

Revista



Edição: Direito do Consumidor Perspectivas Futuras

“Aprimore seus conhecimentos com quem é referência”



O sucesso dessa forma de comércio se lastreou na confiança quanto à qualidade dos produtos, uma vez que o consumidor não tinha condição de examiná-los previamente; no preço acessível e na regularidade da entrega.

O consumidor do século XXI começa a se acostumar a realizar suas compras também a distância, mas por meio da internet, por inúmeras razões, seja por comodidade, segurança, rapidez, inexistência de horários e feriados, mas também, por melhores condições de preço, consequência da diminuição dos custos dos fornecedores com estabelecimentos, empregados, mostruários, e especialmente pela variedade de oferta, rápida obtenção de informações e localização do que deseja.

Segundo dados da *comscore*¹, os gastos dos consumidores dos Estados Unidos com compras pela internet atingiram US\$ 38 bilhões no primeiro trimestre de 2011, sendo 12% superior ao registrado no mesmo período de 2010, quando alcançou US\$ 33,98 bilhões.

O marketing virtual, especialmente por meio da publicidade, é instrumento essencial no novo comportamento do consumidor.

2. Publicidade na internet

Como sintetiza Cláudia Lima Marques², a publicidade, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, é "toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado."

Conforme dados fornecidos pelo Ibope Nielsen Online, no Brasil, o número de pessoas com acesso à internet em qualquer ambiente (domicílios, trabalho,

escolas, lan houses, etc.) atingiu 73,9 milhões no ano de 2010. Nosso País se apresenta como um dos mais promissores mercados para a publicidade digital, sendo o 5º em número de acessos à internet e, segundo a mesma fonte, 87% dos internautas brasileiros entram na internet semanalmente.

Dentre as infinitas possibilidades de utilização de tal veículo para a publicidade, além da convencional nos sites, destaco a utilização dos links patrocinados, a utilização da publicidade viral e a publicidade virtual.

O link patrocinado é um serviço disponibilizado por ferramentas de busca como Google, Yahoo, UOL, em que as empresas fornecedoras pagam um valor combinado, por cada clique na palavra-chave do seu negócio, em que seu site é acessado pelo consumidor. É o chamado Custo por Clique ou CPC.

O fornecedor gasta quanto quer, e a cada clique uma importância é abatida do seu crédito, e por seu custo menor que a publicidade convencional em revistas, TV, rádio, propicia a utilização deste meio publicitário por micro-empresários, pequenas empresas e profissionais liberais.

A publicidade viral é uma forma de "publicidade boca a boca" virtual, em que, por exemplo, um vídeo é enviado ao maior número de pessoas, que o repassam, alastrando-se rapidamente a informação a baixo custo, como se fosse um vírus. Em geral são informações divertidas, curiosas e interessantes, que contêm a mensagem publicitária de forma dissimulada (carro, perfume, tênis, viagem, música, etc).

4. http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/veja-a-internet-em-numeros-no-ano-de-2010?page=2&slug_name=veja-a-internet-em- numeros-no-ano-de-2010. Acesso em 19.05.2011.

5. Conforme o conceito da AMA - American Marketing Association, marketing é a atividade, conjunto de instituições e processos para criar, comunicar, distribuir e efetuar a troca de ofertas que tenham valor para consumidores, clientes, parceiros e a sociedade como um todo' (Marketing is the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large. (Approved October 2007). <<http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Pages/DefinitionofMarketing.aspx>>. Acesso em 15.05.2011. O marketing tem entre seus instrumentos de atuação a publicidade.

Para se ter uma idéia, com relação ao ano de 2010, segundo o site EXAME.com³ : “Todos os dias, são assistidos 2 bilhões de vídeos no YouTube e, a cada minuto, o site recebe o upload de 35 horas de conteúdo. 84% dos usuários da web nos EUA assistem vídeos online – em média, são 186 vídeos em um mês. Apenas 14% deles fazem upload. No Facebook, por mês, são assistidos mais de 2 bilhões de vídeos; na rede social, o número de vídeos disponibilizados a cada 30 dias chega a 20 milhões.”

A publicidade virtual é a que se utiliza da tecnologia digital para inserir imagens eletrônicas em shows e eventos esportivos gravados ou ao vivo, como partidas de futebol, transmitidos pela televisão ou Internet, em que o telespectador ao mesmo tempo em que assiste ao jogo, recebe continuamente mensagens publicitárias inseridas normalmente nas laterais, gramado ou atrás dos goleiros.

Tal publicidade pode ser regionalizada ou modificada em cada reapresentação e é muito mais eficaz do que aquelas inseridas nos intervalos, em que o consumidor pode sair da sala ou distrair-se com outra coisa.

A possibilidade de acesso à internet e à TV por aparelhos de telefonia móvel, tablets e de GPS ampliou ainda mais o interesse por tal meio de publicidade, não sendo absurdo supor-se, que num futuro próximo, sua geladeira mostrará automaticamente publicidade dos produtos que nela estão faltando, diante da possibilidade da leitura de código de barras, e o acesso à internet por meio de telefones celulares superará outros.

3. A vulnerabilidade do consumidor na era digital

Contra os abusos do marketing⁴ , “o vender a qualquer custo”, é oportuna a lembrança de Herman Benjamin⁵, de que a regra do Código é “prometeu, cumpriu”

O consumidor da era da internet está muito mais vulnerável, não apenas pela rapidez como se difundem as ofertas, mas, também, pela facilidade da publicidade estar dissimulada, o que é vedado pelo art. 36, do CDC.

Pela contínua e prolongada exposição, propiciada pelo baixo custo da publicidade por este meio e ainda por poder ser induzido a agir por impulso, uma vez que, em geral, poderá concretizar on line a aquisição do bem ou a contratação do serviço, aplica-se a este tipo de negociação o direito de arrependimento do art. 49, do CDC.

O CDC oportunamente equiparou aos consumidores, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas publicitárias (art.29, CDC).

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ : “Nesse dispositivo, encontra-se um conceito próprio e amplíssimo de consumidor, desenhado em resposta às peculiaridades das práticas comerciais, notadamente os riscos que, in abstracto, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes in concreto.”

Desta forma, podem ser coibidas práticas comerciais, ainda que não tenha ocorrido um dano efetivo, ou identificada uma vítima em potencial, de publicidade enganosa ou abusiva.

5. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Ada Pellegrini Grinover (ET AL). 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.232.

6. (RMS 27.541/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 27/04/2011).

4. A responsabilidade civil das agências pela publicidade lesiva

Não há dúvida que o anunciante responde pela publicidade que faz veicular, ainda que não tenha agido de má-fé e que o dano seja apenas potencial. Mas, tratando-se de publicidade na rede mundial de computadores, em que muitas vezes as empresas anunciantes também são virtuais, chamadas i-Ltda, que gerem seus negócios pela internet e não têm, necessariamente, uma sede permanente, podendo desfazer-se com a mesma facilidade com que se constituem e se associam com outras pessoas e congêneres, justamente porque buscam as oportunidades do mercado, maior risco há para os consumidores.

Assim, não há como se excluir a responsabilidade solidária das agências de publicidade, incumbidas do planejamento, criação, sugestão do veículo de comunicação e produção, em especial quando a publicidade for o fator decisivo na concretização do negócio.

O parágrafo único do art. 7º do CDC é expresso no sentido de que "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". O consumidor tem direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, incisos III e IV, CDC), sendo vedada, ainda, a publicidade comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias sem observância das restrições legais e advertências impostas por lei (art. 220, § 4º, Constituição Federal c.c. lei n. 9.294/96).

É enganosa a publicidade falsa, inteira ou em parte, capaz de ludibriar o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados

sobre produtos e serviços (art. 37, § 1º, CDC); é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, CDC), e enganosa por omissão, quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (art. 37, § 3º, CDC).

A publicidade visa, na essência, ao lucro, para o que se utiliza da persuasão, do convencimento, do conhecimento das necessidades, desejos e impulsos das pessoas, para influenciar na contratação.

As agências, muitas vezes, pelo simples recebimento do briefing, que é o conjunto de informações sobre o produto ou serviço, e objetivos buscados com a realização da campanha publicitária, fornecidos pelo cliente, têm condições de saber da intenção de induzir em erro o consumidor, para o que, intencionalmente ou por culpa, podem concorrer.

Na campanha abusiva por comissão, não há como se negar a co-responsabilidade, pelo abuso ter origem na criação, de sua responsabilidade. E na enganosa por omissão, desde que tenha conhecimento, ou dever de saber, da obrigatoriedade de informar dado essencial do produto ou serviço, como por exemplo, em relação ao risco que pode trazer ao consumidor, também respondem.

Nestas circunstâncias, de terem agido com culpa ou dolo, a responsabilidade das agências de publicidade é a mesma que tiver o anunciante pelo ressarcimento dos danos materiais, inclusive decorrentes da vinculação publicitária, pela compensação por danos morais, ou de suportar os custos da contrapropaganda

(art. 60 e § 1º, CDC), com a divulgação da mesma forma, frequência e dimensão, e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, a fim de desfazer o mal causado pela publicidade enganosa ou abusiva.

Aplica-se a possibilidade da inversão do ônus da prova, mas não com fundamento no art. 38, do CPC, que é obrigatória em relação ao anunciante, mas com observância dos requisitos do inciso VIII, do art. 6º, do CDC, verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor.

5. Conclusão.

A publicidade comercial é atividade empresarial que tem por objetivo estimular o consumo de bens e serviços, e para tal consecução podem ser utilizados todos os meios lícitos de comunicação, dentre os quais a internet, que se apresenta como um veículo rápido, barato e eficaz.

A não observância pelas agências de publicidade dos princípios que norteiam a publicidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em especial da identificação da publicidade, da vinculação contratual e da veracidade da publicidade, produzindo deliberadamente ou por culpa, publicidades abusivas ou enganosas, obrigam solidariamente à reparação do dano civil e à correção da informação, por meio da contrapropaganda.

6. Bibliografia

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Ada Pellegrini Grinover (ET AL). 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A SPECTOS JURÍDICOS DA RELAÇÃO CAMBISTA X CONSUMIDOR

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Noção da atividade de cambista.
3. Cambista x Torcedor.
4. Cambista x Consumidor – Aspectos Cíveis.
 - 4.1. Contrariedade aos princípios e direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor;
 - 4.2. Configuração de Práticas Abusivas previstas no CDC;
 - 4.3. Contrariedade a função social do contrato e a boa-fé prevista no Código Civil;
 - 4.4. Situação das empresas especializadas em venda de ingressos;
5. Cambista x Consumidor - Aspectos Criminais;
6. Conclusões e soluções.
- 7 – Bibliografia

CAIO POMPEU MEDAUAR DE SOUZA - Advogado com atuação na área empresarial, defesa do consumidor e direito desportivo; professor de direito desportivo da Universidade Gama Filho e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo; Procurador do STJD do Futebol, Auditor-presidente do STJD do Handebol e do TJD dos desportos aquáticos, Auditor da 2ª Comissão Disciplinar do STJD do Basquete, Auditor da Comissão Disciplinar do Desporto Paraolímpico, especialista em Gestão Esportiva pela FGV/SP.

1. Introdução

A atuação de cambistas no Brasil é tão polêmica quanto o próprio futebol. Mas o torcedor esportivo, protegido pelo Estatuto do Torcedor, é o menos engajado e raramente denuncia práticas abusivas e ilícitas que sofrem a cada dia.

E tal reflexo se vê na atividade dos cambistas que, desde sempre, povoam a entrada dos eventos culturais e esportivos, criando um verdadeiro mercado paralelo de ingressos, os quais em eventos mais procurados são vendidos por preços altíssimos, até dez vezes mais altos que os oficiais, havendo sempre quem compre.

É neste aspecto que reside a atuação do cambista: a paixão do torcedor ou do espectador, em outras palavras, do consumidor, por seus ídolos, a ponto de pagar um ágio para poder ver seu jogo.

À conta simples acima, decorrente da lei de oferta e procura, adiciona-se a forte organização destes cambistas que, em eventos nos quais os ingressos se esgotam, aparecem com grande número de entradas, sendo comuns as denúncias de que os ingressos seriam repassados aos cambistas pelos dirigentes esportivos ou organizadores de eventos, o que gera grande desconfiança.

Portanto, sempre houve a certeza para muitos de que tal atividade seria ilícita, abusiva, etc – certeza essa que se esvaía quando as autoridades policiais teimavam em liberar cambistas alegando não ter artigos ou leis para enquadrá-los, situação que gerou a alteração do Estatuto do Torcedor, tornando essa atividade crime tipificado, conforme se verá adiante em explicação mais ampla.

A verdade é que há uma reprovação da sociedade ao grande ágio cobrado, no mínimo, o dobro do valor do ingresso, sendo que a proposta do presente artigo é contextualizar a atividade do cambista perante o Sistema de Defesa do Consumidor Brasileiro, sem nenhuma intenção de

trazer um posicionamento definitivo, mas sim detrabalhar soluções para um problema que afeta um importante segmento representado pelos eventos esportivos e culturais .

2. Noção de Cambista.

Mostra-se relevante buscar a noção de cambista. No dicionário, encontramos a seguinte definição:

“CAMBISTA, s. 2 gên, Pessoa que tem casa de câmbio; indivíduo que faz negócios cambiais; vendedor de bilhetes de loteria; (bras.) indivíduo que, à porta das casas de diversões, vende ingressos com ágio.¹”

“CAMBISTA. adj. e s.m. e f. Que ou aquele que trabalha em câmbio, papéis de crédito e troca de moedas. / Bras. Pessoa que vende, fora das bilheterias de casas de espetáculos, ingressos com ágio.²”

Como se vê, o termo cambista é próprio da realidade brasileira e exige a ocorrência de dois fatores: a venda de ingressos e a ocorrência de ágio para a venda de tais entradas. O componente do ágio é um ponto extremamente relevante em se tratando de direito do consumidor. Mais uma vez recorremos aos dicionários:

“ÁGIO, s.m. Lucro resultante de câmbio; diferença entre o valor intrínseco da moeda e o seu preço accidental; juro; desconto; câmbio de letras; especulação sobre a baixa e a alta de valores; usura (do ital. Aggio)³. ”

“ÁGIO s.m. Lucro resultante do câmbio da moeda ou da troca de papéis de crédito por dinheiro. / Conjunto das despesas que oneram as operações bancárias. / Desconto; usura⁴. ”

1. Dicionário Brasileiro Globo / Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. - 22ª. ed. - São Paulo : Globo, 1991.

2. <http://www.dicionariodeportugues.com/significado/cambista-9101.html> - Pesquisa dia 16 de maio de 2011

3. Dicionário Brasileiro Globo / Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. - 22ª. ed. - São Paulo : Globo, 1991.

4. <http://www.dicionariodeportugues.com/significado/agio-1641.html> - Pesquisa dia 16 de maio de 2011

Portanto, o ágio decorrente da atividade do cambista tem a ver com a usura ou ganho indevido de dinheiro. Esse é o ponto fundamental da palavra ágio, daí o termo agiota ou a agiotagem, que é a cobrança de juros ilegais ou abusivos.

O cambista é o indivíduo que vende o ingresso para obter um ganho, um ágio, o que a sociedade, em sua maioria, considera indevido ou exagerado, lembrando que as relações de consumo sempre deverão ser permeadas pelo respeito à boa-fé, tanto subjetiva como objetiva. Mas, o que define se o ágio é lícito ou ilícito é uma análise correta da legislação brasileira.

3. Cambista x Torcedor.

Normalmente se começa analisando o aspecto geral, para depois se voltar para a questão mais específica. Todavia, parece-nos mais efetivo começar pelo mais fácil, que é analisar a única tipificação penal direta da atividade do cambista na legislação brasileira para, em seguida, analisar as demais situações.

A Lei no. 10.671, de 15 de maio de 2003, instituiu o Estatuto do Torcedor⁵, uma norma de natureza complementar ao Código de Defesa do Consumidor, e que prevê direitos e deveres do consumidor do evento esportivo.

5. Lei no. 10.671, de 15 de maio de 2003

Art. 1º Este Estatuto estabelece normas de proteção e defesa do torcedor.

(...)

Art. 2º Torcedor é toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se a apreciação, o apoio ou o acompanhamento de que trata o caput deste artigo.

(...)

Art. 43. Esta Lei aplica-se apenas ao desporto profissional.

6. Lei 9615/98 – Lei Pelé ou Lei Geral Sobre Desporto

Art. 2o. O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

(...)

VI - da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional;

(...)

Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios: (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003).

Art. 26. Atletas e entidades de prática desportiva são livres para organizar a atividade profissional, qualquer que seja sua modalidade, respeitados os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se competição profissional para os efeitos desta Lei aquela promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)

7. Lei 8079/90 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Trata-se de uma lei criada a partir de um grupo de trabalho do Ministério do Esporte, que realizava reuniões plenárias temáticas sobre assuntos como ingressos, segurança, etc. Portanto, é uma lei temática inspirada na modalidade futebol, mas estendida a toda modalidade ou competição considerada profissional, ou seja, àquelas disputadas para a obtenção de renda, campeonatos ou por atletas profissionais⁶.

Contudo, o Estatuto do Torcedor nada mencionava diretamente sobre a atividade dos cambistas. No entanto, a partir da alteração sofrida em meados de 2010, foram incluídos dois tipos penais:

“Art. 41-F. Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Art. 41-G. Fornecer, desviar ou facilitar a distribuição de ingressos para venda por preço superior ao estampado no bilhete: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Parágrafo único. A pena será aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o agente for servidor público, dirigente ou funcionário de entidade de prática desportiva, entidade responsável pela organização da competição, empresa contratada para o processo de emissão, distribuição e venda de ingressos ou torcida organizada e se utilizar desta condição para os fins previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).”

O primeiro ponto a se destacar é que o tipo não menciona a palavra ágio, mas busca simplificar ao máximo o entendimento, proibindo o comércio de ingressos por preço superior ao estampado no bilhete.

Aqui, tem-se a preocupação com a venda de ingressos para eventos esportivos e por esse motivo se criam duas situações: o torcedor (consumidor do evento esportivo) e o consumidor de todos os outros eventos.

Aqueles não habituados aos jogos de futebol, vão imaginar que bastaria o artigo 41-F para coibir aqueles que compram o ingresso na bilheteria e posteriormente os vendem na porta do estádio, sendo este artigo bastante direto e claro.

Contudo, a atividade dos cambistas é sofisticada, sendo inúmeras as reclamações de torcedores e da imprensa, dentre as quais se salienta a antiga suspeita de que os ingressos são repassados em consignação, ou seja, que o cambista sequer pega a fila; que os cambistas pagam para que pessoas tumultuem as filas para terem um diferencial e, sobretudo, a suspeita de que dirigentes e empresas se envolvam em esquema de desvio de ingresso.

Portanto, as alterações do Estatuto do torcedor visaram a coibir tanto a atuação do cambista individual, como aquelas situações em que pessoas ligadas aos clubes e aos organizadores dos eventos esportivos ajam em conluio com o cambista, em clara intenção de prejudicar e de locupletar-se à custa do consumidor apaixonado por seu time.

O legislador conseguiu criar tipos que buscam inibir os cambistas individuais e todos aqueles com ele envolvidos, agravando ainda a pena daqueles colaboradores ou facilitadores que forem servidor público, dirigente ou funcionário de entidade de prática desportiva, entidade responsável pela organização da competição, empresa contratada para o processo de emissão, distribuição e venda de ingressos ou torcida organizada. Infelizmente, a realidade tem mostrado uma aplicação desses institutos muito abaixo do esperado.

4. Cambista x Consumidor – Aspectos Cíveis.

Depois de se explanar o tipo penal previsto no Estatuto do Torcedor, a análise da licitude ou não da atividade do cambista para eventos não esportivos ou praticados de forma não profissional demanda um pouco mais de hermenêutica. Seria a atividade do cambista em todas as formas contrária ao Código de Defesa do Consumidor?

4.1. Contrariedade aos princípios e direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Para entender essa situação, devemos primeiramente lembrar que o CDC, em seu artigo 4º, além de garantir a proteção dos interesses econômicos do consumidor e a transparência e harmonia das relações de consumo⁷, consagrou desde seu nascedouro o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo .

Em outras palavras, não se tem uma presunção, mas sim a garantia e ponto de partida de que o consumidor está exposto a todo tipo de prática do mercado de consumo e realmente precisa ser protegido, devendo o Estado reequilibrar a relação, sobretudo em uma economia de mercado em que o consumidor cada vez mais é uma estatística e um número.

Assim, o consumidor que pretende assistir a um evento cultural ou esportivo estará sempre fragilizado diante de quem tem o ingresso e cobra um ágio sobre ele. E o CDC condena tais situações, determinando o reequilíbrio e a harmonização da relação⁸.

Dentre os instrumentos legais existentes para a busca da harmonização está a previsão expressa de respeito à boa-fé das relações. E, no caso do cambista, podemos discutir tanto o aspecto subjetivo como o objetivo.

8. Lei 8079/90 – Código de Defesa do Consumidor
Art. 4º (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

9. Lei 8079/90 – Código de Defesa do Consumidor
Art. 4º,(...)

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

(...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

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

Do ponto de vista da boa-fé subjetiva, pode-se afirmar que é evidente a intenção, no cambista, de levar vantagem em relação ao consumidor que não tem opção para a compra de ingressos esgotados ou com grandes filas. Sobretudo em relação a jogos de futebol tem-se inúmeras reclamações de torcedores sobre a prática de tumulto de filas, repasse de ingressos por dirigentes etc. Portanto, evidente a má-fé em tais situações.

Em relação à boa-fé objetiva, claro também é o desrespeito, pois não parece razoável que uma pessoa obtenha um lucro acima de 100% em relação ao preço do evento, em detrimento do consumidor e do próprio organizador do evento que não tem participação neste ágio. Em outras palavras, a atitude é claramente reprovável. O CDC rejeita práticas abusivas e desproporcionais, assegurando proteção contra elas, tanto nos princípios como em seus direitos básicos previstos no artigo 6º.

4.2. Configuração de Práticas Abusivas previstas no CDC.

A atuação do cambista certamente limita a liberdade de escolha do consumidor e gera uma vantagem manifestamente excessiva. E, a partir deste ponto, note-se que não se trata mais de mero desrespeito a princípios (o que já seria grave e ilícito por si só). Passa a ser uma prática abusiva sobre vários aspectos contidos no artigo 39 do CDC:

“ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

(...)

