cumprimento, lhes vem o direito a uma das opções previstas no art. 35 do CDC, dentre elas, a repetição do valor pago.

Ora, não se está aqui questionando tão-somente a validade da lei nº 14.046/20, mas apenas se refutando o alcance dos seus efeitos, notadamente, em relação aos consumidores que compraram os ingressos **no ano de 2019, até o dia 08 de abril de 2020**, eis que a lei nº 14.046/20 não se encontrava vigente, por ser de **24 de agosto de 2020, bem como a dita Medida Provisória nº 948/20, com vigência a partir do dia 08 de abril de 2020,** pois não há como tais normas retroagirem para atingir situações jurídicas consolidadas até então.

A negativa do réu em realizar o reembolso a esses consumidores não pode ser vista senão como uma prática abusiva, até porque a própria lei os excetua, eis que textualmente cita que somente na hipótese de adiamento ou de cancelamento de

serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, de ***1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021,*** em decorrência da pandemia da covid-19, é que o prestador de serviços ou a sociedade empresária não estará obrigado a reembolsar os valores pagos pelo consumidor. Assim, não há se pretender a sua aplicação a show já contratado desde o ano de 2019, conforme confirmado pela empresa ré.

O Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao dispor em seu art. 39, inciso V, que é vedado ao réu exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, *in verbis*:

> *Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*
> *(...)*
> *V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;"*

Logo, a prática impugnada de o réu negar o reembolso ao consumidor propicia o seu enriquecimento sem causa, implicando, também, por isso, em ofensa ao equilíbrio dos direitos e obrigações contraídos pelas partes. Nelson Nery Júnior, neste aspecto, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª edição, p. 534, preleciona com justiça sobre o tema, *verbis*:

> *'a onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa, razão por que ofende o princípio da equivalência contratual, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, n.º III e art. 6º , n.º II, CDC")'.*

Evidente, assim, a onerosidade excessiva imposta ao consumidor, diante da conduta do réu acima explicitada, por negar o direito ao reembolso de quantia paga por ingresso adquirido no ano de **2019, até 08 de abril de 2020**, uma vez que somente no ano de 2020 é que foi decretado o estado de calamidade pública e, consequentemente, editada a lei nº 14.046/20 e a Medida Provisória nº 948/20, que exclui dos consumidores a possibilidade de terem acesso ao reembolso em razão da pandemia de COVID-19, em flagrante prejuízo ao ato jurídico perfeito até então

firmado e o direito adquirido ao reembolso da quantia paga pelo ingresso do show em comento, na forma do que disciplina o art. 35 do CDC.

Com esse modo de agir, o fornecedor, polo vigoroso da relação de consumo, não sofre, em nenhuma hipótese, as consequências do descumprimento da sua obrigação, repassando, simplesmente, para o consumidor a assunção integral dos riscos do seu negócio, incidindo na prática abusiva mencionada.

Dada tal inversão, há verdadeiro retrocesso inconcebível com a sistemática de proteção devida ao consumidor, conforme estatuído no art. 5º, XXXII e 170, V da CRFB/88, como se verá a seguir.

Não bastasse isso, o proceder do réu também ofende incisivamente a boa-fé que deve nortear as relações contratuais, especialmente as de consumo, vez que, no caso específico, não há como ser negado o reembolso, eis que a lei nº 14.046/20 não tem o condão de alcançar os consumidores que compraram os ingressos no ano de 2019, até 08 de abril de 2020, até porque, como bem falou o réu, nos autos do inquérito civil que instrui a presente demanda, a relação jurídica, nesse caso, já se encontrava aperfeiçoada. Eis novamente o trecho:

> *"15. A única hipótese de reembolso do valor pago pelos ingressos seria no caso de cancelamento da compra, pelo consumidor, dentro de 7 dias (direito de arrependimento), o que não se enquadra na situação em tela,* ***na medida que as compras de ingressos de que trata o presente procedimento são atos jurídicos perfeitos, já consolidados****. Os consumidores não fazem, nesse caso, jus ao exercício do direito de arrependimento (art. 49, do CDC). (grifos nossos)*

Especialmente em relação a esse tema, o Ministério Público há de concordar com o réu, já que o ato jurídico perfeito é aquele já realizado/acabado segundo a lei vigente ao tempo (*tempus regit actum*) em que se efetuou, tendo os seus requisito formais todos satisfeitos a fim de gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo/aperfeiçoado.

