



11384826



08012.000767/2020-63



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria Nacional do Consumidor
Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

Nota Técnica n.º 1/2020/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ

PROCESSO Nº 08012.000767/2020-63

INTERESSADO: Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

1. RELATÓRIO

1.1. Considerando a recente declaração, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), da pandemia de coronavírus (COVID-19)^[1] e as recomendações da OMS, do Ministério da Saúde^[2] e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)^[3] a respeito da necessidade de distanciamento social como forma de reduzir os mecanismos de transmissão do novo coronavírus (COVID-19), foram adotadas medidas de quarentena pelos governos estaduais, municipais e pelo Distrito Federal que impuseram limitações ao funcionamento de diversos estabelecimentos, a fim de evitar o contato presencial e a disseminação do vírus Covid-19.

1.2. Diante da nova situação vivenciada pelo País e em face da velocidade do alastramento do vírus, foram adotadas medidas de quarentena pelos governos estaduais, municipais e pelo Distrito Federal que impuseram limitações ao funcionamento de diversos estabelecimentos, incluindo, entre eles, os berçários e creches, a fim de evitar o contato presencial e a disseminação do vírus Covid-19.

1.3. Portanto, a presente Nota Técnica faz um estudo técnico que tem por finalidade tratar dos efeitos jurídicos nas relações de consumo, especialmente no tocante aos direitos dos consumidores que contrataram serviços de berçário e creche para seus dependentes, mas que tiveram atividades suspensas em razão da propagação de Covid-19 – “coronavírus” – tendo sido declarada PANDEMIA pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

1.4. A presente Nota Técnica decorre, dentre outras causas, da solicitação formulada por meio do Ofício nº 00100/2020 da Diretoria de Relação e Defesa do Consumidor - Procon/SC requerendo, especificamente, posicionamento da Secretaria Nacional do Consumidor no tocante ao pagamento de mensalidades de berçários e creches durante o período de pandemia do coronavírus (Covid-19). A presente Nota Técnica contou com a colaboração de diversos Procons estaduais, ProconsBrasil e MPcon,

1.5. É o relatório.

2. ANÁLISE

2.1. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor tem recebido inúmeras solicitações e dúvidas de pais e responsáveis em relação à prestação dos serviços em berçários e creches, uma vez que, diferentemente das instituições de ensino, as quais poderão repor as aulas em momento oportuno ou oferecer meios alternativos de transmissão do ensino tal como indicado Nota Técnica nº 14/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ (11344683), que trata dos contratos firmados com instituições de ensino, não há esta possibilidade para os casos dos serviços prestados em berçários e creches.

2.2. Por esse motivo, a primeira questão a ser enfrentada na impossibilidade de prestação de serviços pelas creches e berçários é o esclarecimento no sentido de que, conforme já salientado, o fechamento dos berçários e creches não foi realizado por ato de vontade do prestador do serviço e, sim, por medida de ordem geral, praticada pela autoridade máxima da Administração Pública local^[4]. Apesar de a medida não estar relacionada diretamente com os contratos de relações de consumo, neles repercute de forma reflexa e imediata, em virtude de se caracterizar seja como caso fortuito e força maior no presente momento, seja como uma alteração da base negocial em momento posterior, afetando os dois lados da relação contratual.

2.3. Assim, na prestação do serviço de berçário e creche, faz-se necessário observar as regras específicas de cada contrato, o motivo do inadimplemento contratual, o período e o contexto em que foi assumida a obrigação contratual e, após, o fato que causou o descumprimento e sua duração estimada, a fim de prever as consequências financeiras e sociais para as partes contratantes.

2.4. O cenário vigente de relações contratuais abruptamente modificadas, a decretação de pandemia com consequente imposição de distanciamento social, exige uma aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para um evento imprevisto e incontrolado, jamais ocorrido durante a sua vigência, a fim de calibrar conceitos e fórmulas que exorbitam a aplicação descontextualizada do princípio da obrigatoriedade dos contratos, uma vez caracterizado o fenômeno da imprevisão e as hipóteses de excludentes de responsabilidade.