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

(...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

(...)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)”

A atuação do cambista infringe, diretamente, o inciso V supra mencionado, pois a vantagem é excessiva, exemplo evidente da vulnerabilidade do consumidor.

Mas a análise do inciso V em conjunto com os demais, e os princípios já mencionados, permite-nos alcançar todas as hipóteses, incluindo a associação de pessoas para a venda de tal ingresso, e ainda a preocupação do legislador em relação a aumentos abusivos e injustificados do preço, sendo que os incisos X e XIII deixam claro que a cobrança de valores superiores aos definidos pelo fornecedor original é abusiva, não podendo ser considerada prática normal e válida do mercado.

Por outro lado, sempre que se conseguir provar o envolvimento de colaboradores diretos do organizador do evento ou da empresa que comercializa os ingressos, tem-se a prática abusiva do fornecedor original, que desvia ingressos que seriam vendidos pelo preço normal, para a comercialização mais cara.

4.3. Contrariedade à função social do contrato e à boa-fé prevista no Código Civil

Ainda que não haja nenhuma dúvida em relação a aplicação do CDC no caso em tela, o Código Civil de 2002 também consagrou a boa-fé objetiva entre seus institutos, como requisito necessário aos negócios jurídicos, o que reforça a ilicitude da prática. Tal determinação é expressa no artigo 113 do citado Código Civil:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Sobre esse dispositivo legal, escreveu Maria Helena Diniz¹⁰

“Interpretação baseada na boa-fé e nos usos do local de sua celebração: O princípio da boa-fé está ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida na declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social da segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.” Ainda no Novo Código, quando trata dos contratos, é ressaltado o princípio da boa-fé:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Sobre o tema, comentou Jones Figueiredo Alves¹¹ (Novo Código Civil Comentado, Coord. Ricardo Fiúza, Ed. Saraiva, 1ª ed. 2003):

“Cuida-se de dispositivo específico sobre princípios da probidade e da boa-fé. O Código de 1916 não ofereceu tratamento objetivo a respeito.

O primeiro princípio versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial os de veracidade, integridade, honradez e lealdade, deles resultando como corolário lógico o segundo.

O princípio da boa-fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do novo Código Civil. É, em verdade, o preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico, da qual decorrem diversas teorias, dentre as quais a teoria da confiança tratada por Cláudia Lima Marques, no alcance da certeza e segurança que devem emprestar efetividade aos contratos.”

10. Diniz, Maria Helena, Novo Código Civil Comentado, Coord. Ricardo Fiúza, Ed. Saraiva, 1ª ed. 2003

Assim, em todos os aspectos, a conduta do cambista e de seus eventuais colaboradores é ilícita, pois, além de ser contrária ao Código de Defesa do Consumidor, configurando prática abusiva, é também contrária aos dispositivos do Código Civil Brasileiro.

4.4. Situação das empresas especializadas em venda de ingressos

Em princípio a venda de ingressos é uma atividade econômica como outra qualquer, sendo muito comum se indagar sobre a luta contra o cambista e não a coibição de abusos de empresas que vendem ingressos por telefone ou internet e cobram pelo serviço a título de taxa de conveniência.

Note-se que tais empresas, em princípio, agem com a anuência dos organizadores do evento, e visam a facilitar a compra do ingresso e a entrega do mesmo. Portanto não se pode considerar ilícita, em princípio, tal atividade.

O que se discute é, no tocante à terceirização da venda de ingresso pela entidade organizadora, se essa venda pode ser sobretaxada pela empresa terceirizada, principalmente quando ocorre no guichê. Tal situação é claramente abusiva, pois o custo de tal venda é do fornecedor, sobretudo o de eventos esportivos em que é obrigado a manter 5 postos de venda pela cidade, e configura uma vantagem excessiva.

Portanto, a cobrança da taxa de conveniência, ou qualquer nome que se dê pela remuneração de tal serviço, pressupõe que haja efetivamente um serviço a mais, como por exemplo, o envio dos ingressos para a residência do consumidor¹².

Outra questão importante com relação a tais empresas é que o valor da remuneração pelo serviço prestado deve ser compatível e proporcional, não sendo razoável se pensar que a intermediação da venda ou a entrega do ingresso possa custar mais que o próprio ingresso, em situação que configurará prática abusiva e atividade de cambista.

11. Alves, Jones Figueiredo, Novo Código Civil Comentado, Coord. Ricardo Fiúza, Ed. Saraiva, 1ª ed. 2003

DIRETORIA

Presidente: Luiz Flávio Borges D'Urso

Vice-Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Braz Martins Neto

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto

Diretora Adjunta: Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Diretor de Cultura: Umberto Luiz Borges D'Urso

Diretor da ESA: Rubens Approbato Machado

5. Cambista x Consumidor - Aspectos Criminais;

Em todos os casos em que não se aplica o Estatuto do Torcedor, novamente deve-se socorrer da legislação de proteção ao consumidor, em especial o CDC e a Lei de Crimes contra a economia popular.

Mesmo diante da má vontade das autoridades, há precedentes que entendem que a atividade de Cambista configura crime contra a economia popular, previsto no inciso IX da lei 1.521/51, que prevê o crime de agiotagem:

“ Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

(...)

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);”

A jurisprudência assim se manifestou:

“CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR - Agente que desempenha a atividade de cambista - Revenda de entradas de espetáculo musical por preço superior ao da compra - Crime caracterizado, mesmo tendo as vítimas ciência do real valor do ingresso - Condenação mantida (TACrimSP) RT 726/694.

CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR - Agiotagem - Cambista que vende ingressos de partida de futebol por preços superiores aos estipulados pela entidade desportiva - Inclusão entre as especulações ou processos fraudulentos de que trata o art. 2º. IX, da Lei 1.521/51 (TACrimSP) RT 647/315”.

Note-se que o componente do ágio e sua clara abusividade e ilegalidade, fazem com que a aceitação da atividade de cambista seja considerada especulação e processo fraudulento, sem se considerar interpretação extensiva da norma, o que é vedado no âmbito criminal.

Essa aplicação também pode dirimir a questão da venda, pelos Cambistas, de ingressos de cortesia, que não teriam valor apostado no bilhete e portanto não estariam sujeitos ao artigo 41-F do Estatuto do Torcedor, sendo evidente que, se o ingresso é cortesia e prevê ainda a frase “venda proibida”, estamos diante de clara especulação e processo fraudulento.

Já Gustavo Lopes Pires de Souza¹³, ao discutir a necessidade de criminalização da prática, menciona a aplicabilidade do inciso VI do artigo 2º da mesma lei. Diz ele em seu artigo:

“A atividade dos cambistas constitui crime contra a economia popular, previsto na Lei 1521/1951, em seu art. 2º, que diz serem crimes dessa natureza: transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes¹⁴; não é claro e muito menos cumprido.”

Portanto, não se justifica a postura das autoridades que muitas vezes se recusam a dar andamento à persecução penal, pois claramente a conduta do cambista é crime e assim deve ser tratada.

6. Conclusões e soluções.

Qualquer matéria ou artigo jornalístico sobre a atividade de cambista mencionará que o fenômeno é mundial, encontrando seu ápice na copa do mundo e no Superbowl norte-americano, sendo, portanto, impossível de se coibir. A esta constatação, fica evidente que uma série de ilícitos ocorre todos os dias, e o fato de a maior parte não ser punida não torna essa atitude tolerável.

Outra questão é a alegação dos próprios cambistas de que sua atividade é própria da economia de mercado. Se tal afirmação fosse válida, estaríamos negando vigência, sobretudo, ao Código de Defesa

do Consumidor, legitimando a especulação e o abuso perpetrados contra o consumidor vulnerável.

Mesmo porque, a intervenção do Estado na economia somente se justifica para se evitar abusos, desequilíbrios e distorções, como a cobrança de preços várias vezes superiores aos apostos nos ingressos, ou ainda na venda de ingressos de cortesia com a previsão de "venda proibida."

Mas se a ilegalidade é tão óbvia, por que a cada jogo se veem os mesmo cambistas e se tem a impressão de que nada é feito?

Em primeiro lugar deve-se destacar que o policial militar que prender um cambista e o encaminhar à autoridade policial deverá, necessariamente, aguardar a lavratura do termo circunstanciado ou boletim de ocorrência, sendo de se imaginar que o comando do policiamento, em dias de jogos, não queira prescindir de seus homens, sobretudo em grandes jogos, em que a atuação dos cambistas é maior.

Para tal problema, a solução é a mobilização de agentes públicos ou privados que sejam os condutores do cambista, liberando o policial militar para voltar a suas funções.

Para jogos e eventos em que os ingressos não são vendidos no dia do evento, é possível criar restrições à circulação de pessoas ao redor do local onde será realizado, restringindo, assim, a atuação de cambistas, flanelinhas e ambulantes, facilitando o trabalho do policiamento.

Não há dúvida que a providência principal é a maior eficiência na venda de ingressos de shows e eventos esportivos e a conscientização do consumidor. Porém, a livre atuação de cambistas, sobretudo após a tipificação expressa do Estatuto do Torcedor, deve-se quase que exclusivamente à certeza da impunidade.

Somente com uma atuação firme e constante das autoridades, incluindo polícia e ministério público, se poderá inibir a atuação dos cambistas e também desmontar as quadrilhas que envolvem dirigentes e empresas de emissão de ingresso.

7 – Bibliografia

- Dicionário Brasileiro Globo / Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft, F. Marques Guimarães. - 22ª. ed. - São Paulo
- <http://www.dicionariodeportugues.com>
- SILVA, Gustavo Lopes Pires de - A questão dos cambistas sob a nova ótica do Estatuto do Torcedor - <http://www.universidadedofutebol.com.br/2010/09/2,14253,A+QUESTAO+DOS+CAMBISTAS+SOB+A+NOVA+OTICA+DO+ESTATUTO+DO+TORCEDOR+.aspx>
- FIÚZA, Ricardo (coordenador) - Novo Código Civil Comentado, Ed. Saraiva, 1ª ed. 2003

12. Estatuto do Torcedor:

Art. 20. É direito do torcedor participe que os ingressos para as partidas integrantes de competições profissionais sejam colocados à venda até setenta e duas horas antes do início da partida correspondente.

§ 1º O prazo referido no caput será de quarenta e oito horas nas partidas em que:

I - as equipes sejam definidas a partir de jogos eliminatórios; e

II - a realização não seja possível prever com antecedência de quatro dias.

§ 2º A venda deverá ser realizada por sistema que assegure a sua agilidade e amplo acesso à informação.

§ 3º É assegurado ao torcedor participe o fornecimento de comprovante de pagamento, logo após a aquisição dos ingressos.

§ 4º Não será exigida, em qualquer hipótese, a devolução do comprovante de que trata o § 3º.

§ 5º Nas partidas que compõem as competições de âmbito nacional ou regional de primeira e segunda Divisão, a venda de ingressos será realizada em, pelo menos, cinco postos de venda localizados em distritos diferentes da cidade.

13. SILVA, Gustavo Lopes Pires de - A questão dos cambistas sob a nova ótica do Estatuto do Torcedor - <http://www.universidadedofutebol.com.br/2010/09/2,14253,A+QUESTAO+DOS+CAMBISTAS+SOB+A+NOVA+OTICA+DO+ESTATUTO+DO+TORCEDOR+.aspx>
Lei 1521/1951

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

(...)

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil

leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

R

RECALL: CONTEXTUALIZAÇÃO

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Objetivos.
3. Dever do fornecedor.
4. Dever do consumidor.
5. Nova era: Banco de dados. Perspectivas futuras.
6. Conclusão.
7. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor – defesa do consumidor - acidente de consumo – vulnerabilidade – chamamento – recall – qualidade - vítimas do evento – banco de dados – portaria.

**CARLOS ALBERTO NAHAS - Advogado e
Professor da Escola Superior de Advocacia -
ESA/OAB-SP**

1. Introdução

O "caput" do artigo 10 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) dispõe que o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Este comando de ordem pública e interesse social (artigo 1º, do CDC) é de extrema importância para os casos em que o fornecedor venha a ter conhecimento da existência de defeito, após introdução dos produtos no mercado. É sua obrigação comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, por meio de anúncios publicitários a serem veiculados no jornal impresso, televisão e rádio, conforme determina os respectivos §§ 1º e 2º do sobredito artigo 10 e, claro, sem prejuízo de outra forma de comunicação, p.ex.: carta, e-mail, telefone, que possa vir a informar diretamente ao consumidor.

2. Objetivos

Como escopo desse marco regulatório consumerista advém o dever do fornecedor de garantir que a legítima expectativa do consumidor, no que tange à adequação e, principalmente, à segurança dos produtos ou serviços, seja, efetivamente, correspondida.

A regra legal, portanto, é de que os produtos ou serviços colocados no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde e segurança, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, de acordo com o artigo 8º e parágrafo único, também do CDC.

Na doutrina do mestre ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, no direito do consumidor é possível enxergar duas órbitas distintas - embora não absolutamente excludentes - de preocupações.

"A primeira centraliza suas atenções na garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os acidentes de consumo provocados pelos riscos de produtos e serviços.

Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda.

Outro não é o ensinamento do grande jurista argentino Gabriel A. STIGLITZ:

A relação entre os direitos pessoais do consumidor e a atitude agressiva do empresário encontra sua mais delicada manifestação quando o interesse afetado resulta ser a saúde ou segurança do lesado (Protección jurídica del consumidor, p. 23).

No mesmo sentido manifesta-se Carlos Ferreira de ALMEIDA, brilhante professor da Faculdade de Direito de Lisboa, ao apontar que as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta idéia como tal, são impostas por razões de saúde pública (Os direitos dos consumidores, p. 49).

A segunda esfera de inquietação, diversamente, busca regradar a incolumidade econômica do consumidor em face dos incidentes (e não acidentes!) de consumo, capazes de atingir seu patrimônio. Não obstante em termos éticos a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor seja prioritária, são os ataques a sua incolumidade econômica que mais aparecem no seu relacionamento com o fornecedor.

O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui a parte mais visível da sua desprotecção. Os prejuízos materiais efectivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contacto entre fornecedor e adquirente ou utente de bens ou serviços (Carlos Ferreira de ALMEIDA, Os direitos dos consumidores, p. 71).

Em outras palavras: enquanto a primeira órbita afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso. Todavia, mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo igualmente sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição de seu patrimônio. Portanto, na identificação do tipo de esfera - e do regime jurídico - atacada pela atividade do fornecedor, não deve o intérprete buscar um traço exclusivo, e sim o preponderante.

Exemplo típico de conduta que incomoda preponderantemente a incolumidade físico-psíquica do consumidor é a colocação no mercado de bens de consumo (produtos e serviços) defeituosos capazes de causar acidentes. Além de afligir a órbita da segurança do consumidor, tal atividade traz também um invólucro econômico. O consumidor que, em claro atentado a sua incolumidade físico-psíquica, perde um braço em um acidente automobilístico, em decorrência de um defeito de fabricação, é afetado, igualmente, na sua esfera econômica (incapacidade para o trabalho, despesas hospitalares, conserto do veículo)."

O escopo desse marco regulatório consumerista reflete o dever do fornecedor de, com fundamento na teoria da qualidade, garantir que a legítima expectativa do consumidor no que se refere à adequação e, principalmente, à segurança dos produtos ou serviços seja, efetivamente, correspondida.

Tanto é assim que o próprio artigo 8º, do CDC, dá o comando geral: os produtos ou serviços colocados no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde e segurança, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, hipótese em que deverão ser asseguradas pelo fornecedor as informações adequadas.

3. Dever do fornecedor

É público e notório que o objetivo do recall é proteger o consumidor de riscos à saúde e segurança ocasionados por defeitos inclusive de projeto, fabricação, montagem,

qualidade (lato sensu). E uma vez detectado o alto grau de periculosidade ou nocividade de produtos ou serviços colocados no mercado, o fornecedor deverá informar o fato imediatamente às autoridades competentes e à coletividade de consumidores.

Em sendo assim, uma das ações mais efetivas é a ampla, correta e adequada divulgação da campanha de chamamento na mídia, com informações claras, precisas e ostensivas quanto: i) ao objeto do recall, ii) à descrição real e precisa do defeito, iii) aos riscos iminentes, mesmo que eventuais, alertando o consumidor sobre a medidas preventivas e corretivas que deve tomar.

Ainda com relação aos riscos, não é demais repisar sobre o dever legal, também estampado nos artigos 6º e 31, "caput" do Código de Defesa do Consumidor inclusive, de o fornecedor informar, de forma clara e objetiva, o defeito que o produto ou serviço apresenta, bem como os riscos decorrentes e suas implicações, as medidas preventivas e corretivas que o consumidor deve tomar e todas as demais informações que visem a resguardar a segurança dos consumidores.

Daí a importância do recall, devendo ser amplamente veiculado nas rádios, jornais e televisão de grande penetração e alcance em horários compatíveis e adequados, comumente conhecidos, para que atinja o consumidor propriamente dito daquele produto ou serviço defeituoso e a sociedade como um todo, para que inócorra ainda as chamadas vítimas do evento oriundo do acidente de consumo, artigo 17, da Lei nº 8.078/90.

Além do comando do artigo 10 e parágrafos dessa lei para divulgação do chamamento e tendo em vista o bem jurídico envolvido - a vida - há um normativo de comando procedimental que é a Portaria nº 789, de 24 de agosto de 2001, editada pelo Ministério da Justiça, a qual regula o procedimento de recall. Essa portaria dispõe no artigo 2º, §§ 1º e 2º, que o fornecedor deverá imediatamente comunicar o fato, por escrito, ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC,

da Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, aos PROCONs, bem como às demais autoridades competentes.

A comunicação deverá conter as seguintes informações, entre outras que se fizerem necessárias:

I - identificação do fornecedor do produto ou serviço objeto do chamamento, informando:

- a) Razão Social;
- b) Nome Fantasia;
- c) Ramo de Atividade;
- d) CNPJ/CPF;
- e) Inscrição Estadual;
- f) Endereço, telefone e endereço eletrônico se houver;

II - descrição pormenorizada do defeito detectado, acompanhado das informações técnicas que esclareçam os fatos;

III - descrição dos riscos que o produto ou serviço apresenta, especificando todas as suas implicações.

IV - quantidade de produtos e serviços sujeitos ao defeito e o universo de consumidores que deverá ser atingido pelo chamamento.

V - como estão distribuídos os produtos e serviços objeto do chamamento, colocados no mercado, pelos Estados da Federação;

VI - a data e o modo pelo qual a periculosidade do produto ou serviço foi detectada pelo fornecedor;

VII - quais foram as medidas adotadas para resolver o defeito e sanar o risco;

VIII - descrição pormenorizada do modo de realização da campanha publicitária de informação aos consumidores (Plano de Chamamento), de que trata o artigo 3º desta Portaria, sobre a periculosidade do produto ou serviço, informando:

- a) data de início e de fim da campanha (duração);
- b) meios de comunicação utilizados e frequência de veiculação;
- c) as mensagens veiculadas.

d) os locais disponibilizados para reparação ou troca do produto ou serviço.

E mais:

§ 2º Caso o fornecedor tenha conhecimento da ocorrência de acidentes decorrentes do defeito do produto ou serviço que originou o chamamento aos consumidores, com danos materiais ou à integridade física, deverá informar ainda:

- a) o local e a data destes acidentes;
- b) nome, endereço, telefone, endereço eletrônico, e demais meios de localização das vítimas de que disponha;
- c) descrição dos danos materiais e físicos ocorridos nos acidentes;
- d) existência de processos judiciais, decorrentes do acidente, especificando as ações interpostas, o nome dos autores e dos réus, as Comarcas e Varas em que tramitam e os números de cada um dos processos;
- e) as providências adotadas em relação aos danos materiais e físicos sofridos pelas vítimas.

4. Dever do consumidor

Podemos chamar de dever do consumidor a algo ao qual ele não deu causa?

O consumidor tem o dever de preservar sua própria vida e a de outrem, em especial quando relacionada aos recalls das montadoras de veículos. Os consumidores que tiverem veículos envolvidos no recall anunciado pela montadora podem e devem comparecer às concessionárias ou oficinas autorizadas para fazer a vistoria nas peças com defeito (motivo do recall) para o conserto ou a troca do item, por conta do risco de segurança efetiva pelo defeito.

É preciso atender ao recall porque há risco de acidente grave que pode afetar, além do próprio consumidor, terceiros (vítimas do evento, art. 17, acidente de consumo).

Com efeito, o consumidor exercendo esse direito básico de proteção da vida, saúde e segurança, ele faz com que o fornecedor efetivamente cumpra com a obrigação a qual deu causa, veja-se sempre forçado a arcar com

todos os ônus oriundos da falha na fabricação de seus produtos, seja por deficiência na qualidade, seja por ausência de desempenho esperado entre outros indícios de defeito que possa incorrer em responsabilidade pelo fato do produto, art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Se não bastasse isso, entrou em vigor recentemente a Portaria Conjunta SDE/DENATRAN Nº 69 DE 15/12/2010 (Federal). Essa portaria cria o Sistema de Registro de Aviso de Risco – Recall de Veículos Automotores pelo DENATRAN.

Isto, de forma indireta, faz com que o consumidor também se sinta na “obrigação” de atender ao recall em algum momento, caso contrário, se passado um ano da obrigatoriedade de comunicação da periculosidade ou nocividade por parte das montadoras, importadoras ou fornecedoras de veículos automotores, constará no certificado de registro e licenciamento do veículo o não atendimento ao chamamento, o que poderá trazer prejuízos de monta – leia-se econômico - ao consumidor. Vale dizer que o não comparecimento ao chamamento do recall - que deverá ser comprovado por documento emitido pelo fornecedor - não o impedirá de exercer seu direito de propriedade e nem de ir e vir, embora neste interregno poderia vir a sofrer um grave acidente.

5. Nova era: Banco de dados. Perspectivas futuras

A Fundação Procon-SP, na esteira da evolução das relações de consumo, lançou recentemente um consistente banco de dados de recall.

É um cadastro de todos os recalls realizados no Brasil desde 2002 e visa à proteção dos consumidores e terceiros contra riscos inesperados, lesões e mortes associadas à utilização de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo com defeito, na medida em que permitirá a consulta de campanhas

históricas em diversos segmentos de produtos, dentre os quais: veículos; peças e acessórios automotivos; infantis; saúde; alimentos e bebidas; informática; eletroeletrônicos; higiene e beleza, entre outros. As pesquisas podem ser realizadas por fornecedor, marca, segmento, tipo de produto, modelo e tipos de defeito.