Esse princípio visa a garantir a certeza, a segurança e a conservação do ordenamento jurídico.

Assim, se à época da aquisição dos ingressos (ano de 2019, até 08 de abril de 2020) a citada lei não se encontrava em vigor, plenamente aplicável a Lei nº 8.078/90 ao caso em comento em seus artigos, dentre eles, o art. 35, *in verbis*:

> *"Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:*
> *I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;*
> *II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;*
> *III - **rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada**, e a perdas e danos."*

Daí porque, mais uma vez, encontramo-nos, autor e réu, em consonância, notadamente, quando este último afirma que, de tão caracterizado está o ato jurídico perfeito, que nem ao menos caberia aos consumidores falarem, a essa altura, de direito de arrependimento, pois não é disso que aqui se trata. Em verdade, solidificada já estava a legítima expectativa do consumidor de assistir ao show contratado, não lhe sendo dado nem mais desistir do show, alegando simplesmente que o serviço ou atividade artística contratada não lhe corresponderia àquilo que esperava ou que ainda estaria num período de reflexão. Não! A certeza do que queriam assistir já está configurada!

É certo que a legislação citada se trata de norma excepcional editada para regular situações surgidas durante o período de calamidade pública, o que justifica, até certo ponto, a previsão de medidas pouco usuais como forma de preservação das sociedades empresárias. Contudo, essa excepcionalidade não pode alcançar todo e qualquer contrato, principalmente, se foram celebrados antes da edição da lei nº 14.046/20 e da medida provisória nº 948/20, que reconheceu o estado de calamidade pública em decorrência da Covid-19 como causa superveniente justificadora para a suspensão dos shows, eventos, reservas e, quiçá, do não reembolso das quantias pagas.

Neste sentido, temos que não só os artigos do CDC acima citados restaram violados pelo réu, mas também o art. 51, incisos II, IV, IX, XI, XII e XV, todos do código consumerista. Ei-los:

> *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
> *(...)*
> *II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*
> *(...)*
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*
> *(...)*
> *IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;*
> *(...)*
> *XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;*
> *XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;*
> *(...)*
> *XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;*

Como visto acima, a lei nº 8.078/90 prevê expressamente que são nulas de pleno direito cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que subtraiam do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, II, CDC), assim como as que possibilitem a modificação unilateral do contrato; as que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada, como a não possibilidade de ressarcimento pelos shows e exibições artísticas que não lhe foram efetivamente prestadas; as que deem ao fornecedor a possibilidade de cumprir ou não com sua obrigação, ainda que tenha por causa uma pandemia, como a pela qual estamos todos passando, dentre outros direitos orginalmente assegurados.

Ora, se o serviço não foi prestado, nada mais plausível que o réu realize o reembolso da quantia já paga aos consumidores que adquiriram os ingressos, ao menos, **antes da edição da lei nº 14.046/20 e da medida provisória nº 948/20**, em observância à vedação de enriquecimento sem causa.

Lamentamos que o show não possa ser realizado. Mas, não há como se descurar do direito do consumidor, muitos deles pobres, muitos deles que gastaram suas últimas economias, para assistir ao evento artístico de seu artista preferido. Inda mais em situação pandêmica como a que por ora passamos. Quem mais vulnerável diante desta situação? A empresa ou o consumidor? A resposta que se impõe é o consumidor.

Ressalte-se, mais uma vez, que a boa-fé objetiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor, sendo dever das partes agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade para equilibrar as relações de consumo.

Na hipótese em questão, entendemos que também restou violado esse princípio, eis que ao tempo da contratação do serviço pelos consumidores vigentes não eram as referidas normas, não cabendo ao consumidor ser pego de surpresa.