2.5. Desse forma, deve o fornecedor, quando possível, adotar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os prejuízos ao consumidor pois, caso não lhe seja possível prestar o serviço contratado no momento apropriado, de forma total ou parcial, uma vez sendo ele o detentor do negócio, deverá ofertar opções alternativas ao contratado para cumprimento (ainda que parcial) do contrato, pois o prejuízo causado pela atual conjuntura não poderá ser atribuído apenas a uma das partes contratantes; muito menos ao consumidor, o lado vulnerável da relação (ainda que essa crise coloque pequenos estabelecimentos também nessa condição, pela magnitude da situação).

2.6. Como a lei consumerista visa proteger as relações de consumo, ocorrido o fato imprevisível e inevitável, após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, há a quebra do nexos causal, e, portanto, não poderá ele vir a ser responsabilizado por evento ao qual não deu causa, nem tinha como evitar.

2.7. De todo modo, o fornecedor foi surpreendido por fato novo e que foge ao seu controle e participação direta, isto é, a pandemia Covid-19 e a determinação, por Decreto, de fechamento de estabelecimentos. Nesse caso, é importante se ater a inteligência do artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, que incentiva a criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Sendo esta a principal sugestão de aplicação da razoabilidade das regras do contrato de adesão, em face das adversidades do seu cumprimento espontâneo, que deve conduzir as partes ao melhor acordo de negociação.

2.8. Considerando que a conjuntura de suspensão temporária de atividades de berçários e creches não foi criada e nem pode ser descumprida pelas partes, tendo decorrido de ato de império, há a necessidade de mitigação dos direitos das partes para que haja uma maior possibilidade de criação de alternativas consensuais entre os envolvidos, monitorada e acompanhada pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor que preservem todos os interesses em jogo, não podendo se esquecer do direito de solidariedade previsto na Constituição Federal para todos os brasileiros^[5].

2.9. De modo a evitar discussões judiciais em que cada uma das partes traria argumentos jurídicos consistentes – o consumidor pretendendo um desconto e as creches e berçários a manutenção do contrato pela estrutura de custos assumida ao longo do ano – e, sobretudo, o rompimento de contratos estabelecidos em diversos setores da economia, a Secretaria Nacional do Consumidor tem atuado no sentido de construir soluções negociadas, em face da atual epidemia e das dificuldades operacionais dela decorrentes.

2.10. Assim, é importante salientar que o fornecedor, quando possível, deverá estudar alguma forma de compensação por meio de serviços alternativos de interesse do consumidor contratante, ou oferecer desconto proporcional a sua economia de custos (oriunda da eventual suspensão do pagamento de aluguel, de programas governamentais de auxílio a pagamento de empregados ou mesmo diferimento do pagamento de tributos).

2.11. Cabe ao fornecedor adotar todas as medidas ao seu alcance para minimizar os prejuízos ao consumidor pois, caso não lhe seja possível prestar o serviço contratado no momento apropriado, de forma total ou parcialmente, deverá ofertar opções alternativas ao consumidor para cumprimento do contrato de adesão, uma vez que os danos decorrentes da atual conjuntura não poderá ser debitado à conta de apenas uma das partes contratantes, especialmente em relação àquele que é a parte mais fraca da relação de consumo.

2.12. Importante salientar que, na conjuntura atual, e entendendo não ter sido o fornecedor o causador da situação vivenciada pelo País, este não deve ser penalizado com maiores prejuízos do que os que a suspensão de sua atividade possa ensejar. Da mesma forma, também não se pode descuidar que a sobrecarga e prejuízos advindos no contexto epidemiológico pelo qual o País passa não pode ser carreado apenas para o consumidor, já que cada pessoa, física ou jurídica, deverá contribuir para amenizar a situação de crise, já que todos estão cientes de que os prejuízos, seja de ordem patrimonial, física, psicológica, dentre outros, serão inúmeros e deverão ser repartidos entre todas as esferas e níveis da sociedade. Vale dizer que a solidariedade social nesse momento se impõe também àqueles consumidores que precisam negociar mensalidades futuras por perda de emprego ou de receita.