O Banco visa divulgar também relatórios que apresentam os produtos com maior índice de defeitos, os defeitos mais recorrentes, as empresas que mais colocam produtos defeituosos no mercado com o objetivo de prevenir possíveis acidentes de consumo.

Além disso, auxiliará o consumidor a tomar decisões de compra mais seguras, principalmente no segmento de veículos, uma vez que poderá comparar marcas e modelos que mais foram objeto de recall.

6. Conclusão

Agrega-se a todo o exposto o nosso dever de atender ao princípio da precaução, especialmente quando se trata de preservar a saúde e segurança dos consumidores, haja vista estes terem reconhecida a sua vulnerabilidade no mercado de consumo decorrente do inciso I, do artigo 4º, do CDC.

Esse dever é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estágio atual do conhecimento do consumidor mediano ou, quiçá, de sua experiência no mercado, não podem ser menosprezados por ele ou deixados de lado. É um princípio que cabe em vários ramos do Direito e tem seu grau de indispensabilidade nas relações de consumo. É um norteador, sinalizador para que se tenha, no mínimo, um mecanismo que desperte para uma tentativa de relação de consumo que seja transparente e segura. Vale dizer, para que o consumidor não seja pego de surpresa.

7. Bibliografia:

Bittar, Carlos Alberto: Direitos do Consumidor: Forense Universitária, 4ª Ed., 1991.

Malfati, Alexandre David: O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor: Alfabeto Jurídico, 2003.

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto: Forense Universitária, 8ª Ed., 2004.

Vasconcellos e Benjamin, Antonio Herman de: Teoria da Qualidade, bdjur.stj.gov.br, 2009.

Código de Proteção de Defesa do Consumidor: Ministério da Justiça/SDE/DPDC, Brasília 2010.

O S PROJETOS DE LEI NO ÂMBITO DO CDC

SUMÁRIO

1. O cenário dos 20 anos de CDC
2. As proposições em Projetos de Lei
3. Projetos de Lei
4. O papel do consumidor no controle da lei
5. Conclusões Finais.
6. Referências

Palavras-chave: Boa-fé; Cláusulas abusivas; cláusulas nulas; consumidor; contrato; hipossuficiente; lei; práticas abusivas; projeto; publicidade; relação de consumo; vulnerabilidade.

JOUNG WON KIM - Advogada, Consultora Jurídica e Professora da Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB-SP, especializada em Processo Civil pela PUC/SP.

1. O cenário dos 20 anos de CDC

Comemoramos nesse ano, no dia 11 de março, os 20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. Uma lei que resgatou na sociedade as questões de cidadania como direito à educação, à saúde, segurança e lazer, antes mesmo da própria Constituição Federal, ainda que tenha sido este o seu nascedouro (CF, art. 5º, inciso XXXII)¹.

E a explicação está no fato de se tratar de uma lei cotidiana, tão presente na vida social de cada indivíduo e de toda coletividade, desde a simples aquisição de produtos como aparelho celular, eletroeletrônico, sapatos, roupas, alimentos etc., a situações mais complexas como relações contratuais de compra de imóvel, de veículo, de plano de saúde, de prestação de serviço de transporte aéreo etc.

E apesar da sua denominação capitular expressamente a “defesa” do consumidor, está expressamente prevista no Código a busca da harmonização da relação entre o consumidor, o fornecedor e o livre mercado, por meio da Política Nacional das Relações de Consumo (CDC, art. 4º caput).

Proteção, a princípio, atribuída ao ente mais fraco da relação consumerista, ou seja, o consumidor, por não possuir este o controle da produção em massa, por simplesmente sujeitar-se às condições postas pelos fornecedores. Daí, os princípios fundamentais de proteção da boa-fé objetiva, hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor (CDC, artigos 4º, incisos I e III e 6º, inciso VIII)².

Por outro lado, vale lembrar a profunda transformação trazida pelo CDC no cenário jurídico do país, influenciando também os outros países, por ser tão eficiente e eficaz a sua aplicação. Só para citarmos, no cenário anterior ao CDC, os compradores de imóvel que se tornassem inadimplentes com as construtoras ou os bancos financeiros, não só perdiam a posse do imóvel propriamente dito como também as parcelas pagas, permanecendo devedores das parcelas restantes, tudo em função do princípio *pacta sunt servanda*.

1. CF, art.5º, inciso XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
2. CDC, art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus

O CDC inovou ao conceituar o contrato de adesão (CDC, art. 54) além de flexibilizar o princípio da irrevogabilidade e da irretroatividade das cláusulas contratuais:

Segundo saudoso jurista CARLOS ALBERTO BITTAR, *“Considera-se de adesão o contrato que, nascido por força do dirigismo econômico e da concentração de capitais em grandes empresas, em especial nos campos de seguros, financiamentos bancários, vendas de imóveis, de bens duráveis e outros, tem a participação volitiva do consumidor reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso, em modelos standardizados, com cláusulas dispostas pelos fornecedores ou resultantes de regulamentação administrativa, ou da sua combinação.*

*Nesses ajustes, em que nem sempre são facilmente legíveis ou inteligíveis os seus termos pelo grande público, as necessidades dos consumidores levam-nos a acolher - muitas vezes sem a leitura do documento impresso, ou do formulário correspondente, ou sem meditação a respeito do real significado das condições neles estampadas - o conteúdo integral da avença, predisposto pelo fornecedor para simples assinatura do público, na efetivação do negócio (e até mesmo após firmado o contrato).”*³ E ainda, na opinião da doutrinadora CLÁUDIA LIMA MARQUES: “ (...) o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (veja neste sentido os incisos IV e V do art. 6º do CDC). Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC).

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

4. Direitos do Consumidor - 4ª ed. - Ed. Forense Universitária, p. 60/61

CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ
AMERICO DE CARVALHO FILHO
AMILCAR AQUINO NAVARRO
ANNA CARLA AGAZZI
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO JORGE MARQUES
ARMANDO LUIZ ROVAI
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS BARBARA
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS PINHEIRO
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLAUDIO BINI
CLAUDIO PERON FERRAZ
DANIEL BLIKSTEIN
DARMY MENDONCA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ROBERTO REIS
EDUARDO CESAR LEITE
ELI ALVES DA SILVA
ESTEVAO MALLET
EURO BENTO MACIEL
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI
FABIOLA MARQUES
FERDINANDO COSMO CREDIDIO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS
GUSTAVO FLEICHMAN
HELENA MARIA DINIZ
HORACIO BERNARDES NETO
JAIRO HABER
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA
JOAO CARLOS RIZOLLI
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR
JORGE ELUF NETO
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA
JOSE LEME DE MACEDO
JOSE VASCONCELOS
LAERTE SOARES
LUIZ RICARDO MARCONDES MARTINS
LUIZ CARLOS PEGAS
LUIZ DONATO SILVEIRA
LUIZ EDUARDO DE MOURA
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO
MARCELO FERRARI TACCA
MARCIO APARECIDO PEREIRA
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO
MAURICIO SILVA LEITE
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO
ODINEI ROGERIO BIANCHIN
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROMUALDO GALVAO DIAS
ROSANGELA MARIA NEGRAO
ROSSANO ROSSI
RUI AUGUSTO MARTINS
SERGIO ROXO DA FONSECA
SIDNEI ALZIDIO PINTO
UMBERTO LUIZ BORGES D'URSO
YARA BATISTA DE MEDEIROS

Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD
ADRIANA GALVÃO MOURA
ALEXANDRE TRANCHO
ANTONIO CARLOS ROSELLI
ANTONIO ELIAS SEQUINI
ANTONIO HERCULES
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA
ARISTEU JOSE MARCIANO
ARLEI RODRIGUES
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO
EDGAR FRANCISCO NORI
FATIMA PACHECO HAIDAR
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO LUCIANO GARZAO
GENILDO LACERDA CAVALCANTE
GEORGE AUGUSTO NIARADI
JORGE LUIZ CARNITI
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER
JOSE MEIRELLES FILHO
JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO
LIVIO ENESCU
LUCIA MARIA BLUDENI
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO
MARCELO GATTI REIS LOBO
MARCELO SAMPAIO SOARES
MARCO ANTONIO MAYER
MARCOS ANTONIO DAVID
MAURICIO SCHEINMAN
OSCAR ALVES DE AZEVEDO
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA ROSSA RIZARDI
SIDNEY LEVORATO
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
JOSÉ DE CASTRO BIGI
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
RUBENS APPROBATO MACHADO

Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

(...) Relembre-se aqui também o enfraquecimento da força vinculativo dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão (veja neste sentido o interessante e unilateral inciso V do art. 6º do CDC).”

“As leis, aqui chamadas de leis intervencionistas, autorização o Poder Judiciário a um controle mais efetivo da justiça contratual e ao exercício de uma interpretação mais teleológica, onde os valores da lei tomam o primeiro plano e delimitam o espaço para o poder da vontade.

O juiz ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes será, ao contrário, um servidor do interesse geral. Ele terá em vista tanto o mandamento da lei e a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social.⁴”

A razão, portanto, do sucesso do CDC, são resultantes dessas mudanças, visíveis e palpáveis aos olhos e na vida dos consumidores cidadãos.

E esse ramo do Direito, tem exercido grande fascínio não só para os operadores do Direito, mas em toda a população, no exercício e defesa da sua cidadania, porém, requer também, enfrentar desafios típicos da dinâmica inerente à relação decorrente.

Isso porque, as situações abusivas (cláusulas e práticas) são exemplificativas no CDC, devendo assim permanecerem⁵, uma vez que, dinâmicas são as suas incidências, isto é, se hoje são praticadas pelos fornecedores, após a identificação e sendo declaradas abusivas seja por operadores do Direito, seja por órgãos de defesa do consumidor, outras práticas abusivas surgem e assim, sucessivamente.

Por exemplo, há tempos que as Operadoras de Plano de Saúde limitavam intenações nas UTI's, nos chamados contratos antigos⁶.

Foi preciso, após diversas ações ajuizadas e reclamações formalizadas perante órgãos de defesa

do consumidor, que estes e o Poder Judiciário consolidassem o entendimento de serem abusivas as cláusulas limitativas de intenação, declarando-as nulas.

2. As proposições em Projetos de Lei

Assim, as circunstâncias ensejadoras de nulidade seja ela cláusula ou prática abusiva, requerem clara demonstração de ofensa aos princípios garantidores dos direitos do consumidor, ocasionando onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual.

Não quer dizer, no entanto, que sejam necessários todos os detalhamentos dos fatos ou possíveis enquadramentos dos comportamentos dos fornecedores como práticas abusivas.

Nas lições de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR, “A concepção do ordenamento como sistema dinâmico envolve, por fim, o problema de saber se este tem a propriedade peculiar de qualificar nomativamente todos os comportamentos possíveis ou se, eventualmente, podem ocorrer condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação.⁷”

Como vimos, inviável prever todas as cláusulas ou práticas abusivas, dentro do comportamento humano, para não dizer que ao nascer já tornar-se-ia em desuso, por não encontrar mais praticada no mercado.

Em noticiário recente foi informado que há 900 projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, tendo como tema principal a defesa do consumidor, dentre os quais, buscam alterar efetivamente os dispositivos do CDC, ao qual em seus 20 anos, poucas modificações sofreu.

4. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, vol. I, 3ª edição, 1998, Ed. Revista dos Tribunais, p. 123

5. Entendimento pessoal da Autora

6. Contratos anteriores à edição da Lei de Plano de Saúde nº 9.656 de 03/06/1998.

7. Introdução ao Estudo do Direito, Ed. Atlas, 1988, p. 195

8. Tv. Globo/Jornal Hoje de 15/03/2011

9. Colaborou em pesquisa o Advogado Pedro Ivo de Menezes Cavalcante, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (jan.2005-dez.2009)

10. CDC, Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. (Incluído pela Lei nº 11.989, de 2009)

A seguir, alguns comentários sobre quatro temas abordados por projetos de lei.

3. Projetos de Lei

3.1. Da Oferta (CDC, art. 31)

O projeto de lei 6.988/2010 traz detalhamento para constar na embalagem do produto refrigerado a expressão "Depois de aberto, consumir em" seguida do prazo em que se deve dar o consumo indicado em horas, dias ou meses."

Há tempos que o entendimento consolidado no mercado consumidor, consiste em uma vez indicada a data da validade, irrelevante a estipulação de hora, minutos e segundos. Temos ainda, o projeto de lei 919/2011 que adiciona o § 2º ao artigo, para obrigar o fornecedor à apresentação do valor total a ser pago ao final do financiamento ou compra parcelada de produtos ou serviços.

Na verdade, trata-se do princípio de informação, garantido como direito básico do consumidor (CDC, art. 6º, inciso III). , ao qual também encontra-se plenamente pacificado o entendimento da obrigatoriedade de apresentação do valor total, inclusive, nos preços apresentados nas vitrines e lojas com ofertas de parcelamento, material de divulgação/publicidade impressa.

3.2. Da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inciso VIII)¹²

Atualmente, a inversão do ônus da prova, constitui-se para parte da doutrina como regra de julgamento¹³ e, portanto, somente sendo aplicada no momento da sentença, o que tem gerado recursos de apelação por sua não inversão, com pedido de nulidade com fundamento na ofensa aos princípios constitucionais de cerceamento de defesa e do contraditório.

Propõe o projeto de lei 240/2011, a possibilidade de inversão do ônus da prova para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, desde que o pedido por ele seja formulado e não tenha recebido "orçamento, pedido, contrato, manual de instrução em língua portuguesa e rotulagem, certificado de garantia, recibo, nota fiscal ou documento equivalente de fornecimento de produtos ou prestação de serviços."

Retira o texto do projeto de lei, atribuição ao juiz da causa, análise da verossimilhança das alegações ou a condição de hipossuficiência do consumidor.

A condição para a inversão está no pedido a ser formulado pelo consumidor, desde que este venha a se sentir "em condição de desvantagem" por não recebimento de documentos com as informações sobre produtos ou prestação de serviços.

Pode parecer mais vantajoso ao consumidor, na primeira leitura, por não sujeitar o consumidor ao critério do juiz da causa, bastando o simples pedido ante a ausência de documentos com informações necessárias ao consumo do produto ou utilização do serviço.

Entretanto, se nos termos do projeto de lei, suprindo o fornecedor a falta de entrega de informações por meio da relação de documentos descritos, não haverá mais como pleitear o consumidor lesado, a inversão do ônus da prova.

Até porque, o consumidor hipossuficiente, não deixa de sê-lo por mero recebimento de informações escritas. Necessita, outrossim, a devida educação a ser divulgada pelo fornecedor para correta utilização do produto ou serviço.

Afinal, então, o que seria informar e educar o consumidor?

Quando recebemos a fatura do cartão de crédito, temos a informação que ao optar pelo pagamento mínimo, o consumidor irá financiar o saldo restante com a incidência do custo efetivo total – CET sobre o saldo devedor. Informam ainda, que os juros do CET a incidir sobre o saldo devedor corresponde, por exemplo, a 14,58% ao mês e 423,57% ao ano, porém, não demonstram por meio de uma planilha o valor final, resultante da aplicação do percentual sobre a importância remanescente.

12. Vide nota de rodapé 2

13. Outra parte da doutrina entende como regra de instrução, invertendo o ônus da prova, desde que seja verossímil a alegação do consumidor ou seja este hipossuficiente

14. CDC, Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

Educar, portanto, nesse exemplo, seria demonstrar matemática e numericamente que o consumidor, ao efetuar o pagamento mínimo, na próxima fatura, por consequência da aplicação do CET ao saldo devedor, terá de efetuar importância X mais a utilização do mês sucessivo.

Educar é permitir que o consumidor possa planejar econômica e financeiramente, assumindo e honrando com dignidade os seus compromissos.

3.3. Das cláusulas abusivas (CDC, art. 51) ¹⁴

Com o advento do CDC, acaloradas discussões surgiram em torno da prestação de serviço advocatício, se relação consumerista, inserindo o advogado na qualidade de fornecedor e o cliente contratante, na de consumidor, ou, permanecia vinculado à relação contratual civil (responsabilidade civil).

E por ser uma obrigação de meio é que o advogado não se vincula ao êxito da demanda, e sujeito ao Estatuto da Advocacia¹⁵, lei posterior ao CDC, as decisões dos Tribunais Estaduais e Superiores, firmaram o seguinte entendimento: "2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.¹⁶"

O projeto de lei 111/2011 que propõe declarar abusiva a cláusula que autorize "a cobrança de honorários advocatícios sem que tenha sido comprovado o efetivo ajuizamento de ação judicial relacionada com o inadimplemento de obrigação contida no respectivo contrato.", acaba por perder o seu alcance diante das recentes decisões.

3.4. Do arrependimento e desistência (CDC, art. 49) ¹⁷

A proposta apresentada no projeto de lei 5.995/2009, além de manter a situação originalmente prevista, acrescentando como fora de estabelecimento comercial, aquisições da "rede mundial de computadores", inova ao estipular a possibilidade de desistência por arrependimento mesmo que a compra

ou contratação de serviço tenha ocorrido "dentro de estabelecimento comercial", com a condição de não ter a embalagem do produto violada ou que "a prestação de serviço não tenha sido iniciada."

A justificativa refere-se às "propagandas maliciosas" bem como a compra por impulso, em virtude da "enxurrada de propagandas e incentivos ao consumo". Permitir a desistência da compra efetuada por consumidor arrependido, sob o fundamento que o tenha realizado por impulso, acaba na verdade por estimular ainda mais o consumo, acarretando numa grande insegurança jurídica no mercado.

Deve-se, sim, educar o consumidor à compra consciente, estimulando à pesquisa de mercado, à reflexão da real e verdadeira necessidade em adquirir o produto ou contrair o serviço etc.

Vale ressaltar que na atual denominação "fora do estabelecimento comercial", está compreendido todo comércio realizado por meio da rede mundial de computadores e que a presunção da boa-fé objetiva estende-se também ao fornecedor, cuja má-fé deve ser comprovada. Ademais, seria necessário alterar o princípio constitucional da livre iniciativa em que se fundamenta a ordem econômica (CF, artigos 1º, inciso IV e 170).

4. O papel do consumidor no controle da lei

Temos a clara noção, após análise ora proposta, que o maior responsável pela aplicação, vigilância e controle do CDC é o consumidor. Por ser ele o sujeito inicial da relação, por se ver violado nas suas garantias legais, por ser o porta-voz das notícias das práticas abusivas. E temos a ação e força da união de cada indivíduo numa coletividade, como as donas de casa de Minas Gerais (cidade de Juiz de Fora) que, fazem o levantamento dos preços dos alimentos semanalmente e ao perceberem aumentos, deixam de consumir por certo tempo, obrigando os fornecedores locais a baixarem o preço.

17. CDC, Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

15. Lei nº 8.906 de 04/07/1994

16. REsp nº 1.155.200-DF (2009/0169341-4), D. J. 22.02.2011

Outra força coletiva que está surgindo, são as redes sociais da rede mundial de computadores. As empresas, preocupadas principalmente com a sua imagem institucional, têm resolvido em pronto atendimento, evitando-se reclamações formais nos órgãos de defesa do consumidor e ajuizamento de ações.

Enfim, a legislação que asseguram a proteção para tanto existem, destacando o CDC, leis complementares como de plano de saúde, SAC, lan house, de entrega de produtos, além de portarias e resoluções de agências reguladoras do mercado.

5. Considerações Finais

São e serão as inúmeras tentativas para modificar o CDC, com diversos fundamentos e justificativas. Mas, para os operadores do Direito, estudiosos do assunto, o CDC é moderno e permanece tão atual quanto o início de sua vigência.

À pergunta formulada pelo ProconSP, se o CDC "Após 20 anos, precisa de mudança?", ficarei com a resposta dada pelo jurista NELSON NERY JÚNIOR: "Acho que não. O CDC é uma lei que na época de sua elaboração, em 1990, já era moderna. E com o trabalho que foi feito na execução, pelos órgãos de defesa do consumidor e do cidadão, assim como pela doutrina e aperfeiçoamento, tem melhorado a atuação do que deveria ser o CDC. Então, em minha opinião, eu acho que não precisa de mudanças na lei e sim implementar e aparelhar melhor os órgãos de defesa do consumidor para que se tenha mais efetividade. Agora o texto da lei em si, está ótimo."

18. CF. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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:

19. 26ª edição do Encontro de Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo / Revista Procon-SP, edição março e abril de 2010.

6. Referências

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor . 4ª ed., Ed. Forense Universitária, 1992

Constituição Federal de 1988

Código de Defesa do Consumidor

Estatuto da Advocacia

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. São Paulo. Ed. RT, 1998.

Recurso Especial nº 1.155.200-DF (2009/0169341-4), D. J. 22.02.2011

Revista Procon SP – edição março e abril de 2010

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

SUMÁRIO

1 - Introdução

2 - O Quadro Principiológico Fundamental.

3 - Além Dos Princípios: O Dever De Proteger o Consumidor.

4 - A Disciplina Da Propaganda Comercial.

5 - A Proteção Do Consumidor Pelo Ministério Público.

6 - A Defesa Do Consumidor, Novamente, Como Princípio.

7 - O Dever De Esclarecimento Na Relação Tributo-Consumidor.

8 - A Tarefa De Preparar Um Código Do Consumidor.

9 - A Distribuição Constitucional De Competências.

10 - Conclusões.

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO - O autor é Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Constitucional e Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino.

1 - Introdução.

A Constituição Federal de 1.988, resultado do movimento constituinte, cuidou de albergar valores que estavam necessitando de proteção e que não estavam contemplados na tradição constitucional brasileira. Essa proteção foi resultado do surgimento dos direitos coletivos e difusos, que surgem como uma realidade. Assim, o patrimônio histórico e cultural, o meio ambiente e a tutela do consumidor receberam a atenção do novo texto constitucional como fruto de uma nova realidade, onde os direitos individuais clássicos (chamados de primeira dimensão) já seriam insuficientes para compor o quadro protetivo do indivíduo.

É de se reconhecer, que pela sua generalidade e pela sua abrangência, a Constituição não poderia ter o condão de especificar normas que deveriam ser relegadas ao plano ordinário. Cuidou, portanto, o constituinte, de traçar apenas o arcabouço da proteção desses bens, designando-lhe as competências dentro da distribuição federativa, montando a moldura geral e deixando claro quais seriam as obrigações do legislador ordinário.

É verdade que o constituinte estava temeroso de uma omissão (ou mesmo um desvio) no cumprimento da tarefa de complementar a Constituição por via legislativa. Nesse caso, cuidou de esmiuçar um pouco mais a moldura constitucional, chegando a determinados detalhes. Isso aconteceu com o meio ambiente, com a tutela do patrimônio histórico e cultural e, como não poderia deixar de ser, com a tutela do consumidor.