Portanto, por uma questão até mesmo de justiça, de equidade, não podemos deixar à míngua o consumidor, verdadeiramente, de pires nas mãos, a mendigar que lhe devolvam aquilo que pagou se por aquilo que pagou não lhe foi prestado, a muitos se fazendo, hoje em dia, necessária a devolução do numerário pago por, talvez, lhes serem as últimas economias, a última fonte financeira da qual possam lançar mão para tentar sobreviver em meio a toda esta pandemia.

Do princípio da proibição de retrocesso.

De tal sorte, Exa., temos por absolutamente vulnerável o consumidor, parte frágil na relação jurídica por conta da presunção *iure et de iute*, *ex vi* do art. 4º, I do CDC.

Da mesma forma, sua hipossuficiência, *ex vi* do art. 6º, VIII da lei nº 8.078/90.

Portanto, temos que a legislação que evoca o réu para não proceder à devolução do numerário pago pelo show da cantora referida, além de inaplicável ao

caso vertente, retroage de forma inconcebível ao diminuir ou retirar da esfera de direitos dos consumidores prerrogativas que lhe são absolutamente protetoras.

Na esteira da Constituição Federal, temos que o art. 5º, XXXII e do art. 170, V, é expresso em determinar ao Estado a proteção do consumidor.

Em sendo assim, ante a existência de normas protetivas do consumidor que se destinam a assegurar, em situações como as que ora se debuxam, o reembolso das quantias pagas por aquilo que o fornecedor não cumpre, não há como se deixar de ver no novel legislativo um retrocesso inconcebível à esfera de direitos do consumidor.

Tal esfera de direitos é prevista na Constituição Federal. E os dispositivos constitucionais não se devem apenas interpretar isoladamente. Ainda que o fossem, por sí sós os art. 5º, XXXII e 170, V da CRFB/88, ainda assim, já seria o suficiente para se concluir pela inconstitucionalidade dos atos normativos em comento.

Porém, ainda que relutantes termos sido em relação aos ditames legais ora aludidos, em relação aos atos jurídicos praticados a partir do seu advento, não há como se sustentar a sua prevalência em relação às normas consumeristas e aplicação em razão dos atos jurídicos praticados anteriormente.

Conforme até agora sustentado, temos que não há como se dar efeito retroativo aos atos legislativos que excluíram dos fornecedores dos serviços aludidos a obrigação de devolução dos valores pagos pelo show contratado, pois atos juridicamente perfeitos, na dicção dos próprios réus.

Assim, ao se afastar direitos legitimamente reconhecidos aos consumidores, conforme a legislação consumerista em vigor, por certo que se reduz a esfera de direitos destes últimos, não havendo como legitimamente o Estado, deste modo, se colocar.

Ocorre que, na forma dos dispositivos constitucionais ora considerados (art. 5º, XXXII e 170, V da CRFB/88), estamos diante de verdadeiro retrocesso, pois não é dado ao Estado agir de forma contrária ao que lhe preconiza e obriga o texto constitucional.

Em sendo assim, coloca-se a exceção posta de forma temerária e afrontosa a direitos consumeristas garantidos pelo texto da norma consumerista nacional, a lei nº 8.078/90, pelo que não há como se sustentar legislação superveniente que retire ou diminua dos consumidores a proteção outrora havida.

Nesta seara, encontra-se **a teoria da proibição do retrocesso**, caracterizado como sendo aquela pela qual não se permite possa o Estado retroagir a estado normativo anterior em que não era prevista uma gama ou esfera de direitos que tem por missão aquele, antes de mais nada, garantir. Por ser sua obrigação constitucional legislar de modo a assegurar ao consumidor uma esfera de direitos inalienáveis, atingindo-se tal grau de proteção por legislação posta, temos que se chega a um ponto em que não é mais dado subtrair ou retroceder, senão avançar e/ou somar ao que já está legislado.