2.13. Com essa visão necessária diante de um contexto imprevisível, a Secretaria Nacional do Consumidor, por meio da interlocução com os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tem preparado Notas Técnicas orientativas buscando soluções alternativas que se mostram viáveis aos diferentes setores afetados pela pandemia.

2.14. No caso dos berçários e creches, vislumbram-se algumas dificuldades inerentes ao tipo de serviço. Em que pese ser difícil a reposição de dias (ou compensação em dias, uma vez que, regra geral, berçários apenas possuem 30 dias de férias no ano), ela não é impossível. Dessa forma, as partes podem acordar no sentido de ser garantida a futura prestação do serviço, após o fim da pandemia, ou dar alternativas ao consumidor, como, por exemplo, a possibilidade de compensação por meio de atividades extras ou de recreação (colônia de férias, propostas de passeios, dentre outros).

2.15. Não sendo isso possível, como dito, deve-se oferecer um desconto proporcional à economia de custos obtida em decorrência da suspensão forçada de atividades. Nesse sentido, no caso dos berçários e creches, observa-se que descontos proporcionais devem ser aplicados relativos à economia referente aos custos indiretos, tais como os relativos à água, energia, materiais de higiene, custos de transporte, alimentação, entre outros, ou mesmo diretos que forem suspensos em decorrência de força maior. Diante dos dias de paralisação, entende-se que referida compensação pode, também, ser aplicada em compensação pecuniária futura, após a cessação da crise do Covid-19, para desconto em mensalidades a vencerem ou em taxas anuais de material escolar, entre outros.

2.16. De todo modo, é importante que o fornecedor garanta ao consumidor que, nos casos em que não houver outra possibilidade, seja feito o desconto com a restituição apenas parcial dos valores pagos e não usufruídos, com uma sistemática de pagamento que preserve o direito do consumidor, mas não comprometa economicamente o prestador de serviço.

2.17. As alternativas descritas acima partem do entendimento de buscar a harmonia contratual e não permitir que haja o enriquecimento de uma parte em detrimento da outra, diante do mencionado princípio constitucional da solidariedade social, aplicável ao caso diante do contexto da pandemia.

2.18. Mas um processo de negociação diante das premissas antes expostas pode conduzir a outros caminhos. Assim, a título de alternativa, sem excluir outras formas de compensação, sugere-se o oferecimento de serviços, terminado o período de distanciamento social, como: colônia de férias e passeios aos finais de semana, ou em turno contrário, caso se trate de criança que fique apenas meio período no estabelecimento, ou qualquer outro serviço substituto que seja de consenso das partes, como o serviço de baby sitter ou *day care* (por período ou por algumas horas no final de semana), ou alguma

prestação individualizada de serviços pelas berçaristas, sem excluir outras possibilidades que podem ser negociadas com o estabelecimento que atendam às necessidades do consumidor (contratante).

2.19. Saliente-se, contudo, que não obstante haja o oferecimento dessas ou outras atividades, ao consumidor ainda assiste o direito de receber o desconto relativamente à economia de gastos que o estabelecimento não teve e que não forem compreendidos no período de adoção da eventual medida alternativa, pois referida medida refere-se à compensação por não ter sido usufruído o serviço contratado no período da suspensão das atividades.

2.20. Vale lembrar que, regra geral, os contratos de creches e berçários se dá por pagamento a ser parcelado ao longo do semestre ou do ano, usualmente com periodicidade mensal. Essa questão é importante porque o pagamento corresponde a uma prestação, num todo do contrato, cuja prestação de serviço ocorrerá ao longo do semestre ou ano.