Vejamos, portanto, como foi o cuidado com o consumidor no texto constitucional de 1988. O objetivo deste trabalho é apenas apresentar o quadro constitucional, deixando para outro momento a análise se houve ou não a efetivação da expectativa do constituinte brasileiro.

2 - O quadro principiológico fundamental.

Diferentemente de outras constituições brasileiras, o documento de 1988 traz importante abertura, constante de seu Título Primeiro, quando apresenta os princípios fundamentais.

Esses princípios devem reger toda a interpretação e não podem deixar de estarem presentes em todos os momentos do texto. A abertura revela a importância que os princípios receberam do diploma de 1988. E, dentre eles, apesar de não encontrarmos nenhuma menção expressa ao consumidor, podemos ressaltar a "dignidade da pessoa humana" e a "cidadania", como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, na abertura, vê-se clara preocupação do constituinte com tais valores. As relações de consumo, é evidente, não podem se afastar de tais bens. A cidadania também é exercida quando o consumidor tem, a sua disposição, instrumentos para sua proteção. E a dignidade da pessoa humana envolve uma proteção clara na relação de consumo. Desta forma, podemos apontar no Título I, Dos Princípios Fundamentais, uma relação direta entre os princípios fundamentais e o consumidor. Não podemos deixar de verificar que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no artigo terceiro, da Constituição Federal, encontraremos dois comandos de grande importância, ou seja, o inciso III e IV, que afirmam que, dentre os objetivos fundamentais, estão: "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Se escolhemos, como objetivos fundamentais, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, devemos proteger a relação de consumo, que poderá ser importante instrumento para obtenção desse propósito. O mesmo se deve dizer da questão da tarefa de promover o bem de todos.

Ora, como se pode, em uma sociedade atual, promover o bem de todos sem uma adequada proteção do consumidor?

Assim, já podemos extrair dos princípios fundamentais essa forte ligação com a relação de consumo. Os vetores estão já traçados nos princípios constitucionais fundamentais e vão determinar a interpretação que o texto deve permitir. Teria o legislador ordinário compreendido tais valores e aplicado tal valoração na elaboração das normas de proteção do consumidor? A questão da ausência de preconceito e a de uma política de consumo que vise a todos estariam presentes na legislação ordinária? São questões que devem ser aferidas pela análise ordinária dos dispositivos, que deve estar sempre confrontada com os vetores constitucionais.

3 - Além dos princípios: o dever de proteger o consumidor.

Mas, não só na principiologia constitucional podemos encontrar a proteção do consumidor. O Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", traz seu primeiro Capítulo, denominado "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos". Dentre os deveres, encontraremos aquele que cuida do consumidor, que assim vem caracterizado, no inciso XXXII, do artigo quinto: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Encontra-se, no caso, o dever de o Estado proteger o consumidor. Esse dever virá especificado em lei. No entanto, é evidente que outros valores podem ser retirados do próprio artigo quinto, como forma de proteção do consumidor. Por exemplo, o direito à imagem, à vida privada, à intimidade são formas de proteção que tocam a relação de consumo. Quem não já se incomodou com a quebra de sua privacidade, em casa, diante de um telefonema dos operadores de telemarketing? Ninguém poderá ter sua intimidade ou privacidade devassada em uma relação de consumo. Da mesma forma, que a liberdade de expressão e de crítica, todos bem protegidos pelo artigo quinto, acabam tocando a relação de consumo. O direito de propriedade, que vem garantido no inciso XXII e seguintes, também está intimamente ligado ao direito de proteção do consumidor, apesar de não mencionado diretamente. Enfim, há diversos dispositivos que podem ser relacionados com a defesa do consumidor, mas que não recebem essa proteção de forma direta. No artigo quinto, encontramos o enunciado de que o Estado tem o dever, nos termos da lei, de proteger o consumidor. E tal proteção, certamente, deve passar pelo respeito a privacidade, à intimidade, à propriedade, ao direito à liberdade de crítica e liberdade de informação.

Não podemos deixar de mencionar importante proteção do consumidor decorrente do direito de associação. Trata-se de preocupação do constituinte em permitir o exercício da defesa de direitos por meio da associação. Tal direito veio consagrado em detalhes nos incisos XVII e XXI. A proteção do consumidor poderá ser exercida por meio de associações, que lutarão de forma conjunta ou individual, tanto na tutela coletiva como difusa. Desta forma, o quadro de proteção, quer pela forma

específica (artigo quinto, inciso XXXII), quer pela forma indireta (direito de propriedade, direito à intimidade, à vida privada, direito de associação dentre outros) revela a preocupação do constituinte com a relação de consumo.

4 - A disciplina da propaganda comercial.

Em muitos casos, a Constituição Federal remete a proteção do consumidor para a lei. Além de, como vimos, anunciar o dever de proteger o consumidor, nos termos do artigo quinto, inciso XXXII, a Constituição Federal disciplina que a propaganda comercial também deverá sofrer restrições. E isso ocorrerá nos termos da lei federal. Neste caso, independentemente da análise da competência, a Constituição já determinou que a lei será a de âmbito federal. É o tema do parágrafo terceiro, do artigo 220, da Lei Maior:

"Compete à lei federal:

.....

2 - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente"

A propaganda, portanto, de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente foi objeto de preocupação do constituinte, que determinou que a lei federal cuidasse do tema.

Em seguida, no parágrafo quarto, nova restrição à propaganda comercial. Assim disciplina o parágrafo quarto, do artigo 220:

"Art. 220.....Parágrafo Quarto - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

A restrição legal, portanto, dar-se-á por lei federal. E protegerá o consumidor contra propaganda comercial de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

A questão fulcral não virá da proteção, mas dos conceitos que serão adotados para os bens que sofrerão a disciplina. Há, portanto, que ficar atento para que a lei federal não venha a retirar o que a Constituição pretendeu assegurar.

Estamos, portanto, verificando que o constituinte foi cuidadoso com a relação de consumo. Mas também verificamos que deve haver atenção na elaboração da lei ordinária disciplinadora do comando constitucional.

5 - A proteção do consumidor pelo Ministério Público.

A Constituição Federal permitiu que a defesa do consumidor fosse exercida pelas associações, como vimos. Trata-se de importante canal de defesa. Infelizmente, a via associativa ainda está mal utilizada pelo povo brasileiro. No entanto, à medida em que as relações sociais estão mais complexas, encontramos, muitas vezes, nas associações, uma forma mais efetiva de participação social e defesa de nossos interesses.

No entanto, ao lado das associações, que podem defender os direitos dos consumidores, encontraremos a instituição do Ministério Público que deve, por incumbência constitucional, desempenhar tal tarefa.

Ou seja, o Ministério Público foi escolhido pela sociedade brasileira como um canal institucional para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Desta forma, mesmo antes da Constituição, a lei da ação civil pública (lei n. 7347-85) já havia deferido a tutela das relações de consumo ao Parquet. O documento constitucional de 1988 ratificou tal posicionamento, dando alturas constitucionais à proteção legislativa ordinária de 1985.

O Ministério Público, portanto, recebeu essa importante tarefa. E, de outro lado, o povo brasileiro recebeu esse importante aliado. Foram incontáveis as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público da União e dos Estados em defesa dos consumidores.

Os direitos defendidos tocavam a toda uma classe de consumidores, quando não eram defendidos como uma tutela difusa.

Andou bem, portanto, o constituinte ao permitir o direito de associação dos consumidores; e andou melhor ainda deferindo a defesa desse grupo (quer como direito coletivo, quer como direito difuso) ao Ministério Público.

6 - A defesa do consumidor, novamente, como princípio.

Quando o constituinte tratou da Ordem Econômica e Financeira, no Título VII, em seu Capítulo I, cuidou de enumerar os princípios gerais que deveriam nortear tal atividade. O artigo 170 enumera diversos parâmetros que balizam tal atividade.

Assim disciplina o artigo 170, que reúne diversos bens, determinando a compatibilização entre todos eles.

“Artigo 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:

- 1 - soberania nacional;
- 2 - propriedade privada;
- 3 - função social da propriedade;
- 4 - livre concorrência;
- 5 - defesa do consumidor;
- 6 - defesa do meio ambiente, inclusive tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- 7 - redução das desigualdades regionais e sociais;
- 8 - busca do pleno emprego;
- 9 - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;.....”

Verifica-se, pela gama contraditória dos bens envolvidos, que a tarefa balizada é de um convívio sadio entre todos os bens anunciados, de maneira que as escolhas devam ser feitas sempre procurando considerar cada um dos elementos do artigo 170, dentre eles, a proteção do consumidor.

7 - O dever de esclarecimento na relação tributo-consumidor.

Por fim, o artigo 150, em seu parágrafo quinto, que cuida dos limites ao poder de tributar, traz importante dispositivo sobre a proteção do consumidor. A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Os consumidores têm o direito de saber a composição do preço do produto ou do serviço, esclarecendo-se qual o percentual de tributos e quais seriam tais tributos. Trata-se de importante instrumento para a defesa da cidadania.

8 - A tarefa de preparar um Código do Consumidor.

Nas disposições constitucionais transitórias, a Constituição não deixou a tutela do consumidor descurada. No artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Todos nós conhecemos o sucesso de tal medida e o elevadíssimo grau de cidadania que permeia tal legislação ordinária feita com pequeno atraso pelos nossos Congressistas. De toda forma, o Código é fruto da preocupação do constituinte com a relação de consumo.

9 - A distribuição constitucional de competências.

Diante do pacto federativo assumido pela Constituição de 1988, seguindo nossa tradição republicana, o constituinte tratou de dividir as competências entre os entes federativos. Cuidou de elencar o Município como ente federativo e titular de competências, ao lado da União Federal, do Distrito Federal e do Estado-membro. Assim, as competências federativas foram repartidas de maneira a contemplar, dentro de um quadro nacional, cada uma das incumbências previstas pelos constituintes de 1988.

Essa divisão passa por dois tipos de competência: legislativa e material. E, em cada uma delas, encontraremos uma forma de divisão diferente.

Quanto às competências legislativas, a Constituição adotou um critério misto. Baseando-se na tradição constitucional norte-americana, deixou a União Federal

com competências expressas e enumeradas, como regra. E deixou a competência para os Estados-membros como residual. Isso se demonstra pela análise do artigo 22 da Constituição Federal que, combinado com o parágrafo primeiro, do artigo 25, deixa transparente a predominância desse critério. Não é o único, mas é o prevalecente.

O artigo 22, em seu parágrafo único, traz a possibilidade de transferência, por lei complementar, para os Estados-membros da competência para tratar de assuntos ligados a questões específicas. A União Federal, desta forma, por lei complementar, poderia transferir aos Estados a possibilidade de legislar sobre questões específicas.

E o artigo 24 traz as competências concorrentes, diferente dos tipos descritos no parágrafo acima. Lá, nas competências privativas, a competência é da União Federal, que poderá, se quiser e quando quiser, transferir as competências para os Estados, utilizando-se do instrumento da lei complementar. E a transferência pode se dar apenas sobre questões específicas. No condomínio legislativo proposto no artigo 24, a União Federal, diferentemente, fica encarregada apenas da norma geral sobre os assuntos especificados. O Estado-membro cuidará da legislação especial sobre o tema indicado no artigo 24. Caso a União não legisle, o Estado terá capacidade legislativa plena para disciplinar a matéria, comprometendo-se a ceder espaço da norma geral, caso a União venha a legislar. E, por fim, a regra que autoriza o Estado-membro a suplementar a legislação federal no que couber.

As competências do Município aparecem no artigo 30, I. Mas ele pode participar do condomínio legislativo do artigo 24, por força do artigo 30, II.

Desta forma, temos, em linhas muito panorâmicas, a divisão de competências para o que interessa nesse artigo. E como o constituinte tratou do tema do consumidor na repartição constitucional de competências legislativas?

Podemos afirmar que tutela do consumidor, vista sob o prisma da competência legislativa, recebeu dois destaques. Como já visto, para tratar de propaganda comercial, a Constituição Federal determinou que a

União Federal cuidaria do assunto, arrolando tal competência no artigo 22, inciso XXIX. Ou seja, os Estados-membro poderão receber uma competência para tratar de questões específicas se a União Federal, por lei complementar, assim o entender.

Quanto à competência genérica, relativa a consumo (e produção), o constituinte deferiu ao condomínio legislativo, ou seja, a União, para a elaboração da norma geral e para os Estados, o que é pertinente aos temas especiais. E, por fim, como visto acima, por força do artigo 30, inciso II, o Município poderá também legislar sobre tal ponto.

No mesmo artigo 24, encontraremos outra referência à defesa do consumidor. A responsabilidade por dano ao consumidor será disciplinada por esse condomínio legislativo, conforme inciso VIII. O Estado-membro, portanto, poderá legislar sobre o tema, caso a União não o tenha feito, submetendo-se às regras dos parágrafos do artigo 24.

O Estado-membro poderá suplementar a legislação federal, no que couber. E, inexistindo a lei geral, o Estado-membro poderá legislar plenamente, estando preparado para, ocorrendo a legislação federal, suspender a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário. Dois pontos podem ser ressaltados nesse momento. A lei estadual geral que, porventura existente, não ficaria revogada. Tem apenas a sua eficácia suspensa. Isso significa que não deixa o mundo jurídico. Apenas aguarda para, caso haja revogação da lei federal, seja a lei estadual (que cuidou do tema da legislação plena) restabelecida.

Outro ponto é o que menciona, no final do parágrafo quarto, do artigo 24, "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário". Esta última observação "no que lhe for contrário" refere-se à capacidade de o Estado-membro suplementar a legislação federal. Assim, uma determinada norma federal poderia revogar parcialmente uma norma estadual. A norma estadual, portanto, continuaria em vigência, em sua parte excedente (de conteúdo maior do que a norma revogadora), já que o Estado poderia disciplinar de forma suplementar tal norma. Assim, por exemplo, teríamos uma lei "E", que cuidaria de aspectos 1, 2 e 3, e que seria uma lei estadual geralelaborada a lei federal (lei "R" revogadora), que tratou dos itens 1 e 2, a lei "E" tem sua eficácia suspensa nos itens 1 e 2. E continua em vigência no item 3 (competência suplementar do Estado).

Assim, estariam em vigência, a Lei Federal "R" que trata do assunto 1 e 2 e uma lei estadual "E" que tratou do assunto 3. Ou seja, aplicação do parágrafo quarto, do artigo 24, pois o que não lhe for contrário, continua em vigência. Tratamos das competências legislativas. No entanto, não podemos esquecer de mencionar a competência material do artigo 23. A União Federal recebeu as competências exclusivas do artigo 21, temas que lhe foram reservados tradicionalmente. No entanto, o legislador constituinte tratou de mencionar um condomínio de esforços para aplicação de certos temas. Por força desse comando, todos os entes federativos estariam envolvidos, ou seja, União Federal, Estado-membro, Municípios e Distrito Federal. A regra do artigo 23 determina que todos recebam competência material para cuidar desses importantes temas, dentre eles, por exemplo, as pessoas com deficiência. No entanto, nesse rol não aparece nada diretamente ligado ao consumo. Claro que poderemos retirar um dever reflexo, quando falamos em educação, em direito das pessoas com deficiência. No entanto, não aparece referência específica ao consumo ou a produção.

10 - Conclusões.

Podemos afirmar que a Constituição Federal tratou de forma minuciosa a questão consumerista. Elencou especificamente competências, protegeu a defesa do consumidor como princípio, como se vê no artigo 170 e tratou de resguardar bens importantes que poderiam ser alcançados pela relação de consumo, como dignidade da pessoa humana. Determinou que os consumidores fossem esclarecidos quanto à composição dos tributos sobre os produtos e procurou regular as situações de risco ao consumidor, por meio da publicidade, incluindo aí as advertências. E colocou o Ministério Público como defensor dos direitos, ao lado do relacionamento associativo, que pode ser uma das fontes de exercício da cidadania. Resta verificar se o legislador ordinário seguiu a tônica de proteção determinada na extensão do texto. Inegável que o Código do Consumidor é um exemplo de excelente trabalho do Congresso Nacional. No entanto, em relação ao controle da publicidade, a fiscalização poderia ter sido mais efetiva e menos formal. Verificamos, portanto, que não basta um bom texto constitucional. Há que atentar para a atividade legislativa posterior, para que ela esteja conforme os valores tão cuidadosamente escolhidos pelo constituinte de 1988.

Bibliografia:

Almeida, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição Federal de 1.988, Atlas, 3ª. Edição, São Paulo.
Araujo, Luiz Alberto David e Serrano Júnior, Vidal. Curso de Direito Constitucional, Verbatim, 15ª. Edição, 2011, São Paulo.

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

Conselho Curador

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfourri Júnior

Conselheiros:

Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Roberto Delmanto Júnior

Representantes do Corpo Docente:

Paulo José Villela Lomar
Sandra Maria Boldini
Cláudio Cintra Zarif

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

José Fernando Simão

Representante do Corpo Discente:

Johnny Wilian Cruz Borges



1 – CADASTRO NEGATIVO

Para que se enfoque o Cadastro Positivo criado pela Medida Provisória nº 518, de 30 de dezembro de 2010, necessário se faz ter conhecimento dos cadastros negativos já regulamentados por força da Lei 8.078/90.

Os artigos 43 e 44, do Código de Defesa do Consumidor, disciplinam os Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores. O Brasil na década de 50 teve um grande desenvolvimento econômico, reflexo do governo de Juscelino, que apregoava um progresso muito grande, e realmente deu início ao processo industrial nos moldes de que temos até hoje, em razão disto surgiu o consumo de massas que exigia dos comerciantes e industriais formas de atendimento mais céleres e ágeis, e também seguras na concessão de crédito aos consumidores.

Nesta mesma época surgiram as primeiras metrópoles brasileiras. Também as fábricas intensificavam o consumo de massa, o que fez com que surgissem os contratos de adesão para exercício destas relações jurídico-comerciais.

Com este desenvolvimento do consumo, a concorrência entre os fornecedores obrigou-os a serem criativos em seus negócios. A mais forte tendência foi promover as vendas de vestuário, eletros domésticos, etc., através de prestações.

Para conseguir maior agilidade e rapidez, algumas empresas criaram seus próprios bancos de dados, mas, com o correr dos fatos, perceberam que, se houvesse uma união entre os principais fornecedores, teriam uma gama de informações mais ampla, econômica e eficiente.

Os primeiros Bancos de Dados tiveram surgimento na década de 50, por ocasião do Primeiro Seminário Nacional SPCs em 1982. Dos cadastros surgidos nesta época, destacamos o capitaneado pela Associação Comercial de Porto Alegre, em julho de 1955. Neste mesmo ano, em outubro, a Associação Comercial de São Paulo institui o seu sistema de SCP – Serviço de Proteção ao Crédito. Como pioneiros da atividade temos a instituição de cadastros pela Casa Masson, Lojas Renner e Modas a Exposição Cliper, todos

comerciantes de vestuário e eletrodomésticos, de grande poder econômico e aceitação pelo mercado consumidor. O maior banco de dados do Brasil atualmente é a SERASA, que diferentemente dos SPCs, que são em quase sua totalidade gerenciados pelas Associações Comerciais, e, Clube dos Diretores Lojistas, ou similares, é pessoa jurídica constituída na modalidade de Sociedade Anônima, tendo como acionistas os Bancos filiados a Federação Brasileira das Associações de Bancos – FEBRABAN.

A abrangência da coleta de dados da SERASA não se restringe aos seus associados, ela também coleta informações em Cartórios de Protesto, Distribuidores Civil e Criminal, Banco Central, etc. Além da SERASA também podemos destacar, no Brasil, a Equifax do Brasil - SCL, inclusive com campo de atuação internacional.

Assim, os chamados Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores são regulamentados pelos artigos 43 e 44, da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor. Todo e qualquer banco de dados de informações referentes a consumidores está submetido às normas do CDC que, mesmo dando ênfase aos inadimplentes, incide em um sistema de informações mais amplo.

Sobre este item, cabe uma reflexão e conclusão a respeito da diferença entre usuários e consumidores, assunto que será tratado mais adiante quando adentrarmos sobre matéria do Cadastro Positivo.

2 - LADO NEGATIVO DOS BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES

Após quase vinte e um anos da existência do CDC, já temos algumas conclusões a respeito dos Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores. Não há como negar a importância e os resultados que estes cadastros exercem nas relações de consumo, possibilitando a concessão do crédito com maior agilidade e rapidez, onde se conclui que sua finalidade é de racionalizar as relações comerciais entre fornecedor e consumidor, até mesmo porque são realizadas de forma anônima: o fornecedor não sabe e nem conhece para quem foi concedido o crédito, e vice-versa, o consumidor desconhece quem lhe deu crédito.

Assim, como não se pode ignorar o papel positivo dos cadastros de consumidores, não é menos verdade que existe o seu lado negativo, no que se refere à ofensa aos preceitos constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), e a inviolabilidade e o sigilo dos dados (art. 5º, XII).

Toda esta parte negativa tem forma jurídica de solução, devido à existência de legislação regulatória. O que realmente acontece de maneira indiscriminada e abusiva por iniciativa dos fornecedores é o desvio de finalidade no uso destes cadastros. Fugindo de sua finalidade que é a de auxiliar, facilitar, tornar mais rápida e eficiente a contratação de crédito para as relações comerciais de consumo, são usados como ameaça e coação para pressionar os consumidores a liquidar seus débitos, com a intimidação de que serão incluídos nestes cadastros como inadimplentes. Ressalte-se que na maioria das vezes não foi tomada qualquer medida legal para recebimento dos valores ou rescisão dos contratos, causando única e exclusivamente terror entre os consumidores.

Daí, a necessidade de um eficiente controle rígido da atividade, seja pela via administrativa ou pela judicial. Independente dos erros cometidos pelos cadastros que inserem nome de consumidores que não são devedores, trata-se, aqui, de um problema social da mais alta relevância, pois as informações prestadas pelo cadastro têm poder inacreditável, até mesmo superior ao poder judiciário, pois são consultados os cadastro (SCPC, SERASA, etc.), mas não se consulta os distribuidores para saber da real situação dos cadastrados.