Assim, vimos alguns julgados que já se posicionaram neste sentido em certos episódios, como se pode ver das seguintes decisões:

> *"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, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.* ***Em conseqüência 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 PP-00125)* – grifos nossos.

De se citar trecho lapidar do voto condutor de acórdão lavrado pelo STF quando do julgamento do RE 745745 AgR / MG e que ora se transcreve *in verbis*:

> *Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, "Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos", vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, "Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos", p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.*
> *Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*
> *Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).*
> *Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível –* ***não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.***
> *Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. O caso ora em exame põe em evidência o altíssimo relevo jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à saúde, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:*
> *"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de*

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (grifei)
Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito que o Município de Belo Horizonte deduziu em sede recursal extraordinária.
Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), ***entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.***
Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas "escolhas trágicas" (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, "Tragic Choices", 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.
Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

E, assim, restou ementado o aludido recurso:

RE 745745 AgR / MG - MINAS GERAIS
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 02/12/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014
Parte(s)
AGTE.(S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROC.(A/S)(ES):PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Ementa
E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA

*CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") – **CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS,** ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (**PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO**) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 02.12.2014.

Portanto, temos pelas decisões judiciais acima que não há como se determinar retrocessos em direitos sociais já consagrados pelo ordenamento jurídico vigente, ainda quando presentes situações dilemáticas, quais sejam, quando em confronto interesses de todas as partes envolvidas que impliquem em diminuição da esfera de proteção de direitos sociais, como é o direito do consumidor.

Conforme estabelecido no art. 1º do CDC, temos que "*o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública* ***e interesse social****, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.*"

Destarte, inegável estarmos diante de situação que não autoriza qualquer diminuição da esfera de direitos consumeristas, notadamente, face a uma pandemia, onde as forças de resistência da população como um todo já estão minadas pela simples situação fática vivida, com restrições de toda ordem, diminuindo-se a capacidade laboral e econômica de todos, com restrições à mobilidade, cujas vicissitudes impõem se ter meios para suprir necessidades básicas, ora quanto à obtenção de meios de sobrevivência, ora quanto à obtenção de meios médico-ambulatoriais e farmacológicos, ainda escassos, que procurem, na medida do possível, enfrentar tão terrível quadro pandêmico-social que assola o planeta.

Deste modo, não há como prevalecer tão draconiana legislação, ao menos, para quem não pode se defender, da forma como grandes empresários, dos efeitos deletérios da situação na qual atualmente se vive, pelo que não há como se limitar o direito a um simples reembolso de valor pago por ingresso de quem nada prestará e poderá, com muito mais força, aguardar até que a situação melhore para prestar o que se comprometeu a prestar. Porém, até lá, tem a maioria do público pagante necessidade de reaver aquilo que pagou, pois, a grande parte do povo não pode esperar, senão, o seu próprio fim!

Da audiência de conciliação

O autor, de acordo com o artigo 319, VII, do Código de Processo Civil, opta pela não realização de audiência de conciliação, uma vez que entende o réu não incorrer na irregularidade combatida na presente ação, como se vê da resposta prestada em fase pré-processual.

Da audiência de mediação

O autor, de acordo com o artigo 319, VII, do Código de Processo Civil, opta pela não realização de audiência de mediação, pois tudo indica que a mediação se constituirá em um ato infrutífero, que apenas colaborará para o prolongamento desnecessário da lide, tendo em vista a posição do réu no sentido de que sua conduta não se dá de forma irregular, sob o argumento que se encontra amparada na lei nº 14.046/20 e medida provisória nº 984/20.

Assim, verifica-se a impossibilidade de qualquer acordo por parte do Ministério Público com o réu, eis que se trata de matéria de índole eminentemente de direito.

Ademais, outro obstáculo à realização da mediação é a incongruência entre a exigência de publicidade, em se tratando de resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público e o instituto da mediação, regido pela confidencialidade.

A doutrina mostra-se atenta à questão, destacando a inaplicabilidade da confidencialidade em situações como a do caso em tela:

> *"No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37, caput, da nossa Constituição Federal, não me parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos"*[1].