2.21. Assim, no caso de prestação do serviço em momento posterior, se as atividades forem repostas nos períodos tradicionais de férias, não será possível aos estabelecimentos efetuarem cobranças adicionais por esse motivo, uma vez que os pagamentos foram realizados normalmente e foram recebidos antecipadamente pelos berçários e creches.

2.22. Portanto, cabe ao fornecedor dar ao consumidor todas as informações disponíveis, de forma clara, para a tomada de sua decisão de forma consciente e autônoma. Neste momento, é muito importante que as instituições criem ou ampliem seus canais de atendimento ao consumidor, oferecendo todas as informações necessárias à tomada de decisão, seja ela qual for, dentre as opções que lhe sejam apresentadas pela instituição, assegurado prazo razoável para esta tomada de decisão. Podem também aproveitar o período de suspensão para oferecer treinamento aos professores, o que melhorará a qualidade dos serviços aos consumidores quanto voltarmos à normalidade.

2.23. No caso dos grandes grupos educacionais e grandes redes de abrangência nacional, ou com atuação em diferentes estados, que ofertam esse tipo de serviço, sugere-se a assinatura de termo de compromisso para adesão e utilização da plataforma Consumidor.gov.br como canal de busca de soluções. Portanto, recomenda-se aos grandes grupos educacionais que façam sua adesão à plataforma Consumidor.gov.br para facilitar uma solução equilibrada entre as partes, considerando o momento atípico que estamos enfrentando.

2.24. Importante, também, que as instituições de ensino, creches e berçários possam oferecer informações atualizadas aos consumidores sobre a evolução das medidas adotadas por elas, em razão da quarentena, e informe sobre as medidas de prevenção da doença, sempre tendo como fonte os canais oficiais do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

2.25. Por fim, durante a epidemia em curso, entende-se que apenas nos casos em que não houver uma possibilidade alternativa de reposição de dias, ou compensação de toda ordem, considere-se o desconto proporcional do pagamento (ou até o cancelamento do contrato, sujeito a penalidades contratuais pela natureza anual do negócio jurídico) com uma sistemática de pagamento que preserve o direito do consumidor, mas não comprometa economicamente o prestador de serviço diante dos efeitos sistêmicos que possam inviabilizar a futura continuidade da prestação de serviços uma vez finalizada a pandemia, e, com isso, frustrar o próprio direito de crédito aos consumidores, uma vez que a legislação comercial garante aos empresários o direito de recuperação (extra ou judicial) que implicaria a suspensão do pagamento das dívidas pelo período mínimo de 180 dias (normalmente estendidos pela jurisprudência), podendo ser esse o desfecho se todos pretenderem recebimentos de valores pagos.

3. RECOMENDAÇÃO

3.1. Diante do contexto imprevisível que todas as relações de consumo estão enfrentando em razão do Covid-19 (coronavírus), a Senacon recomenda que os consumidores considerem as alternativas dadas pelo estabelecimento contratado para compartilharem os eventos derivados do caso fortuito e força maior, antes de diretamente propor o descontos de mensalidade ou mesmo o cancelamento do contrato, a fim de preservar o equilíbrio do contrato e a própria creche ou berçário em funcionamento.

3.2. Caso não seja possível, recomenda-se o pedido de desconto de mensalidades considerando os valores referentes a serviços agregados não utilizados, tais como a alimentação não

servida. Deve ser avaliado o desconto proporcional a fim de não causar um desarranjo nos berçários e creches que já fizeram sua programação anual, o que impactará o pagamento de salário de professores(as), berçaristas e outros profissionais contratados, entre outros, impossibilitando a retomada futura das atividades e serviços prestados, tais como eram ofertados antes da pandemia. Os estabelecimentos também devem repassar eventuais economias de despesas derivadas de auxílios governamentais (como eventuais complementos salariais de professores, diferimentos tributários), sempre valendo-se da transparência e da informação aos consumidores.