3 - CADASTRADOS E CONSUMIDORES

A Medida Provisória nº 518, de 30/12/2010, que institui o Cadastro Positivo, não caracteriza que o destinatário do referido cadastro é o consumidor, refere-se a todos que nele estiverem inseridos como cadastrados. A única vez em que fala de consumidor é informando que não haverá prejuízo no contido no Código de Defesa do Consumidor. Não resta dúvida que este Cadastro terá influência direta nos consumidores conforme definição do CDC. Sobre este item, cabe uma reflexão e conclusão a respeito da diferença entre usuários e consumidores.

Para que melhor se entenda a extensão do Cadastro Positivo, necessário se faz esclarecer quem será atingido por ele. Como já dito acima, serão cadastrados todos os tomadores de crédito ou financiamento, consumidores ou não, isto significa dizer que o universo de cadastrados será gênero, chamados de cadastrados, entre estes cadastrados uma parte será de espécie, ou seja, os consumidores.

A Lei 8.078/90 caracteriza o consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquira produtos e serviços como destinatário final, ou seja, para seu uso exclusivo de consumo, não atingindo aqueles que utilizem o produto ou o serviço para desenvolver suas atividades comerciais.

Os dois tipos de cadastrados são usuários do sistema, mas consumidores somente os que são destinatários finais, os outros não. Exemplificando: a dona de casa que compra farinha para usar na sua cozinha e alimentar sua família é consumidora; a padaria que compra farinha para fabricar pão e impulsionar seu negócio, pelo Código de Defesa do Consumidor não é considerado consumidor, sua atividade é de transformação.

Tudo o que aqui se falou dos cadastros de inadimplentes, tem por objetivo demonstrar que o Cadastro Positivo é mais um engodo do poder econômico, para exercer um domínio sem limites aos consumidores.

4 - CADASTRO POSITIVO

O Cadastro Positivo foi instituído através da Medida Provisória nº 518, de 30/12/2010, que quando desta publicação já deverá ter sido aprovada. O Art. 1º da Medida Provisória diz que ela disciplina a formação e consulta de bancos de dados com afirmações de adimplemento para pessoas físicas ou jurídicas, sem prejuízo da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Dizem as instituições interessadas no Cadastro Positivo, que ele permitirá o atendimento de 26 milhões de pessoas no mercado de crédito, passando a tomar empréstimos e comprar a prazo (prestações).

Afirmam, ainda, que os juros baixarão para 62% dos

tomadores de empréstimos e financiamentos para compra a prazo, gerando recursos da ordem de R\$ 1 trilhão de reais para economia, o que significa a criação de mais empregos para a população brasileira de caráter geral. Os próprios representantes do governo, com objetivo de capitalizar dividendo eleitoral, apregoam na televisão que a aprovação do Cadastro Positivo, aprovado em consequência da famigerada medida provisória nº 518, irá abaixar as taxas de juros, numa falácia controvertida, pois ao mesmo tempo os ministros da área econômica afirmam que para combater a inflação, é necessário o aumento das taxas de juros para inibir o consumo.

Não informam, nem explicam porque estes 26 milhões de brasileiros consumidores não têm acesso aos financiamentos e ao crédito. Cabe indagar: será que o mercado financeiro está abrindo mão de tal volume de operações simplesmente pela falta de um Cadastro Positivo? Claro que não.

O objetivo nos parece ser o interesse das Instituições Financeiras (Bancos Comerciais, Bancos de Investimentos, Financeiras, etc) e das empresas que administrarão este Cadastro, chamadas na Medida Provisória de "gestor".

A Medida Provisória a que se refere o Cadastro Positivo, diz:

"Art. 4º. Abertura de Cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado, mediante consentimento informado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado."

Art. 10. Desde que autorizados pelo cadastrado, os prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações poderão fornecer aos bancos de dados indicados, na forma do regulamento, informação sobre o cumprimento das obrigações financeiras do cadastrado.

Os chamados gestores em suas informações institucionais dizem: "Como Funciona?

Para aproveitar as vantagens do Cadastro Positivo, é necessário que:

1) Você autorize a empresa com a qual você fechou negócios a enviar informações sobre seus compromissos de pagamento no momento em que realizar a compra a prazo ou contrata financiamento.

Importante: Essa autorização é feita mediante a assinatura, em instrumento específico ou em cláusula apartada, que garante sua ciência acerca da abertura do Cadastro Positivo, de acordo com a lei.

2) As empresas de serviços ou financiamentos para compra de bens e produtos informem aos bureaus de crédito sobre seus compromissos (contas de serviços, financiamentos, cartões de crédito, etc.) e sobre sua pontualidade de pagamento."

Pela Medida provisória, em seu Art. 4º, § 1º, é autorizado após a abertura do cadastro que o banco de dados promova toda e qualquer anotação sem nenhuma restrição, independente de autorização ou comunicação ao cadastrado.

Isto representa que a autorização para abertura do Cadastro Positivo, mesmo através de instrumento específico ou cláusula apartada, será um simples consentimento por adesão, exatamente como são os contratos de crédito e financiamento, em que os tomadores estão impedidos de discutir as cláusulas do contrato.

O informativo dos chamados gestores diz, claramente, que serão informados os compromissos do cadastrado entre eles as contas de serviços (energia elétrica, telefone, água, gás, etc.), o consumidor comum em sua grande maioria não tem idéia do alcance destas informações, que se traduzem em verdadeira invasão de sua privacidade.

É um risco muito grande permitir que os cadastros positivos possam inclusive controlar os pagamentos de serviços continuados essenciais.

A Medida Provisória 518/2010 em seu Art. 10, autoriza expressamente, desde que autorizado pelo cadastrado, os prestadores de serviços continuados de água, eletricidade, gás e telecomunicações, informar aos Cadastros Positivos dados relativos a seus pagamentos, a única exceção a esta regra é o serviço de telefonia móvel.

Incompreensível a exceção para telefonia móvel, o pagamento da telefonia fixa credencia o consumidor ao Cadastro Positivo, e a móvel não, sem sombra de dúvida estão sendo aplicados dois pesos e duas medidas. Qual seria a razão para tal preconceito ou benefício para a telefonia móvel, seria uma razão plausível, ou será para as operadoras não terem que revelar seus assinantes, nem bloquear celulares que funcionam em locais pouco recomendáveis.

Também incompreensível a regra contida no Art. 13, da Medida Provisória, determinando que as informações não poderão constar de bancos de dados por mais de quinze anos. Exemplificando, o consumidor paga regularmente suas contas de eletricidade por vinte anos, mas isto não pode contar dos bancos de dados, somente os últimos quinze anos, se o cadastro é positivo qual o problema para constar que o consumidor é bom pagador por vinte anos e não quinze, ou será que deste cadastro chamado positivo também constaram informações negativas por falta de pagamento?

Cabe ressaltar que o CDC limita em 5 anos o prazo para que as anotações permaneçam nos cadastros, O prazo de 15 anos sugere que se o inscrito no Cadastro Positivo, por acaso se tornar inadimplente, a informação negativa estará ativa por quinze anos, o que é um absurdo, até mesmo o falido depois de 5 anos pode voltar a comerciar, o consumidor carregará o ônus da informação negativa de eventual inadimplência por 15 anos, três vezes maior que a do falido.

O Art. 16, corretamente determina que se o cadastrado for consumidor, as sanções serão aplicadas com fundamento na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, o § 2º, do mesmo artigo, prevê que os órgãos de defesa do consumidor poderão aplicar medidas corretivas, estabelecendo obrigações de fazer quando os bancos de dados ofenderem o determinado pela Medida Provisória.

O Cadastro Positivo tem abrangência ilimitada, chega a controlar os pagamentos de luz, água, telefone, etc., atividades que nada tem com o mercado de crédito e financiamento. O que realmente sucederá é que os Bancos de Dados chamados de "Positivos" terão conhecimento de informações dos consumidores que

eles mesmos não têm conhecimento, que percentual de consumidores sabe o valor e correta data de pagamento de suas contas de serviços essenciais e continuados.

Além das ofensas de caráter constitucional acima citadas (art. 1º, III, art.5º, X, art. 5º, XII), existe uma incoerência gritante na formação do chamado Cadastro Positivo: até os dias atuais o consumidor que estivesse inscrito em um cadastro negativo não teria acesso a crédito, o que significa dizer, estar inscrito no SCPC, Serasa, ou congênere não merece crédito. Se está delimitado quem não terá crédito, como consequência, todos os que não estiverem inscritos neste tipo de cadastro podem receber crédito.

Se o mercado já tem estabelecido o universo de consumidores que podem ou não receber crédito, por que um novo cadastro, para gerar mais legislação, discussão jurídica, etc.?

A mim, como já dito parece que os únicos interessados nesta situação são as instituições financeiras que terão maior poder de barganha para negociar seus ativos e os chamados gestores que perceberam pelos serviços prestados.

Finalmente, creio que a maior preocupação é o desvio de finalidade, que indiscutivelmente será praticado, nos moldes de ameaça ou coação "se não pagar vou excluir do Cadastro Positivo", claro que aqui de forma mais ampla, com prazo para constar informações pelo período de quinze anos, anotação de contas de luz, água, gás, etc..

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verdadeiramente acreditamos que o Cadastro Positivo será somente uma forma de invasão de privacidade do consumidor brasileiro, com reflexos que em nada lhe beneficiarão, transferindo aos fornecedores, já detentores de uma condição de superioridade na relação de consumo, um poder ainda maior, através do qual, além de dominarem o mercado de crédito, terão em suas mãos informações completamente estranhas às necessidades jurídico-comerciais de financiamento e crédito, como um controle e informação da relação do cidadão comum com a prestadoras de serviço público (água, luz, telefone, etc.).

Cabe ainda, ressaltar que propiciará aos fornecedores um desvio de finalidade, ao contrário do que hoje já acontece com os cadastros negativos, no sentido de que ameaçam e coagem o consumidor de que se não regularizarem seus débitos terão seus nomes inscritos no SCPC, SERASA, etc. Com o Cadastro Positivo a ameaça e coação serão inversas, no sentido de que se não pagarem vão ser retirados do Cadastro Positivo.

Referências:

Renato Afonso Gonçalves – “BANCOS DE DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO” – Max Limonad;

Luiz Antonio Rizzatto Nunes – “COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR” – Direito Material. Saraiva;

Antonio Carlos Efig – “BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES” – RT;

Leonardo Roscoe Bessa – “O CONSUMIDOR E OS LIMITES DOS BANCOS DE DADOS E PROTEÇÃO AO CRÉDITO” – RT, e

Antonio Herman de Vasconcellos e Benajmin – “CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR” Comentado pelos autores do anteprojeto.

A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Conceito de Publicidade e Propaganda
3. Legislação Aplicável
4. Princípios Norteadores
5. Do Controle da Atividade Publicitária
6. Da Responsabilidade Civil e Penal
7. Conclusões
8. Referências

Palavras-chave: Divulgação – Publicidade – Propaganda – Princípios – Enganosidade – Abusividade – Discriminação – Controle – Efeito Obrigacional.

MARCELO PEREIRA DE CARVALHO – Advogado e Consultor Jurídico, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP, especializado em Direito do Consumidor e Direito Empresarial

1- INTRODUÇÃO

O comércio e a indústria necessitam divulgar seus produtos e serviços, a fim de despertar interesse nos consumidores, afinal são eles os alvos. Os produtos de primeira necessidade (feijão, arroz, carne, leite etc.) em geral prescindem de maior divulgação, enquanto que os produtos mais caros -- de luxo -- (equipamentos de áudio e vídeo sofisticados, telefones celulares, automóveis) não dispensam uma boa estratégia de marketing, incluindo-se aí a **PUBLICIDADE**.

O consumo de produtos e serviços ocorre, sempre, por dois motivos essenciais: necessidade ou impulso. A necessidade, contudo, nem sempre é real, mas criada pela publicidade. As mensagens publicitárias induzem os consumidores a comprarem por impulso.

Quem resiste a um anúncio para comprar um presente no dia das mães ou no dia dos namorados? Há uma busca frenética por notoriedade comercial, mas nem sempre dentro de padrões éticos e aceitáveis e, por isso, exsurge a necessidade de um regramento para a publicidade.

2. CONCEITO DE PUBLICIDADE

Publicidade é toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica. (jurista português, Carlos Ferreira Almeida). Tem-se também outra definição, ou seja, qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens e serviços, por um patrocinador identificado. (American Association of Advertising Agencies – AAAA).

Em toda publicidade há uma mensagem, um emissor que tem como objetivo alcançar um conjunto de receptores para transmitir-lhes uma ideia, incentivá-los a um determinado comportamento: comprar um bem ou utilizar-se de determinado serviço.

Publicidade X Propaganda

Embora sejam usados indistintamente no dia-a-dia, os termos publicidade e propaganda não se confundem. A publicidade e a propaganda, apesar de serem caracterizadas por um conjunto de ações de

natureza persuasiva, são áreas distintas. A primeira possui um caráter comercial, ao passo que a segunda pertence ao domínio ideológico. Na legislação publicitária, contudo, essa distinção não é levada em conta. Nos termos do artigo 2º do Decreto nº 57.690/66, por exemplo, publicidade ou propaganda é qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado.

Já o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, inciso XII, utiliza a expressão 'contrapropaganda', quando trata da publicidade. Nem toda forma de comunicação integra o conceito de publicidade: fora desse campo ficam as informações científica, política, didática, lúdica ou humanitária, porque estão alheias à atividade econômica, mesmo quando sejam produzidas com a intenção de gerar certa convicção nos seus destinatários.

Características que marcam a diferença:

Publicidade

- Objetivo comercial
- Paga
- Difunde mercadoria ou serviço
- Patrocinador sempre identificado

Propaganda

- Objetivo ideológico, religioso, político, econômico ou social
- Nem sempre há identificação do patrocinador

3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O universo publicitário encontra-se regulamentado por diversos diplomas legais, sendo os principais a Lei 4.680, de 18/06/1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de gerenciador de propaganda; o Decreto 57.690, de 01/02/1966, que regulamenta a execução da Lei 4.680, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, do CONAR e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ao se analisar o conjunto normativo acima, não se pode desconhecer os conceitos fundamentais que

devem nortear a propaganda e a publicidade, razão pela qual seguem abaixo algumas definições envolvidas no tema: - Anúncio: qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule.

Esse anúncio pode estar inserido em embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda. Tudo isso constitui, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante (art. 18 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária).

- Anunciante ou Cliente: empresa, entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda. (art. 8º do Dec. 57.690/66)

- Agência de Publicidade ou Agência de Propaganda: empresa criadora/produtora de conteúdos impressos e audiovisuais especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, através de profissionais a seu serviço que estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Comunicação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos, serviços e imagem, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem. (art. 6º do Dec. 57.690/66)

- Veículo de Comunicação: qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual. (art. 10º do Dec. 57.690/66)

- Fornecedor de Serviços ou, simplesmente, Fornecedor: pessoa física ou jurídica especializada e tecnicamente capacitada a fornecer os serviços ou suprimentos necessários ao estudo, concepção e execução da publicidade, em complementação ou apoio às atividades da Agência, Anunciante e Veículo (art. do Dec. 57.690/66).

Complementa esse conceito o art. 3º, do CDC, assim definindo: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

- Consumidor: para fins deste capítulo e do seguinte [das práticas comerciais e da proteção contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nelas previstas (art. 29, CDC). Igualmente estabelece o CONAR que consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

- Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º do CDC). A palavra produto, na legislação do CONAR, inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou idéias que sejam promovidos pela publicidade.

- Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (Art. 3º, § 2º do CDC).

4. PRINCÍPIOS ADOTADOS PELO CDC APLICÁVEIS À PUBLICIDADE

Os princípios tratados a seguir norteiam a propaganda e a publicidade no ordenamento jurídico pátrio, sendo imprescindível a compreensão de cada um deles.

1. Princípio da Identificação da Publicidade

Por este princípio, a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, identifique-a como tal. Assim sendo, o legislador tratou de coibir a chamada propaganda subliminar, aquela que, através da inserção de imagens, palavras, ícones ou idéias, não pode ser percebida pelo consumidor em nível normal de consciência.

Está contemplado no Art. 36, CDC, que assim prescreve:

“A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único: O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados

fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”

2. Princípio da Vinculação da Publicidade

De acordo com o princípio da vinculação, disposto no art. 30 do CDC, toda publicidade veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, integra o contrato que vier a ser celebrado. Isso obriga o fornecedor a cumprir exatamente aquilo que foi anunciado.

A precisão mencionada na norma é a que permite a identificação do produto ou do serviço, não suas características e qualidades mercadológicas. No caso de ser imprecisa a identificação da marca do produto ou sua denominação no mercado, será o empresário o perdedor, considerando que a publicidade não estará alcançando seu objetivo.

No mais, se for imprecisa a informação acerca das características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade e origem, entre outros dados, militará em favor do consumidor presunção de boa-fé, dentro do espírito protetivo da legislação do consumo.

O consumidor sabe das suas necessidades, cabendo ao empresário esclarecer de forma precisa as qualidades do seu produto para que o comprador verifique se há perfeita coerência entre o que deseja e o que vai consumir.

3. Princípio da veracidade da publicidade

O parágrafo 1º do art. 37 do CDC coíbe a publicidade enganosa. De acordo com o texto da lei, a enganabilidade ocorre quando informações falsas sobre determinado produto ou serviço são veiculadas, induzindo assim o consumidor ao erro.

Nesse caso, não faz diferença se a falsidade encontra-se no todo ou na parte da informação.

Também é considerada enganosa a publicidade que omite dados relevantes sobre o que é oferecido, conforme dispõe o parágrafo 3º do referido artigo.

4. Princípio da não-abusividade

O princípio da não-abusividade da publicidade encontra-se respaldado no parágrafo 2º do art.37 do CDC. Por este instituto, a publicidade não pode conter mensagens que venham agredir os valores sociais do homem.

Veda, portanto, a publicidade discriminatória, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento da criança, desrespeite valores ambientais, ou induza o consumidor a se comportar de forma perigosa à sua saúde e segurança.

5. Princípio da Inversão do Ônus da Prova

No direito pátrio, em regra, cabe a quem acusa provar a verdade dos fatos. No direito do consumidor, entretanto, pelo princípio da inversão do ônus da prova contido no art. 38 do CDC, a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Destarte, é o fornecedor, e não o consumidor, quem precisa comprovar o cumprimento do contrato em consonância com a oferta.

6. Princípio da Transparência da Fundamentação

Pelo princípio da transparência, presente no art. 31 do CDC, a oferta deve ser anunciada de maneira que o consumidor tenha uma idéia clara e precisa do que lhe está sendo oferecido.

Assim sendo, a publicidade deve conter informações que assegurem ao consumidor as informações corretas sobre o produto ou serviço em termos de características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, assim como sobre os riscos que possam apresentar.

7. Princípio da Correção do Desvio Publicitário (ou da contrapropaganda)

O desvio publicitário ocorre quando há infrações das normas do direito do consumidor, especialmente no que se refere à publicidade enganosa e abusiva.

Índice

Diretoria	Pág. 02
Conselho Seccional	Pág. 03
Conselho Curador	Pág. 04
Editorial	Pág. 05
Apresentação	Pág. 06
Sobre a Revista	Pág. 65

Artigos

Artigo 1 - A PUBLICIDADE NA INTERNET E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE.	
Alcides Leopoldo e Silva Júnior.	Pág. 08
Artigo 2 - ASPECTOS JURÍDICOS DA RELAÇÃO CAMBISTA X CONSUMIDOR.	
Caio Pompeu Medauar de Souza.	Pág. 14
Artigo 3 - RECALL: CONTEXTUALIZAÇÃO.	
Carlos Alberto Nahas.	Pág. 22
Artigo 4 - OS PROJETOS DE LEI NO ÂMBITO DO CDC	
Joung Won Kim.	Pág. 28
Artigo 5 - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR	
Luiz Alberto David Araujo.	Pág. 34
Artigo 6 - CADASTRO POSITIVO E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO CONSUMIDOR	
José Eduardo Malheiros.	Pág. 40
Artigo 7 - A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	
Marcelo Pereira De Carvalho.	Pág. 46
Artigo 8 - AS AÇÕES COLETIVAS E AS DEFINIÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Rizzatto Nunes.	Pág. 54
Artigo 9 - A PROPAGANDA E O CONSUMIDOR NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA	
Sandra Pires de Almeida.	Pág. 60
Artigo 10 - SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, A ATUAL CONJUNTURA ECONÔMICA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE CRÉDITOS - Da Necessária Harmonização da Proteção ao Mercado e aos Consumidores	
Roberto Harudi Shimura.	Pág. 64

Editorial

Expediente

Resumo

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

ISSN - 2175-4462

[http:// www.esaoabsp.edu.br](http://www.esaoabsp.edu.br)

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo
Luiz Flávio Borges D'Urso

Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo
Rubens Approbato Machado

Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo
Estevão Mallet

Conselho Editorial

Anis Kfoury

João Virgílio Tagliavini

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Otávio Augusto de Almeida Toledo

Renata Soltanovith

Rodrigo da Cunha Lima Freire

Equipe Editorial

Coordenadora de Editoração

Joung Won Kim

Coordenadora Técnica

Ellen Maria Pereira Caixeta

Mônica Aparecida Braga Senatore

Projeto Gráfico e Desenvolvimento Web

Caio Fernando Ribeiro Moraes

Gabriel Falda Moura

Revisora

Arleide Santana Felipe

Jornalista responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Endereço para correspondência

Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja Liberdade - São Paulo/SP

CEP: 01503-020 ou através do endereço eletrônico - revista@esa.oabsp.org.br

telefone para contato: 011 3346 6800

Ficha Catalográfica

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP - Nº 7. (Inverno 2011.)

São Paulo: OAB/SP, 2011.

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462. Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

Nesse caso, além da sua reparação civil e repressão penal, faz-se necessário que sejam desfeitos seus impactos sobre os consumidores, através da contrapropaganda. Acolhida pelo CDC em seu art. 56, XII, a contrapropaganda constitui-se como sendo a correção desse desvio, pela retificação do texto publicitário, em conformidade com os valores éticos e com as normas jurídicas presentes na legislação publicitária.

Publicidade Enganosa

O Art. 37, § 1º, do CDC, proíbe a publicidade enganosa e assim a define: "...qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".