> *"Nas hipóteses de solução alternativa de conflitos em que uma das partes seja o Poder Público, há que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta o sigilo destas técnicas de solução de conflitos e se enquadra na exceção legal do dever de confidencialidade"*[2].

Deste modo, em casos como o presente, em que uma das partes é ente público, bem como considerando a sistemática específica da ação civil pública, há sempre que

se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta por completo a possibilidade de resolução do conflito através da mediação

Os pressupostos para o deferimento da liminar

PRESENTES AINDA OS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DE LIMINAR, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O ***fumus boni iuris*** encontra-se configurado no que se refere aos consumidores que adquiriram ingressos para o show da cantora Taylor Swift no ano de 2019, até 08 de abril de 2020, vez que nessa época a lei nº 14.046/20 e a Medida Provisória nº 948/20 não era vigente, devendo ser ressaltado que a própria lei excetua os consumidores que compraram os ingressos fora do período ***de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021,*** não sendo aplicável a esses, desta forma, a regra do não reembolso por parte do fornecedor de serviços, seja pelo princípio da irretroatividade da lei a atos jurídicos perfeitos, seja pelo princípio da proibição de retrocesso, conforme acima citado.

O ***periculum in mora*** se prende à circunstância de que, se não realizado o reembolso aos consumidores que adquiriram os ingressos para o show da cantora Taylor Swift no ano de 2019, até 08 de abril de 2020, ou seja, antes da vigência da lei nº 14.046/20 e da medida provisória nº 948/20, restarão violados diversos direitos positivados no Código de Defesa do Consumidor, com inegável prejuízo aos diversos consumidores que estão, até mesmo, pelo atraso da devolução da quantia paga, em verdadeira periclitação de sua saúde e vida, ante a crise sanitária e econômica que assola o país.

Ante o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** *requer* **LIMINARMENTE E SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA** que seja determinado *initio litis* ao réu realizar o reembolso *incontinenti* do valor pago aos consumidores que adquiriram ingressos para o show da cantora Taylor Swift no ano de 2019, até 08 de abril de 2020, caso assim o desejem,

atualizado monetariamente, declarando-se inconstitucional *incidenter tantum*, em relação às aquisições de ingresso em tal período de tempo, a aplicação da lei nº 14.046/20 e da medida provisória nº 948/20, estipulando-se como pena pecuniária o pagamento de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada infração verificada.

DOS PEDIDOS

1º) que se torne definitiva a concessão de medida liminar, a fim de que o réu seja condenado a realizar o reembolso *incontinenti* do valor pago aos consumidores que adquiriram ingressos para o show da cantora Taylor Swift no ano de 2019, até 08 de abril de 2020, caso assim o desejem, atualizado monetariamente, declarando-se inconstitucional *incidenter tantum***,** em relação às aquisições de ingresso em tal período de tempo, a aplicação da lei nº 14.046/20 e da medida provisória nº 948/20, estipulando-se como pena pecuniária o pagamento de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada infração verificada.

2º) a citação do réu para vir responder à presente ação civil pública, na forma da lei;

3º) a expedição de edital no órgão competente, na forma do art. 94 da lei n.º 8.078/90;

4º) a produção de todos os meios de prova legalmente previstos e adequados, dentre eles, prova documental, testemunhal, depoimento pessoal das partes, pericial, etc., determinando-se a inversão do ônus processual, *ex vi* do art. 6º, VIII da lei n.º 8.078/90;

5º) que seja o réu condenado a pagar honorários ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, dado o valor inestimável da condenação, na forma da Lei n.º 2.819/97.

Dá-se à causa, o valor de **R$ 100.000,00 (cem mil reais)**.

Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2021.

CARLOS ANDRESANO MOREIRA: [redacted]
Assinado de forma digital por CARLOS ANDRESANO MOREIRA: [redacted]
Dados: 2021.08.11 18:34:42 -03'00'

CARLOS ANDRESANO MOREIRA
Promotor de Justiça
Mat. 1967