3.3. Por fim, diante do contexto (força maior), caso a decisão do consumidor seja realmente a de cancelamento do contrato, entende-se que podem ser aplicáveis as multas contratuais, se houver, as quais também podem ser negociadas entre as partes. Considera-se a rescisão contratual prematura no atual contexto, salvo se decorrente de perda de emprego ou receita dos consumidores, o que exigiria, também, da parte do estabelecimento uma atitude harmônica e solidária. De toda sorte, recomenda-se que sejam exauridas as tentativas de negociação ao invés do rompimento contratual imediato, de modo a minimizar a multiplicação dos prejuízos eventualmente experimentados por todos os envolvidos na relação contratual de consumo.

3.4. Diante do ambiente de incertezas, também é recomendável que eventual reembolso de valores oriundos da rescisão antecipada do contrato, ou de descontos oferecidos, ocorram preferencialmente em momento posterior ao encerramento da atual quarentena e das medidas de combate à epidemia, sob pena de inviabilização do próprio recebimento do crédito dos consumidores pela concorrência de credores. Tal recomendação busca evitar que o cancelamento dos contratos e a obrigação de reembolso proporcional comprometa a oferta do serviço no mercado, impactando o número de vagas em creches e berçários em determinados municípios ou localidades, e afete, ao mesmo tempo, o cumprimento dos demais contratos com outros consumidores. Eventuais fechamentos de creches e berçários podem favorecer a concentração do mercado em poucos estabelecimentos em um bairro de uma cidade, por exemplo, gerando prováveis aumentos de preços dos serviços quando da retomada da atividade econômica. Entretanto, diante da incerteza do futuro e particularidades de cada unidade federativa e municipal, trata-se de uma análise casuística que não pode ser feita pela presente Nota Técnica, cabendo a reflexão e análise de cada órgão de defesa do consumidor municipal ou estadual, adaptado à realidade regional ou local do país.

3.5. Sendo assim, recomenda-se aos membros do SNDC e a todas as entidades de defesa do consumidor a buscar como primeira alternativa uma possível conciliação entre fornecedores (berçários e creches) e consumidores (i.e. remotamente, enquanto durar a pandemia e o distanciamento social) para que ambos cheguem a um entendimento acerca das alternativas de encaminhamento sugeridas acima, para solução harmônica do problema, evitando-se, ao máximo, a judicialização.

ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS

Coordenador Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor



Documento assinado eletronicamente por **Juliana Oliveira Domingues, Diretor(a) do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor**, em 31/03/2020, às 17:59, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Vilas Boas de Freitas, Coordenador(a)-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado**, em 31/03/2020, às 18:26, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **11384826** e o código CRC **8922F864**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

[1] Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020

[2] Portaria nº 188 GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, que declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) e Portaria nº 454 GM/MS de 20 de março de 2020, que declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19)

[3] BRASIL. ANVISA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/coronavirus/regulamentos>> Acesso em 30 de abril de 2020.

[4] Exemplo disso foi o Decreto nº 40.551, de 23 de março de 2020, que suspendeu até 5 de abril de 2020 as atividades de serviço de creche, inclusive da rede pública do Distrito Federal.

[5] JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que o princípio da solidariedade está entre os princípios necessários à organização da sociedade (1998, p. 109-110). O mesmo ainda explica que: [...] *é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.* In. AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998. Em complemento MACHADO (2006. p. 116) explica que referido princípio deve nortear as políticas públicas, uma vez que: [...] *o princípio fundamental da solidariedade impõe uma política de solidariedade social, a ser exercida por meio de políticas públicas, orientadoras, segundo esse princípio básico e estruturante da solidariedade social, não só de toda a atividade legislativa, administrativa e judiciária, como também das atividades sociais privadas que a essas políticas devem se submeter, permitindo a imposição desse princípio constitucional, [...].* In. MACHADO, Jeanne da Silva. A solidariedade social na responsabilidade ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. Sendo assim, trata-se de [...] *princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um.* Cf. MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 116.