Para nortear a redação legislativa, alguns aspectos foram considerados, a saber:

- técnica enganosa: meio utilizado para a informação ou comunicação de caráter publicitário
- vício da mensagem: o caráter de falsidade ou enganosa que for veiculado
- extensão do vício: o que foi informado/comunicado, parcialmente ou inteiramente viciado
- conduta do agente: não perquire da sua culpa ou dolo
- efeito da conduta: indução em erro
- objeto do engano: em qual(is) característica(s) do produto/serviço houve a ilicitude da publicidade

5. DO CONTROLE SOBRE AS PUBLICIDADES ENGANOSA E ABUSIVA

Vale destacar, ainda, algumas atribuições dos órgãos de defesa do consumidor quanto às publicidades enganosa e abusiva. A esse respeito, o Título VI do CDC, em seus arts. 105 e 106, trata do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, que é

composto por órgãos federais (DPDC, CPDCID, ENDC), órgãos estaduais (PROCON, CEDC, FECON, CONFECON), órgãos do Distrito Federal (PROCON, CDFDC, FDFDC, CONFECON), órgãos municipais (PROCON, CMDC, FMDC, CONFECON) e, entidades privadas de defesa do consumidor (ANADEC e CONAR)

Da Competência dos órgãos de defesa do consumidor

- receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como as apresentadas por consumidor individual;
- prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
- informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação;
- solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente;
- representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições;- levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores;
- auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;
- fiscalizar as relações de consumo em consonância com as normas do CDC, bem como em todas as outras normas pertinentes à defesa do consumidor;
- fiscalizar as relações de consumo, no âmbito de suas competências, e atuar, na forma da legislação, os responsáveis por práticas que violem os direitos do consumidor;
- aplicar sanções administrativas previstas no CDC e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor.

Adicionalmente, imprescindível mencionar as Atribuições do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária CONAR, a qual se trata, na verdade, de uma ONG encarregada de aplicar o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Para tanto, possui um Conselho de Ética que se reúne e julga a denúncia, garantindo amplo direito de defesa ao acusado.

Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da publicidade ou sugere correções ao anúncio, podendo também advertir anunciante e agência.

De acordo com o Conselho de Ética do Conar, toda publicidade deve:

- ser honesta e verdadeira e respeitar as leis;
- ser preparada com responsabilidade, evitando qualquer forma de discriminação social;
- ter consciência da responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor,
- respeitar o princípio da concorrência leal;
- não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

As normas protetoras das relações de consumo tratam da responsabilidade civil e penal decorrentes da publicidade. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (Art. 7º, parágrafo único do CDC).

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (Art. 12 do CDC).

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (Art. 18 do CDC).

Categoricamente, assim prescreve o CDC:

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa”.

Dessume-se, pois, que o CDC estabelece responsabilidade civil e penal pelo descumprimento das normas principiológicas que norteiam a publicidade. Efeito Obrigacional ou não da Publicidade Institucional Muito já se discutiu acerca da publicidade promocional e publicidade institucional.

Efeito Obrigacional ou não da Publicidade Institucional

Muito já se discutiu acerca da publicidade promocional e publicidade institucional.

O que essas duas publicidades têm em comum é que ambas são formas de comunicação do anunciante com o mercado.

Ele optará por uma ou por outra, conforme a estratégia que mais lhe convier. O objetivo imediato de cada uma não afeta sua natureza.

Não se pode definir a natureza jurídica de um ato pelos seus efeitos. Ontologicamente, não existe diferença. Anúncio institucional ou anúncio de vendas, a mensagem será sempre um ato publicitário, uma forma de comunicação essencial típica do mercado de consumo.

Na feliz expressão de Paulo de Tarso Sanseverino: "contato social de consumo."

Conclui-se, a despeito da polêmica, que a publicidade deve ser independente do efeito da mensagem ser considerada como fonte de obrigação jurídica, ou seja, na categoria do contato social, assim possuirá caráter com deveres e obrigações decorrentes das mensagens veiculadas, independentes de seu conteúdo.

Outra questão que se debate diz respeito à particularização da publicidade. Isso porque, hodiernamente, o negócio tête-à-tête é uma exceção.

A massificação se tornou uma característica inafastável da modernidade.

Nada é planejado levando em conta as necessidades individuais, as diferenças e particularidades que nos caracterizam como unidades distintas da raça humana.

Muito menos a publicidade leva em conta a diversidade elementar dos consumidores.

Esse desprezo pela particularização deve ser interpretado em favor do consumidor.

Não apenas nos contratos de adesão, mas em todos aqueles nos quais haveria motivo para ressaltar diferenças resultantes da utilização do produto ou do serviço.

A título de exemplo, podem ser suscitadas algumas questões. Vejamos.

No caso da publicidade para venda de passagens aéreas: por parte de algumas empresas do ramo o produto é anunciado de forma a fazer crer que a viagem será confortável para o passageiro.

O conforto é ressaltado como fator diferenciador do produto colocado no mercado.

E se o consumidor tiver dois metros de altura? Ainda assim terá direito ao conforto anunciado (e, portanto, garantido)?

Dever-se-á esperar do consumidor o bom senso de entender que suas características pessoais impedem o bem-estar prometido?

Ou a empresa deverá ser penalizada pela publicidade exagerada?

Afinal, para um passageiro de tamanho considerado normal a viagem será relativamente confortável.

Mas e o desrespeito às características pessoais de cada consumidor? A lei é omissa a respeito.

Tudo é uma questão de encarar pelo ângulo da exatidão da informação.

O art. 31, CDC, exige que a informação seja precisa. A publicidade, como meio veiculador da oferta, é considerada enganosa se, mesmo por omissão, induzir a erro o consumidor.

Será que um homem de dois metros de altura será induzido a erro ao receber a informação de que uma viagem de avião será para ele inteiramente confortável na classe turística?

7. CONCLUSÃO

O fato é que a publicidade cria uma expectativa favorável ao produto no consumidor, que passa a ter uma razoável esperança de obter um produto ou serviço que lhe sirva inteiramente, mesmo diante de características pessoais marcantes.

Ao que parece, no exemplo colocado, a empresa aérea tem o dever de honrar sua promessa aos consumidores portadores de particularidades corporais, como o obeso, o alto ou o deficiente físico.

A alternativa para a empresa consistirá em produzir publicidade precisa, a ponto de esclarecer as limitações do serviço, levando em conta as particularidades dos consumidores.

8. REFERÊNCIAS

1. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. Ed. RT, 2002.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentados Pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo. Ed. Forense Universitária, 2001.
3. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os princípios dos consumidores. Coimbra. 1982.

AS AÇÕES COLETIVAS E AS DEFINIÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

SUMÁRIO

- 1. O Caráter Coletivo da Proteção Processual do CDC**
- 2. Os Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos e a Constituição Federal**
- 3. Os Direitos Difusos**
- 4. Os Direitos Coletivos**
- 5. Os Direitos Individuais Homogêneos**
- 6. Conclusão**

Palavras-chave: Direitos Difusos, Coletivos, Individuais, Homogêneos, Constituição Federal

RIZZATTO NUNES – Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP; Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da ESA/OABSP. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

No presente artigo apontarei a importância das ações coletivas, no que respeita à proteção processual inaugurada com a lei 8078/90 – O Código de Defesa do Consumidor e, especialmente, no âmbito das definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por ela trazidos ao sistema jurídico brasileiro.

1. O Caráter Coletivo da Proteção Processual do CDC

1.1 A Defesa do Consumidor em Juízo

Um dos mais marcantes aspectos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de reger uma série de direitos subjetivos individuais dos consumidores, é o de sua preocupação especial com a proteção coletiva, isto é, de toda a coletividade de consumidores. Isso é significativo na lei 8078/90. Se observarmos o título III da lei, "Defesa do Consumidor em Juízo", perceberemos isso. Muito embora a proteção individual não esteja excluída — o que, aliás, era mesmo de esperar —, a natureza do regramento é claramente coletiva. Tanto que, como se sabe, o CDC acabou por ser o responsável, no Sistema Jurídico Nacional, por fixar o sentido de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

1.2 A Proteção Coletiva

O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. É por elas que o consumidor poderá ser protegido. E, o que se verifica é que, aos poucos, começa-se a descobrir a importância desse tipo de ação nos ajuizamentos feitos pelo Ministério Público ou pelas associações de defesa do consumidor. Mas, a lei consumerista, digamos assim, "quer mais", ela "gostaria" que existissem muitas ações coletivas, pois um de seus alicerces fundamentais na questão processual é exatamente este: controlar como um todo os atos dos fornecedores. Além disso, é importante lembrar que as ações coletivas são, talvez, as únicas capazes de fazer cessar aquilo que eu chamo de "abusos de varejo": uma tática empresarial dolosa de impingir pequenas perdas a centenas ou milhares de consumidores simultaneamente. Veja-se um exemplo disso, numa mala-direta enviada por um grande Banco: "Prezado(a) Cliente,

Temos uma novidade que vai aumentar ainda mais a sua tranquilidade. O Serviço de Proteção do seu Cartão de Crédito (...) foi ampliado e, a partir do vencimento de sua próxima fatura, você contará com o novo Seguro Cartão (...).

Agora, além da proteção contra perda e roubo de seu cartão de crédito, você terá a mesma proteção para saques feitos sob coação em sua conta corrente.

E mais: com o Seguro Cartão (...) você contará com um conjunto de coberturas e serviços, como renda por hospitalização e cobertura por Morte Acidental e Invalidez Permanente em consequência de crime, além de serviços de táxi, despachante, transferência inter-hospitalar e transmissão de mensagens.

Por apenas R\$3,50 mensais, somente R\$1,00 a mais do que você paga atualmente, você terá acesso a todos esses benefícios.

Esta é uma segurança da qual você não deve abrir mão. Porém, caso você queira manter apenas a cobertura atual, basta que nos próximos 30 dias você entre em contato com o (...) por Telefone. Cordialmente,"

Perceba o abuso: o Banco já lançou o valor de R\$1,00 na fatura do consumidor. Se este não tiver interesse no novo produto/serviço enviado/lançado, terá que tomar a iniciativa de telefonar para o banco para cancelar o que nunca pediu. Some-se a isso a eventual dificuldade de ligar para o banco e, se apesar da "desistência", acabar sendo cobrado, provar que telefonou.

Agora, como se trata de apenas R\$1,00 ao mês, muito provavelmente os consumidores nada farão, nem reclamarão. Individualmente não compensa. Mas, o banco terá enorme vantagem com seus milhares de clientes. Somente uma Ação Coletiva teria eficácia na resolução desse tipo de problema. Lembre-se, também, de um outro exemplo vergonhoso, o da maquiagem de pesos e medidas feita diversas vezes pelas grandes indústrias de alimentos, na qual os produtos tiveram seu peso líquido diminuído sem que os consumidores soubessem. Manteve-se o preço e diminuiu-se o peso ou a medida dos produtos em pequenas quantidades e metragens, de modo que, não só os prejuízos foram individualmente pequenos, como por isso mesmo, demorou para que fossem notados! Apesar dos avanços, a área jurídica ainda não respira uma atmosfera cultural de ações coletivas. Uma explicação possível para isso, diz respeito ao ponto da história em que as memas foram trazidas para as relações de consumo.

O CDC surgiu no cenário jurídico nacional com muitos anos de atraso, gerando um problema típico de memória. Explico: quase todos aqueles que militam na área jurídica, formados até 1990, não entendiam as inovações que a lei trouxe, porque foram estudar relações de consumo com base no aprendizado obtido no Direito Privado. E mesmo depois dessa data, ainda demorou muitos anos até que os conceitos introduzidos no sistema jurídico pelo CDC pudessem começar a ser entendidos.

O prestígio de nosso Código Civil de 1916 impregnou o modo de percepção dos estudiosos do direito que, com base no seu acervo mnemônico, acabavam interpretando -- e ainda o fazem -- as normas a partir do clássico modelo privatista. O vetusto Código Civil, que entrou em vigor em 1917, recebeu forte influência do direito privado europeu do século anterior, que já não tinha plena relação com a nossa realidade. Ora, esse direito civil não estava aparelhado para atender as demandas típicas do processo de industrialização capitalista do século XX e seu modo de produção estandarizada, seus esquemas de oferta e marketing, sua capacidade de distribuição etc. Por influência, em parte, dessa legislação e a interpretação que dela se fez, têm-se até hoje dificuldade para se compreender muitos aspectos da sociedade de massas, dentre os quais o sentido das ações coletivas. É por isso que ainda existem, por exemplo, discussões a respeito da legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos¹. De todo modo, para prosseguir, deixo consignado esse ponto: a proteção processual no CDC tem forte caráter coletivo.

2. Os Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos e a Constituição Federal

A Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129), mas não os define. Foi a Lei 8078/90 que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direitos difusos e direitos coletivos, o que fez no seu artigo 81. E, à guisa de explicitar o sentido de cada um, acabou por trazer uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos. Diga-se, desde já, que a definição legal está em perfeita consonância com o sistema constitucional, não havendo nada que possa macular suas disposições.

1. Mas, o fato é que o Ministério Público pode ingressar com ações para proteção desse tipo de direito. (Para um exame completo desse tema, ver nosso "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010: comentários ao art. 82).

Ou seja, o CDC, como lei principiológica que é, concretizador dos princípios e regras constitucionais, também aqui designa os limites e o modo de aplicação dos direitos postos e definidos. Para fazermos uma análise adequada, leia-se primeiramente o que diz a lei:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Na sequência, examinarei cada um dos tipos. Para facilitar o entendimento do sentido implantado pelo sistema legal, apresento, para cada um dos tipos estudados, os tópicos que permitem o estudo das relações jurídicas em geral. Apontarei assim, os elementos da relação jurídica: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto (elementos subjetivos e objetivos).

3. Os Direitos Difusos

3.1 Sujeito ativo indeterminado

Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.

2. "Art. 129. 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;"

Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direitos difusos, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso. Digamos que um vendedor de remédios anuncie um medicamento milagroso que permita que o usuário emagreça cinco quilos por dia apenas tomando um comprimido, sem nenhum comprometimento à sua saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda a comunidade.

Agora, é claro que uma pessoa em particular pode ser atingida e enganada pelo anúncio: ela vai à farmácia, adquire o medicamento, ingere o comprimido e não emagrece. Ou pior, toma o comprimido e fica intoxicada. Nesse caso, esse consumidor particular, tem um direito individual próprio, que também, obviamente, está protegido. Ele, como titular de um direito subjetivo, poderá exercê-lo plenamente com base na Lei 8078/90. Poderá, por exemplo, ingressar com ação de indenização por danos materiais e morais.

Mas, só o fato de alguém em particular ter sido atingido pelo anúncio não só não elide os demais aspectos formadores dos direitos difusos em jogo, como ao contrário, exige uma rápida atuação dos legitimados para a tomada das medidas capazes de impedir a violação à esses direitos difusos (no caso, feita pelo anúncio enganoso). Aliás, diga-se que é exatamente essa característica da indeterminabilidade da pessoa concretamente violada um dos principais aspectos dos direitos difusos.

O termo “difuso” significa isso: indeterminado, indeterminável. Então, não será preciso que se encontre quem quer que seja para proteger-se um direito tido como difuso. Ou, em outros termos, ainda que não se possa encontrar um único consumidor enganado concretamente por uma publicidade enganosa, ela poderá ser qualificada de enganosa assim mesmo. Portanto, quer se identifique um consumidor que foi violado no seu direito — individual —, quer não se encontre nenhum, trata-se sempre de direitos difusos. Aliás, ao contrário: essa é que é sua marca, a não determinação do sujeito.

3. Aliás, no que respeita à publicidade, esse caráter de expansão da mensagem sobre toda a coletividade é sua razão mesma de ser, já que, como diz o jargão, “a publicidade é a alma do negócio”. Não é à toa que se gaste tanto dinheiro com ela.

Diga-se mais: sempre que surgir, ao mesmo tempo, questão que envolva direitos difusos e outra que envolva direito individual, ambas ligadas pelo mesmo objeto — no exemplo, a publicidade enganosa —, ter-se-á dois tipos de direito em jogo, e ambos protegidos pelo regime legal consumerista: os direitos difusos e o direito individual.

3.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitarem os direitos difusos são todos aqueles que direta ou indiretamente vendem, produzem, distribuem, comercializam etc., produtos e serviços, isto é, são todos os fornecedores, cuja definição está estabelecida no artigo 3º do CDC.

3.3 A relação jurídica

Em matéria de direitos difusos, inexistente uma relação jurídica base. São as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação. Entenda-se bem: são os fatos, objetivamente postos, os elos de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas e o obrigado.

Assim, utilizando-se o mesmo exemplo daquele anúncio enganoso, tem-se que da veiculação do anúncio projete-se sobre toda a coletividade sua influência real, efetiva e objetiva. Eis as circunstâncias de fato: o anúncio e sua projeção objetiva e significativa sobre toda a população. O elemento de comunicação do anúncio projeta-se, lança-se por toda a coletividade, difusamente, atingindo a todos³.

3.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos, indistintamente. Por isso, ele não pode ser cindido.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato do mesmo objeto gerar dois tipos de direito, não muda a natureza de indivisibilidade do objeto nos direitos difusos. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio. É que, na ação judicial de proteção aos direitos difusos, o caráter da indivisibilidade do objeto faz a ligação com a titularidade difusa, sem alterar o quadro da proteção particular.

3.5 Exemplos

Eis alguns exemplos de fatos de direitos difusos: a publicidade em geral, a distribuição e venda de medicamentos, a poluição do ar e as questões ambientais em geral etc.

4. Os Direitos Coletivos

4.1 Sujeito ativo indeterminado, mas determinável

Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo. Assim, por exemplo, a qualidade de ensino oferecida por uma escola é tipicamente direito coletivo. Ela — a qualidade oferecida — é direito de todos os alunos indistintamente, mas, claro, afeta cada aluno em particular.

4.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitarem os direitos coletivos são os fornecedores envolvidos na relação jurídica-base ou aqueles que se relacionam com o grupo de consumidores que formam uma relação jurídica base entre si (ver explicações da relação jurídica, a seguir). No exemplo acima, é a escola.

4.3 A relação jurídica

Em matéria de direito coletivo são duas as relações jurídicas-base que vão ligar sujeito ativo e sujeito passivo:

a) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados entre si por uma relação jurídica. Por exemplo, os pais e alunos pertencentes à Associação de Pais e Mestres; os associados de uma Associação de Proteção ao Consumidor; os membros de uma entidade de classe etc.;

b) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica. Por exemplo, os alunos de uma mesma escola, os clientes de um mesmo banco, os usuários de um mesmo serviço público essencial como o fornecimento de água, energia elétrica, gás etc.

4.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível é individual ou individual homogêneo e não coletivo. O Direito Coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo. Nos exemplos já dados, a qualidade do ensino oferecido por uma escola é indivisível; o tratamento da água conferido pelo prestador do serviço público afeta toda a água a ser entregue.

4.5 Distinção dos direitos individuais homogêneos

Note-se bem: às vezes, faz-se uma confusão entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, o que exige uma elucidação que será feita no próximo item, mas há que se fazer desde já uma ressalva. Como se viu, o objeto do direito coletivo é indivisível. O que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gere também um direito individual ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, o mau tratamento da água fornecida aos usuários é típico caso de direito coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo pode gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado ou a mais de um consumidor. Daí que, no caso, ambas as situações se configuram. Já o inverso não é verdadeiro: nem todo direito individual homogêneo é coletivo típico conforme se verá no próximo item, mas é uma espécie de direito coletivo (o caráter de divisibilidade do direito individual homogêneo remanesce dividido quando ele for puramente direito individual homogêneo).

4.6 Exemplos

São exemplos de direito coletivo: a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica e gás; a segurança do serviço de transporte público de passageiros prestado pelas empresas de ônibus; a qualidade oferecida pela escola dos serviços educacionais por ela prestados etc.

5. Os Direitos Individuais Homogêneos

5.1 Sujeito ativo determinado e plural

Aqui, os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque em sendo um só, o direito é individual simples; e determinados porque, neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais. Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no pólo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio ativo; quando se trata de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo — o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no artigo 82 da lei consumerista.

É verdade que a ação individual ou a ação proposta por litisconsórcio facultativo não estão proibidas, como também, não está proibido o ingresso de tais ações no curso da ação coletiva de proteção aos direitos individuais homogêneos. Porém, não se podem confundir os institutos, que têm natureza diversa: no litisconsórcio o que há é reunião concreta e real de titulares individuais de direitos subjetivos no caso, no pólo ativo da demanda; na ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, o autor da ação é único: um dos legitimados do artigo 82 do CDC.

5.2 Sujeito passivo

Os responsáveis pelos danos causados aos sujeitos ativos são todos aqueles que direta ou indiretamente tenham causado o dano ou participado do evento danoso, ou ainda, que tenham contribuído para tal.

5.3 A relação jurídica

O estabelecimento do nexa entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos, se dá numa situação jurídica — fato, ato, contrato etc. — que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado. Isto é, o liame que une os titulares do direito violado há de ser comum a todos. Apesar disso — isto é, apesar de ser de origem comum — não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeça do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos, o que em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos.

4. É verdade que se mais de um dos legitimados ingressar no pólo ativo da demanda haverá litisconsórcio facultativo, mas ainda assim diverso daquele que liga os consumidores individuais.

5.4 Objeto divisível

Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados dos direitos individuais homogêneos, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.

5.5 Espécie de Direito Coletivo

Apontamos no item anterior aspectos dos direitos individuais homogêneos diante do direito coletivo. Reexaminemos a questão. Primeiramente, anote-se, como já adiantando, que os direitos individuais homogêneos são também uma espécie do direito coletivo. E, também conforme dito acima, não se deve confundir com litisconsórcio facultativo (ou necessário). Quando duas ou mais pessoas reúnem-se no pólo ativo de uma ação judicial, elas formam litisconsórcio facultativo ou necessário. Na hipótese dos direitos individuais homogêneos a ação judicial é coletiva, não intervindo o titular do direito subjetivo individual. Se este quiser promover ação judicial por conta própria para a proteção de seu direito individual pode à vontade, não afastando em nada a ação coletiva.

5.6 Exemplos

São exemplos de direitos individuais homogêneos: as quedas de aviões, como o da TAM no Jabaquara em São Paulo; o naufrágio do barco "Bateau Mouche" no Rio de Janeiro etc.

6. Conclusão

Vê-se, pois, por aquilo que foi exposto que há, no sistema jurídico nacional, regras que permitem a proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Quanto mais as pessoas tomarem consciência de sua existência e de sua possibilidade de eficácia muito ampla, mais poder-se-á no Brasil incrementar-se os chamados direitos coletivos "lato sensu", o que trará enorme economia não só para o Poder Judiciário — na correspondente diminuição das ações individuais --, como maior eficácia, posto que as decisões, nessas ações, acabam por beneficiar todos os atingidos, quer tenham ingressado em juízo ou não.

A Escola Superior de Advocacia da OAB SP destaca-se no cenário educacional jurídico por ser pioneira em ofertar inovadores cursos, sempre voltados para o aperfeiçoamento e obtenção de novos conhecimentos, primordialmente, para os operadores do Direito.

E nesse caminho inovador, a edição da Revista Científica Virtual da ESA SP passa a contribuir de forma universal, ao alcance de cada cidadão, sociedade, acadêmicos e profissionais de Direito e demais áreas, informando, formando opiniões, e abrindo mais um leque para o campo dos estudos e pesquisas.

Contribuindo para esse fim, o tema da edição deste número da Revista Científica é o Direito do Consumidor, com análise do cotidiano das relações estabelecidas entre o consumidor e fornecedor e os mecanismos de controle e justiça, com profundas reflexões, em artigos didáticos e corajosos, elaborados por professores desta casa, advogados atuantes nas lides diárias, e professora universitária do segmento publicitário.

A publicidade recebeu tamanha preocupação, por seu indiscutível alcance coletivo, que foi abordada por ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Juiz de Direito em São Paulo – “A Publicidade na Internet e a Responsabilidade Civil das Agências de Publicidade”; MARCELO PEREIRA DE CARVALHO, Advogado – “A Publicidade no Código de Defesa do Consumidor”; e SANDRA PIRES DE ALMEIDA, Professora Universitária – “A Propaganda e o Consumidor na Indústria Farmacêutica”.

A preocupação com a coletividade mereceu as reflexões de LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, Professor Universitário, professor meu de Direito Constitucional das cadeiras da PUC/SP – “A Proteção Constitucional do Consumidor”; e RIZZATTO NUNES, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo – “As Ações Coletivas e as definições de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos no Direito do Consumidor”.

A PROPAGANDA E O CONSUMIDOR NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

SUMÁRIO

1. O contexto da Propaganda e da Publicidade

2. A questão do ponto de venda e o ambiente de loja farmacêutico

3. O novo modelo de comunicação para farmácias e drogarias

4. O novo modelo de comércio de medicamentos pela internet

5. Considerações Finais

6. Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Publicidade, propaganda, consumidor, comunicação na indústria farmacêutica, marketing, relacionamento com o consumidor, varejo farmacêutico, merchandising, comércio eletrônico

SANDRA PIRES DE ALMEIDA – Mestre em Administração de Empresas (UNIP), pós-graduada em Administração de Marketing com extensões no RIT/EUA, publicitária (UIMES) e qualificada em CDC pela OAB/ESA-SP na modalidade publicidade, professora universitária há 12 anos das áreas de marketing, propaganda e promoções, planejamento estratégico e criação publicitária (graduação e pós-graduação)

1. O contexto da Propaganda e da Publicidade

A propaganda é uma ferramenta de comunicação cuja finalidade é dar informações para facilitar a troca, fornecendo dados sobre a oferta de uma empresa em bens e serviços. Normalmente, quanto mais se fala de um produto ou do serviço que não cumpre o que é prometido, mais rápido ele é tirado do mercado, pois o consumidor não irá comprar novamente algo que não atendeu suas expectativas. Propaganda vem do verbo *propagare* em latim que significa disseminar alguma coisa. Propaganda é usada em muitos países no sentido de disseminar idéias políticas.

De acordo com CAMPOMAR & IKEDA (2008), a propaganda, ao ser usada no Brasil como tradução de *advertising*, criou a seguinte situação: o profissional que trabalha em propaganda deveria ser chamado de propagandista. Propagandista, entretanto, é o termo que identifica os representantes de laboratórios da indústria farmacêutica, cuja principal atividade é fazer o canal de acesso e divulgação dos medicamentos e seus respectivos materiais promocionais junto à classe médica. No Brasil de 1950, aquele que trabalhava em *advertising* não queria ser chamado de propagandista, então passou-se a denominar publicitário o profissional responsável por cuidar da comunicação de um produto, serviço ou marca de uma organização. Porém, o termo publicidade, que é tradução de *publicity* – tomar público – está mais ligado à área de relações públicas. A diferença básica é que a propaganda refere-se a um anúncio em espaço pago, enquanto a publicidade está associada a uma notícia em mídia.

Quando o consumidor entra num estabelecimento comercial de venda de medicamentos e produtos de categoria deparar-se com um ambiente de loja de varejo, muitas vezes caracterizado com materiais de divulgação, sinalizações com objetivo persuasivo e demais materiais ditos promocionais tais como adesivo de chão, bandeirolas, banners, folhetos publicitários e todo tipo de ferramenta visual que possa impulsionar a venda. Neste local de interação é fundamental usar a técnica de comunicação da propaganda para persuadir o consumidor nas suas decisões de compra. A técnica assim utilizada no ponto de venda é denominado *merchandising*. O consumidor não decide sozinho pela compra de um medicamento, tendo em vista a

importância e a obrigatoriedade da prescrição médica, além da troca de informação com o farmacêutico presente no estabelecimento garantido em lei. A questão está no contágio da promessa da solução imediata nos medicamentos isentos de prescrição e que muitas vezes a propaganda acaba tendo seu papel disseminador, ao colocar artistas e personalidades públicas como testemunhas nas campanhas dos produtos.

2. A questão do ponto de venda e o ambiente de loja farmacêutico

O varejo é o ponto de encontro entre quem quer vender, quem quer expor e quem deseja comprar. São várias as definições para varejo que trata da comercialização direta junto aos clientes finais, independente das diversas formas como são conceituadas ou ainda atender uma necessidade pessoal do consumidor final. KOTLER e ARMSTRONG (2004) descrevem que o varejo engloba todas as atividades de venda de bens e serviços diretamente aos consumidores finais, especialmente sem atravessadores. Dividem o varejo em três tipos principais: varejistas com loja, varejista sem loja e organizações de varejo.

Com o tempo e a mudança no comportamento do consumidor, o ponto de venda ganhou status e também concorrentes. Para ter a preferência do consumidor as farmácias e drogarias se adaptaram aos fatores de layout de loja, tráfego de clientes, tempo médio de permanência na loja, ciclo de vida do consumidor em detrimento ao tipo de produto consumido, segmentos de mercado e novas categorias de produtos, formas de pagamento e serviços agregados e a sua sinalização interna e dos produtos nas gôndolas. Porém, com a nova legislação¹, medicamento deve ficar posicionado somente atrás do balcão. Propaganda, somente se for institucional e de utilidade pública. A promoção de vendas de medicamentos não é permitida. Uma simples ação como “na compra de três caixas do medicamento X, leve a quarta caixa grátis” é ilegal, por exemplo.

De acordo com a ANVISA², a Farmácia é estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas,

medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica; e a Drogaria é o estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais. Porém, no dito popular, o consumidor costuma ir à farmácia quando tem necessidade de medicamentos manipulados; vai à drogaria quando precisa de medicamento prescrito adquirido pronto para consumo e também para os produtos de categoria (cosméticos, acessórios, higiene pessoal, entre outros).

3. O novo modelo de comunicação para farmácias e drogarias

No Brasil, são mais de setenta mil pontos de venda considerados drogarias e mais de sete mil considerados farmácias com manipulação. A amplitude de relacionamento comercial é tanta que se cogita a possibilidade de fazer pagamento de contas pessoais nos caixas de uma drogaria. Várias já possuem terminais bancários de caixa eletrônico e, ainda, estuda-se formatá-la com alta segmentação de mercado, como por exemplo, uma drogaria focada no atendimento dos torcedores de um time de futebol e sua rede de contatos. É possível observar neste cenário que indiretamente, a publicidade de um time pode influenciar nas decisões de consumo e de escolha no ambiente de uma drogaria.

A indústria farmacêutica é responsável por movimentar R\$ 28 bilhões por ano na economia nacional. Algumas empresas patrocinam também times de vôlei e eventos esportivos como a Stock Car, por exemplo. Os medicamentos genéricos representam apenas 20% do mercado e tecnicamente não precisam de investimento em propaganda justamente porque já possuem muita publicidade como alternativa mais barata de tratamento. Celebidades, tão presentes em propagandas de outras categorias de consumo, não podem recomendar o uso de medicamentos e são proibidos os verbos imperativos como "experimente", "use", "tome", bem como a comparação de preço ou

qualidade entre medicamentos genéricos e de referência em qualquer modalidade de propaganda ou comunicação de ponto de venda. A legislação é clara em exigir dos médicos a prescrição do remédio pelo seu princípio ativo. Porém, em recente pesquisa em âmbito nacional foi detectado que, em 83% dos casos, as receitas médicas trazem o nome comercial do medicamento. Outro contexto de observação é o impacto nas redes sociais: cada vez que um laboratório tem notícias publicadas, e em seguida esta informação é repassada nas redes sociais, o poder de comunicação da marca aumenta, bem como o da publicidade de um medicamento e seu respectivo laboratório, numa amplitude de persuasão jamais vista.

4. O novo modelo de comércio de medicamentos pela internet

Com o crescimento da internet cresceu também o comércio eletrônico. Por comércio eletrônico entende-se o processo de compra, venda e troca de produtos, serviços e informações por redes de computadores ou pela internet (TURBAN & KING, 2004). A possibilidade de interação de pessoas, empresas, parceiros de negócios e serviços de apoio numa plataforma tecnológica para geração de negócios e facilitar a vida do consumidor é algo impressionante não só pela rapidez com que tudo se movimenta como, também, pelos números. O crescimento no Brasil está estimado em 40%, sendo que o setor farmacêutico responde por 12% das movimentações de venda na internet (medicamentos, beleza, saúde, veterinária). A classe C corresponde a 35% dos consumidores virtuais.

A popularização do acesso à internet e a grande quantidade de informações sobre temas relacionados à saúde vem modificando o conhecimento das pessoas sobre doenças e seus respectivos tratamentos, bem como o acesso aos tipos de medicação. Paralelo às informações confiáveis, existe a presença das informações inconsistentes com foco único de comércio. É possível encontrar sites que oferecem medicamentos com depoimentos milagrosos de cura, ou que o medicamento cura várias tipos de doenças, ou ainda, com o testemunho de profissionais médicos; outros insistem na validação do termo "cientificamente aprovado" ou "absolutamente seguro", omitindo que todo medicamento pode causar efeitos diversos.

1. Resolução da Diretoria Colegiada RDC 96/2008.

2. Agência Nacional da Vigilância Sanitária criada em 1999 Lei 9782/99 – Órgão do Ministério da Saúde - www.anvisa.gov.br

3. Câmara Brasileira do Comércio Eletrônico, projeção para 2011.

De acordo com MACEIRA (2007), tanto os legisladores quanto os operadores do direito resistem diante das novas tecnologias, o que obriga o poder judiciário a valer-se da criação doutrinária e princípios para solucionar os problemas que lhe são apresentados. A questão jurídica da propaganda e o comércio eletrônico, em particular na comunicação e venda de medicamentos, envolve, além da eficácia das leis, sua interpretação adequada a cada caso concreto, pois, hoje, o comércio eletrônico leva a consideração da pessoa em seus direitos para além das fronteiras nacionais. O CDC brasileiro é perfeitamente aplicável às práticas do comércio eletrônico, bem como aos termos que constituem propaganda enganosa ou abusiva num medicamento, e sua respectiva empresa fabricante e/ou distribuidora, ou seja, à prática de prometer o que de fato não pode cumprir.

5. Considerações Finais

O desafio de normatizar e fiscalizar ações de comunicação e venda de medicamentos num mercado altamente competitivo e cujas pessoas buscam soluções rápidas não é tarefa fácil. Por mais informação, análise e apresentação dos riscos e divulgação de informações que esclareçam os procedimentos mais adequados nesta prática, é notória a presença constante de situações em que o consumidor é iludido. Por outro lado, também encontramos a atuação fraudulenta de empresas, intermediadores e pontos de venda que insistem em praticar o que é legalmente abusivo.

Num universo de quase seis mil municípios do território nacional fica a questão de como fiscalizar corretamente tudo isso em todas as pontas e canais de acesso. A primeira saída, sem dúvida, é a conscientização do consumidor, seguida da atuação responsável das empresas em fazer com que a propaganda de medicamento seja uma aliada na informação e não um incentivo de sedução para a automedicação.

6. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Dispõe sobre a relação de produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias. Instrução Normativa nº. 9, de 17 de Agosto de 2009. Brasil: Diretoria Colegiada da ANVISA.

CAMPOMAR, Marcos Cortez; IKEDA, Ana Akemi. Artigo Falácias em Marketing no Brasil. Revista Eletrônica FEA/USP, 2008 – sob consulta da disciplina de Marketing de Serviços EAD5895 de 2010

CDC – Código de Defesa do Consumidor

COSTA & CRESCITELLI. Marketing Promocional para mercados competitivos. São Paulo: Atlas, 2003

CHIESA. Giorgio A. Enrico. Aspectos de Marketing in PDV 10 – Programa de Desenvolvimento do Varejo, Bayer HealthCare. São Paulo: Sincomesp, 2008

Indústria Farmacêutica na Era Digital. Miti Beyoind Intelligence. Relatório Técnico, 2011

LEVY, Michel & WEITZ, Barton. Administração de Varejo. São Paulo: Atlas, 2000

LUPETTI, M. Planejamento de Comunicação. São Paulo: Futura, 2000

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. Administração de Marketing. São Paulo: 12a. Ed. Prentice Hall, 2006

KOTLER & ARMSTRONG. Princípios de Marketing. 9º. Edição, Ed. Pearson Education do Brasil, 2004

MACEIRA. Irma Pereira. A responsabilidade civil no comércio eletrônico. São Paulo: RS Editora, 2007

Ministério da Saúde do Brasil www.saude.gov.br

McGOLDRICK. P. L. Retail Marketing. Londres: McGraw Hill, 2002

TURBAN & KING. Comércio Eletrônico Estratégia e Gestão. São Paulo: Prentice Hall, 2004

SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, A ATUAL CONJUNTURA ECONÔMICA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE CRÉDITOS - Da Necessária Harmonização da Proteção ao Mercado e aos Consumidores

SUMÁRIO

1. Da Atividade Bancária e da Regulação do Sistema Financeiro Nacional.

2. Crise financeira de 2008 e da Estabilidade do Sistema Financeiro Nacional

3. Do Risco de Crédito e do Retorno do Spread Bancário ao Mercado de Consumo

4. Do Impacto da Inadimplência no Mercado de Crédito e da Indispensável Proteção ao Consumidor

5. Conclusões.

6. Referências

Palavras-chave: Atividade bancária - Sistema Financeiro Nacional – Regulação do mercado – Risco de Crédito - Inadimplência – Proteção ao consumidor.

ROBERTO HARUDI SHIMURA – Advogado e Consultor Jurídico, especializado em Direito do Consumidor e Direito Empresarial e Econômico, Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA/SP.

1- DA ATIVIDADE BANCÁRIA E DA REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Quem contrata com uma instituição está sujeito a uma série de obrigações legais, normativas e contratuais. Ao iniciar um relacionamento com uma instituição financeira, seja para a abertura de uma simples conta poupança de depósitos, para abertura de uma conta corrente, seja para contratação de uma linha de financiamento, o consumidor encontra-se adstrito às regras do Sistema Financeiro Nacional.

A instituição financeira que oferece seus produtos ao mercado de consumo, por sua vez, encontra-se sujeita às normas principiológicas do Código de Defesa do Consumidor, sem, contudo, isentar-se de cumprir as regras normativas ditadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil – BACEN.

Dentre as centenas de procedimentos determinados pelo BACEN, uma das ferramentas mais importantes utilizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, é o denominado “Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – CCS.

O Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) é um sistema informatizado, que permite indicar onde os clientes de instituições financeiras mantêm contas de depósitos à vista, depósitos de poupança, depósitos a prazo e outros bens, direitos e valores, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais e procuradores.

O ‘Cadastro’ visa dar cumprimento ao artigo 3º da Lei 10.701, de 9/7/2003, que incluiu dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, artigo 10A), determinando que o Banco Central mantenha registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

O principal objetivo do CCS é auxiliar nas investigações financeiras conduzidas pelas autoridades competentes, mediante requisição de informações pelo Poder Judiciário (ofício eletrônico), ou por outras autoridades, quando devidamente legitimadas.

O cadastro de clientes é uma atividade desenvolvida dentro de cada instituição financeira, e responde pela análise e registro das informações e documentos de identificação de clientes, com os quais a instituição mantém ou manterá relacionamento através de serviços e produtos financeiros, vinculados ou não a contas de depósitos ou de investimentos.

As principais exigências e orientações legais sobre o cadastro de clientes advêm da Resolução 2.025 de 1993 e alterações posteriores aplicáveis às instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central, que trata da abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, passou a ser de fundamental importância a completa e adequada identificação dos clientes/consumidores.

A rigor, as normas editadas pelo BACEN resumem que a instituição financeira deve manter atualizado o cadastro de clientes, com um mínimo de informações e documentos que permitam a completa caracterização da operação e do perfil econômico-financeiro do consumidor.

Na prática, contudo, o trabalho necessário para o atendimento dessas exigências é muito mais amplo, uma vez que para a adequada identificação do cliente, as informações e condição inicialmente apresentadas requerem constantes atualizações, em vista de alterações que possam ocorrer durante o seu relacionamento com a instituição, principalmente no aspecto financeiro.

O cumprimento das exigências legais pela instituição financeira implica a manutenção de um cadastro organizado e atualizado, com procedimentos, documentos e informações, de modo a atender aos objetivos da Lei, do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro – CCS - e para mitigar os riscos de uso da instituição para o cometimento de ilícitos.

Segundo a Lei nº 9.613/1998, todos os empregados de uma instituição financeira, desde o caixa até o presidente, do estratégico ao operacional, são responsáveis pelo estabelecimento de um ambiente permanente de controle, no qual seja possível

monitorar todas as operações de clientes e não-clientes, pessoas físicas e jurídicas, com vistas a identificar ações ilícitas relacionadas aos crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores. Devem ser mantidos controles e registros internos consolidados que permitam verificar, além da adequada identificação do cliente, a compatibilidade entre as correspondentes movimentações de recursos, atividade econômica e capacidade financeira, conforme estabelecido na Circular 2.852, do BACEN.

As movimentações financeiras que possam indicar a existência de crime, em razão de suas características, valores, formas de realização e instrumentos utilizados, ou que não apresentam fundamento econômico ou legal, devem ser comunicadas à Controladoria, que, após análise técnica, decidirá sobre a informação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Não há, na lei e nas normas do BACEN, um período mínimo exigido para a revisão do cadastro, sendo altamente recomendado que seja estabelecido, pela própria instituição financeira, um procedimento interno que assegure a manutenção das informações sempre atualizadas sobre seus clientes. Uma vez que referido cadastro retrata um histórico e uma situação e condição financeira do cliente, momentânea, no ato da contratação, faz-se necessário, até imprescindível, a manutenção de procedimentos regulares de atualização e complementação das informações apresentadas.

Logicamente que o consumidor que necessita de uma linha de crédito ou financiamento, terá amplo interesse na adequada confecção do cadastro e avaliação de sua capacidade econômico-financeira, de modo a permitir-lhe o acesso ao crédito. Contudo, as instituições financeiras, sujeitas ao controle do Sistema Financeiro Nacional, são obrigadas não apenas a informar sobre a contratação de um novo Cliente do Sistema Financeiro (CCS), mas a monitorar continuamente a identificação e as operações realizadas por cada cliente.

O que, primo icto oculi, poderia se limitar a uma mera pesquisa no SERASA, ou em outro banco de dados disponível na rede aberta de computadores, em verdade se consubstancia em um importante e

detalhado procedimento de monitoramento sobre uma dezena de informações que influenciam na avaliação de risco bancário, e conseqüentemente no custo do crédito, tais como:

- operações acima da capacidade financeira e patrimônio;
- quantidade de operações em um determinado período;
- operações fora do comportamento normal do cliente;
- análise do cadastro;
- Estrutura de operações;
- movimentação em espécie e limites utilizados;
- mudança de CEP duas vezes no mês;
- pagamento de empréstimo pessoal antecipadamente;
- número de movimentações de valores baixos;
- recursos parados em conta corrente, etc.

Por meio da Circular 3.461, de 23.07.2009, o BACEN consolidou as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, determinando procedimentos para não somente a confecção do cadastro, mas especialmente para a confirmação das informações cadastrais dos clientes e identificação dos beneficiários finais das operações.

Especial atenção é dada pela Circular 3.461, quanto à qualificação dos clientes como "pessoas politicamente expostas", agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países estrangeiros, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus familiares ou pessoas de seu relacionamento próximo, incluídos nesta qualificação os detentores de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo, Ministros de Estado e equivalentes, Diretores de Autarquias, Membros do CNJ, do CNMP, do STF e Tribunais Superiores, Procuradores Gerais, Governadores, Prefeitos, Vereadores e Presidentes de Tribunais de Justiça. Conforme determina a Circular 3.461, as informações a serem coletadas, devem representar o período de 5 anos retroativos a partir do início da relação de negócio, ou da data em que o cliente

1. A Lei 9.613, de 03.03.1998, a Carta-circular 2.826, de 04.12.1998, a Carta-circular 3.151, de 01.12.2004 e a Circular 3.461 de 24.07.2009 do Banco Central do Brasil - Bacen, dispõem sobre os procedimentos a serem adotados pelas instituições financeiras, na prevenção e combate às atividades relacionadas aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e definem sanções para as pessoas físicas e jurídicas, que venham a praticar este ato ilícito, ou, que, tendo conhecimento da prática, não comuniquem às autoridades competentes

passou a se enquadrar como pessoa politicamente exposta, demandando grande trabalho de pesquisa e monitoramento de informações, contínua, e não somente restrita ao cadastro inicial preenchido pelo cliente. No que é pertinente à atualização do Cadastro, assim dispõe a Circular 3.461:

“Manutenção de Informações Cadastrais Atualizadas
Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem coletar e manter atualizadas as informações cadastrais de seus clientes permanentes, incluindo, no mínimo:

I - as mesmas informações cadastrais solicitadas de depositantes previstas no art. 1º da Resolução nº2.025, de 24 de novembro de 1993, com a redação dada pela Resolução nº2.747, de 28 de junho de 2000;

II - os valores de renda mensal e patrimônio, no caso de pessoas naturais, e de faturamento médio mensal dos doze meses anteriores, no caso de pessoas jurídicas;

III - declaração firmada sobre os propósitos e a natureza da relação de negócio com a instituição.

§1º - As informações relativas a cliente pessoa natural devem abranger as pessoas naturais autorizadas a representá-la.

...

§5º - As instituições mencionadas no art. 1º devem realizar testes de verificação, com periodicidade máxima de um ano, que assegurem a adequação dos dados cadastrais de seus clientes.

...

Art. 5º - As instituições de que trata o art. 1º somente devem iniciar relação de negócio de caráter permanente ou dar prosseguimento a relação dessa natureza já existente com o cliente se observadas as providências estabelecidas nos arts. 2º e 4º.” (destaque nosso).

Por fim, vale destacar que, de acordo com o que determina o artigo 11, da Circular BACEN 3.461, a instituição financeira que deixar de confeccionar, atualizar e monitorar o cadastro de clientes, está sujeita a diversas sanções, estendidas inclusive à pessoa de seus gestores, previstas no artigo 12, da Lei nº 9.613/98, sendo:

“(…)

I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo:

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações, anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo.”

O Cadastro de Clientes elaborado por cada instituição financeira autorizada pelo Banco Central constitui uma base de dados que se insere no âmbito do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – CSS, e que deve atender às regras de proteção do sistema bancário ditadas pela Lei nº 9.613/98 e suas normas regulamentadoras, não se limitando a um banco de dados para consulta de inadimplentes ou “bons pagadores”, sendo parte de uma política nacional de regulamentação prudencial para saneamento e controle do sistema financeiro.

Como uma das autoridades administrativas encarregadas de promover a aplicação da Lei nº 9.613/1998, o Banco Central editou uma série de normas estabelecendo que as instituições financeiras sob sua regulamentação devam manter atualizados os cadastros dos clientes; manter controles internos para verificar, além da adequada identificação do cliente, o registros de operações; comunicar operações ou situações suspeitas ao Banco Central; promover treinamento para seus empregados e implementar procedimentos internos de controle para detecção de operações suspeitas.

Nesse quadro, a atuação do Banco Central impõe às instituições supervisionadas diversos controles internos voltados para a prevenção de ilícitos financeiros, da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo, com o objetivo de verificar a adequação e a qualidade dos procedimentos com vistas não só a coibir a utilização do sistema financeiro para a prática desses ilícitos, bem como de assegurar a observância das leis e regulamentos pelas instituições na execução de suas atividades, no que se refere à compatibilidade entre as correspondentes movimentações de recursos, atividade econômica e capacidade financeira dos consumidores, usuários do sistema financeiro nacional.

2. CRISE FINANCEIRA DE 2008 E DA ESTABILIDADE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O primeiro semestre de 2009 foi marcado pelo retorno do sistema financeiro à situação de normalidade após a crise financeira, que havia provocado a deterioração no valor de ativos financeiros e a escassez da liquidez.

Esse cenário adverso funcionou como teste para o sistema bancário brasileiro, que respondeu positivamente. A atuação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, principalmente no tocante à liquidez e à abertura de linhas de crédito em substituição às linhas internacionais de crédito, permitiu que o sistema financeiro atravessasse a crise sem impacto significativo. A adoção de diversos mecanismos de intervenção e controle, a criação do Fundo Garantidor de Créditos (FGC) que compõe o spread bancário, o elevado montante de reservas

internacionais e a evolução da supervisão bancária brasileira foram fundamentais para amenizar os efeitos da crise financeira internacional no mercado doméstico e evitar desdobramentos mais graves para toda a economia brasileira e aos consumidores.

Em que pese alguns setores da economia nacional ainda encontrar sérias dificuldades econômicas, fato relevante é que a política de regulamentação prudencial adotada pelos órgãos regulamentadores, em que se incluem ferramentas como o Cadastro de Clientes e o Sistema de Informações de Crédito – SCR² destinados especificamente para o controle e acompanhamento do nível da inadimplência, permitiu que o País enfrentasse a mais recente crise financeira mundial em situação até privilegiada, sendo o último país a sentir os seus efeitos e o primeiro a se restabelecer.

3. DO RISCO DE CRÉDITO E DO RETORNO DO SPREAD BANCÁRIO AO MERCADO DE CONSUMO

Até fevereiro de 2000, os procedimentos para classificação das operações de crédito do SFN eram estabelecidos pela Resolução CMN nº 1.748, de 1990, e baseados exclusivamente no prazo de inadimplência, desconsiderado o risco potencial do tomador de recursos.

Dessa forma, as operações de crédito eram classificadas em três níveis de risco: i) normal (contratos com parcelas vencidas até sessenta dias); ii) em atraso, ou risco 1 (contratos com parcelas em atraso entre 61 e 180 dias); e iii) em liquidação, ou risco 2 (contratos com parcelas em atraso acima de 180 dias). Desde março de 2000, com a implementação da Resolução CMN nº 2.682, a classificação dos créditos passou a contemplar nove níveis em ordem crescente de risco: AA, A, B, C, D, E, F, G e H, segregados por segmento de atividade econômica e respectivas provisões.

2. Banco de dados sobre operações com características de crédito alimentado mensalmente pelas instituições financeiras – Identificados os clientes com responsabilidade total igual ou superior a R\$5.000,00, cujo objetivo principal é permitir à supervisão do Banco Central aferir as condições econômico-financeiras das instituições financeiras, com o propósito de proteger seus depositantes

3. Relatório de Economia Bancária e Crédito - 2008 - Banco Central do Brasil

4. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, nº 35, maio/2003 – Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil, Pedro Fachada, Luiz Fernando Figueiredo, Eduardo Lundberg.

5. "Caderno de Investigações Científicas", Vol. I, "Prevenção e tratamento do superendividamento", Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertonecello – Brasília, Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010

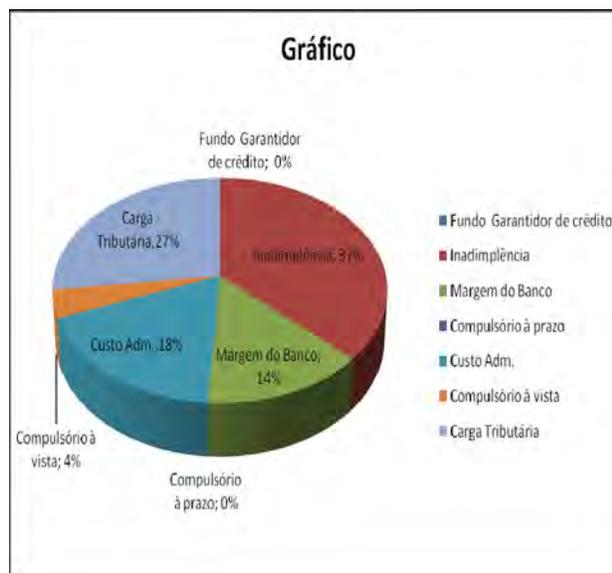
Além do critério de inadimplência, o Sistema Financeiro Nacional passou a considerar em relação ao devedor, entre outros fatores, a situação econômico-financeira, o grau de endividamento, o setor de atividade econômica, o limite de crédito, a natureza da operação creditícia, a natureza das garantias e o montante do crédito.

Especificamente no caso do consumidor pessoa física, a classificação de risco deve levar em conta as situações de renda, patrimônio e cadastro dos clientes, de acordo com o monitoramento cadastral acima explicitado. Por meio da Resolução nº 3.721, de 30 de abril de 2009, foram instituídas regras sobre a implantação de uma estrutura para gerenciamento do risco de crédito pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, visando à verificação da proporcionalidade em relação à dimensão da exposição ao risco de crédito da instituição e a compatibilidade com a natureza das suas operações e com a complexidade dos produtos e serviços oferecidos.

Para tanto, o risco de crédito é definido como a possibilidade de ocorrência de perdas associadas ao não cumprimento, pelo tomador/consumidor, de suas obrigações financeiras nos termos pactuados, à desvalorização de contrato de crédito decorrente da deterioração na classificação de risco do tomador (leia-se, situação cadastral em classificação de risco), à redução de ganhos ou de remunerações, às vantagens concedidas na renegociação e aos custos de recuperação.

Dentre outros fatores, o risco de crédito de determinada instituição financeira, diga-se, do conjunto de tomadores que contrataram com determinada instituição financeira, compõe diretamente o denominado spread, que corresponde à diferença entre o juro pago pela instituição financeira para a captação de recursos e o juro cobrado nos empréstimos.

Segundo reportagem veiculada no jornal "O Estado de São Paulo", do dia 27.12.2009 caderno Economia, página B1, um estudo da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, baseado em dados obtidos junto ao Banco Central e ao FMI, o spread bancário brasileiro seria composto pelos seguintes fatores:



Veja-se, que o fator de maior preponderância na composição do spread bancário não se relaciona diretamente ao lucro dos bancos ou aos juros, mas ao alto índice de inadimplência.

4. DO IMPACTO DA INADIMPLÊNCIA NO MERCADO DE CRÉDITO E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

De acordo com o estudo realizado por pesquisadores do Banco Central do Brasil, "o custo do crédito ao tomador/consumidor é associado à elevada taxa de inadimplência bancária, à má qualidade das garantias contratuais, à morosidade e ao custo alto da recuperação por meios judiciais."

De acordo com o estudo, "para empréstimos até R\$1.000, se atravessadas todas as fases processuais, supera ou iguala aproximadamente o montante do principal. No caso de um crédito de R\$50 mil, a expectativa de recuperação é de 24,1% do principal se exigidas todas as fases de execução", considerando-se, ainda, um prazo médio de 20 a 37 meses de tramitação do processo judicial, até sua efetiva liquidação.

Segundo os autores, em consequência da "incapacidade do sistema judicial em assegurar a recuperação rápida e integral dos empréstimos inadimplidos", dificultando o recebimento dos valores inadimplidos pelos consumidores, suas consequências imediatas são sentidas pelo mercado, no tocante à insegurança jurídica, aumento de custos administrativos para gerenciamento do crédito

E de forma contemporânea, também com reflexos na coletividade, traz a presente edição, artigos sobre a temática desportiva por **CAIO POMPEU MEDAUAR DE SOUZA**, Advogado – “Aspectos Jurídicos da relação Cambista x Consumidor”; recall, por **CARLOS ALBERTO NAHAS**, Advogado – “Recall: Contextualização”; cadastro positivo, por **JOSÉ EDUARDO MALHEIROS**, Advogado – “Cadastro Positivo e seus reflexos no âmbito do Consumidor”; e a difícil relação econômica financeira de concessão de crédito ao consumidor, por **ROBERTO HARUDI SHIMURA**, Advogado – “Sistema Financeiro Nacional, a atual conjuntura Econômica e a Proteção do Consumidor de Créditos”.

A atualidade e a modernidade do Código de Defesa do Consumidor são indiscutíveis entre os seus estudiosos, fazendo dele um assunto recorrente entre os Congressistas, o que me levou a abordá-lo no artigo “Os Projetos de Lei no âmbito do CDC”.

Registro por fim, os meus agradecimentos à Diretoria, à Coordenação e toda equipe da Escola, e às valiosas contribuições dos ilustres autores que dedicaram horas de pesquisa e trabalho na elaboração do material científico, fazendo da presente Revista mais um sucesso editorial e, acima de tudo, contribuindo para edificação de uma sociedade justa!

Joung Won Kim

Coordenadora do Curso Prática em Direito do Consumidor da Escola Superior de Advocacia da OAB - SP

(custas, honorários de advogados, despesas com cartórios, entre outros) e, especialmente, a incerteza de pagamento, o que ocasiona o aumento de risco embutido no spread bancário. Dentre as medidas sugeridas para mitigar os riscos jurídicos, indicam os pesquisadores do Banco Central que “a ampliação da segurança jurídica dos contratos é um aspecto fundamental” e a adoção de leis mais claras e objetivas sobre os contratos de crédito implicariam, em caso de inadimplência do consumidor, uma cobrança mais ágil e, em uma renegociação judicial mais eficiente, reduzindo-se os riscos e perdas associadas à insolvência.

A pesquisa veiculada na publicação “Notas Técnicas do Banco Central do Brasil nº 35” demonstra uma crescente preocupação das autoridades monetárias (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil) quanto ao crescente índice de inadimplência dos tomadores de crédito, cuja principal consequência é o aumento dos riscos, do spread bancário e, por conseguinte, do custo do dinheiro (juros ao consumidor).

Em uma economia de endividamento e não de poupança, em que a pessoa considerada pobre pode ser classificada como aquela que não tem acesso ao crédito, e não necessariamente a despida de patrimônio, os altos índices de inadimplência demandam uma ação mais eficaz de educação e proteção ao cliente do sistema financeiro nacional, consumidor de crédito.

Segundo o magistério de escol da Professora Cláudia Lima Marques, a disponibilização do crédito ao mercado massificado, após o período de estabilização econômica do país, foi um dos responsáveis pela diminuição da pobreza nos últimos 14 anos, possibilitando que famílias das classes B, C, D e E passassem a ter maior acesso ao crescente mercado de consumo de produtos e serviços, incrementando o desempenho econômico nacional. O crescimento econômico baseado na disponibilização massificada do crédito traz consigo um grande risco, já que tal crescimento depende exclusivamente do nível de adimplemento. Em outras palavras, qualquer fator que contribua para o inadimplemento fará com que o equilíbrio econômico das famílias, do mercado e do País seja abalado ou atravesse um período de crise

de crédito, como experimentado em 2008 com os chamados subprimes, já que a grande parcela das linhas de créditos disponibilizadas no mercado nacional não possuem garantias reais (e.g., alienação fiduciária), mas apenas fidejussórias (aval, fiança).

A massificação indiscriminada do mercado de crédito seduz o consumidor com suas facilidades de contratação, usualmente atreladas a campanhas publicitárias invasivas, facilidades, como dispensa de comprovantes de rendimentos e da pesquisa de situação cadastral, criando um crescente problema social de falta de dimensionamento entre a oferta do crédito e a capacidade de pagamento dos consumidores. Este desequilíbrio possui maior impacto quando considerado as classes sociais de baixa renda (C, D e E), cuja necessidade do crédito passou a ser primordial para sua inclusão social.

Para este perfil de consumidores, qualquer alteração em sua capacidade de pagamento implica grande impacto econômico, não somente ao tomador do crédito, mas à própria economia familiar, dando causa ao que se passou a denominar superendividamento.

Como ensina a Professora Cláudia Lima Marques, “superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio”.

A figura do consumidor de boa-fé superendividado não tem relação com o pródigo, tratado pelo Código Civil, relativamente incapaz e sujeito à interdição e curatela, já que este se caracteriza pelo esbanjamento, pela falta de capacidade para administrar os bens próprios e familiares, enquanto o superendividado - frise-se, de boa-fé – cujo principal ou mesmo único patrimônio é o seu “nome limpo” no mercado, se vê impossibilitado de cumprir suas obrigações financeiras atuais e futuras, em razão de imprevistos naturais da vida, como a perda de emprego ou rendimento, o nascimento de filhos, doenças, divórcios, entre outros.

O consumidor de créditos, qualificado como Cliente do Sistema Financeiro Nacional, merece ampla proteção não somente de sua condição econômica e financeira, mas especialmente de sua dignidade, em razão de sua boa-fé presumida quando da formação do contrato, bem como em razão da sua hipossuficiência, também presumida, quanto às características, exigências e riscos de se contratar um financiamento ou linha de crédito. Neste aspecto, o artigo 52, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor impõe aos fornecedores de crédito a obrigação específica de informar prévia e adequadamente aos consumidores (i) o preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; (ii) o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; (iii) os acréscimos legalmente previstos; (iv) o número e periodicidade das prestações e, (v) a soma total a pagar, com e sem financiamento.

Entretanto, o dever geral de boa-fé e transparência, imposta aos fornecedores de crédito, não deve se limitar ao cumprimento literal do artigo 52. Como vimos, a responsabilidade pelo equilíbrio do sistema financeiro, especialmente quanto à liquidez dos contratos de empréstimos e quanto ao controle dos níveis de inadimplência, são de responsabilidade das instituições financeiras, autorizadas e monitoradas pelo Banco Central. A fim de se garantir o correto dimensionamento entre a oferta do crédito e a necessidade do tomador, cumpre ao fornecedor não só detalhar as condições do contrato individualizado, mas aconselhar o consumidor de crédito quanto à adequação da contratação pretendida, considerando não somente as regras impostas pelas normas do Banco Central do Brasil sobre a investigação prévia da capacidade de pagamento, mas especialmente para se dar eficaz cumprimento ao artigo 6º, inciso II, do CDC, no que diz respeito à "educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços...".

5. CONCLUSÕES

Na atual conjuntura, o mercado de crédito se mostra intensamente relevante não apenas para o desenvolvimento econômico do país, mas se traduz em relevante ferramenta das classes mais necessitadas, que utilizam o crédito ampla e facilmente disponibilizado do mercado de massa como instrumento de inclusão social. A aquisição da casa própria, de utensílios domésticos e eletroeletrônicos, em sua grande maioria, como formas de inclusão social, somente pode ser alcançada pela maior parta da população brasileira, por meio das linhas de financiamento e de crédito.

Pelas regras de funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras são obrigadas a informar ao Banco Central as características e riscos das operações de crédito, com o intuito de permitir às autoridades monetárias a avaliação dos riscos de mercado e o controle da inadimplência, este último considerado como o fator preponderante para o aumento do spread bancário e dos juros ao consumidor. Pelas regras de proteção e defesa do consumidor, ainda que inexistente legislação específica para a proteção e tratamento do consumidor de crédito endividado, o dever de informação e o dever de educação para o consumo impõem aos fornecedores garantir transparência, clareza e prévia informação acerca dos riscos atuais e futuros quando da contratação de um crédito de consumo, não podendo se limitar às características de um determinado contrato, mas em razão de uma avaliação conjuntural de capacidade econômico-financeira do consumidor tomador do crédito.

O desafio que se vislumbra, aqui, diz respeito à disponibilidade e proteção de informações consideradas de caráter sigiloso, a fim de que as instituições financeiras disponham de elementos suficientes para a orientação de uso do crédito e avaliação do risco individual de cada consumidor, sem que outra garantia constitucional, da privacidade, seja relegada. A relevância social do crédito, assim, merece melhor atenção das autoridades monetárias, de proteção ao consumo e dos fornecedores, para que as regras de funcionamento e monitoramento do sistema financeiro sejam harmonizadas com as de proteção ao consumidor, no que diz respeito ao uso responsável, adequado e consciente do crédito de consumo, a fim de evitar que os consumidores, hipossuficientes, especialmente os de menor renda, assumam compromissos financeiros, usualmente de alto custo, superiores aos seus rendimentos presentes e futuros, inclusive em detrimento de sua subsistência.

6. REFERÊNCIAS

1. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Ed. RT, 2002.
2. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento – A proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo. Ed. RT. 2002.
3. "Relatório de Economia Bancária e Crédito – 2008" - Banco Central do Brasil.
4. "Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, nº 35, maio/2003" – Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil, Pedro Fachada, Luiz Fernando Figueiredo, Eduardo Lundberg.
5. "Caderno de Investigações Científicas", Vol. I, "Prevenção e tratamento do superendividamento", Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncele – Brasília, Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010

PROPOSTA

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.oabsp.org.br/esa, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.



Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.oabsp.org.br/esa
E-mail: faleconosco@esa.oabsp.org.br



A PUBLICIDADE NA INTERNET E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

SUMÁRIO

- 1. Práticas comerciais.**
- 2. Publicidade na internet**
- 3. A vulnerabilidade do consumidor na era digital**
- 4. A responsabilidade civil das agências pela publicidade lesiva**
- 5. Conclusão**
- 6. Bibliografia**

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR - Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito na Área de Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP - Campus de Franca.

1. Práticas comerciais

Práticas comerciais, que consistem em atividades voltadas à comercialização de mercadorias ou oferecimento de serviços, interessam diretamente à relação de consumo, pois são essenciais ao escoamento da produção em larga escala, ou à expansão dos serviços, para além do restrito relacionamento entre as pessoas e os estreitos limites da vizinhança.

A publicidade, nestas circunstâncias - quando se pretende angariar número considerável de clientes - é, praticamente, instrumento indispensável à viabilização da oferta, de forma que, uma vez sendo suficientemente precisa, ou seja, que não deixa dúvida quanto à intenção de fornecer o produto; além de certa quanto ao preço e explícita acerca das qualidades do bem ou em relação à proposição do serviço, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, ainda que se recuse a honrá-la, e integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30, CDC).

O contrato se conclui pela aceitação do consumidor, que pode exigir o cumprimento forçado da obrigação, facultando-lhe receber outro produto ou prestação de serviço equivalente ou a rescisão do contrato, com restituição da quantia antecipada e perdas e danos (art. 35, CDC).

Apesar da importância que a publicidade, pelos meios de comunicação, ocupa no incremento profissional, comercial e da produção, ainda subsiste o "marketing de boca a boca", prática que consiste em selecionar algumas pessoas que testam os produtos ou serviços e são orientadas, ou de forma espontânea, passam a divulgar suas impressões nos seus círculos de relacionamento, ou outros, em que sejam, de alguma forma, referência,

caracterizando-se como verdadeiros formadores de opinião. Tal mecanismo tem grande utilidade, por sua maior credibilidade, na difusão de produtos ou serviços mais seletos, como uma pousada de charme, um acanhado bistrô, trabalhos de costura.

Ainda que se arregimente um grande número de influenciadores ou conectores, como são chamados, tal mecanismo tem alcance restrito e lento.

Num mundo plugado, a publicidade pode conferir a rapidez desejável à expansão comercial.

Contudo, o tradicional comercial de 30 segundos, a cada dia, perde sua importância, pois as pessoas estão menos dispostas a dispensar sua atenção para aquilo que não estão procurando, e anúncios em jornais e revistas, podem, simplesmente, ser ignorados.

A partir da década de 1990, o grande avanço tecnológico e sua popularização, pelo barateamento dos computadores pessoais e disseminação da internet, deram início a profunda transformação nas relações comerciais, por meio do comércio eletrônico, possibilitando a agilização dos negócios, e a interação entre fornecedor e consumidor.

Fenômeno igualmente relevante ocorrera nos Estados Unidos da América, a partir do final do século XIX, com o fomento das vendas por meio de catálogos de mercadorias e por reembolso postal, visando o homem do campo americano, que por seu isolamento, tinha dificuldade em se deslocar aos grandes centros para adquirir os bens de consumo que não conseguia extrair da terra, e, assim, usufruir das comodidades da vida urbana.

1. <<http://www.comscore.com/>>. Acesso em 15.05.2011.

2. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 801.