

ALESSANDRA NEUSA SAMBUGARO DE MATOS

**PRIVACIDADE E HONRA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS BANCOS
DE DADOS E DA COBRANÇA VEXATÓRIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná.

**Orientadora:
Prof.^a Dr.^a Márcia Carla Pereira Ribeiro**

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

PRIVACIDADE E HONRA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO UMA ANÁLISE A PARTIR DOS BANCOS DE DADOS E DA COBRANÇA VEXATÓRIA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito das Relações Sociais Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Márcia Carla Pereira Ribeiro
Universidade Federal do Paraná

Curitiba,

de 2007

*Dedico esse trabalho à minha mãe, pelo amor e
pelo exemplo de generosidade e dedicação que
seguirei por toda a vida.*

*Ao meu pai, que vive em meu coração, pelo carinho
e apoio sempre.*

*Às flores do meu jardim, minhas sobrinhas Rosiely,
Rosiane, Rafaela, Giuliana e Giovana.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu querido Fábio, por ter me motivado a ingressar no mundo da pesquisa jurídica e a quem devoto minha grande admiração e absoluto amor.

À Prof.^a Márcia Carla Pereira Ribeiro pela dedicação e auxílio em todos os momentos da elaboração da pesquisa.

Aos colegas do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito de Curitiba, principalmente à Prof. Nádia Regina de Carvalho Mikos, por entender a importância desse trabalho para mim, permitindo que me dedicasse à ele; e às amigas Isabela Quelhas Moreira Busch e Simone Ceretta Lima, que mesmo diante da sobrecarga de trabalho nos momentos de minha ausência, demonstraram carinho e confiança.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	1
 PARTE 1 - RELAÇÃO DE CONSUMO	
CAPÍTULO 1 - QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A TUTELA DO CONSUMIDOR	5
1.1 VISÃO HISTÓRICA.....	5
1.1.1 O Consumerismo nos Estados Unidos.....	6
1.1.2 O Consumerismo na Europa.....	9
1.1.3 O Consumerismo no Brasil	10
1.2 NOÇÕES CONCEITUAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	18
1.2.1 Consumidor.....	18
1.2.2 Fornecedor	24
CAPÍTULO 2 - CONTRATO DE CONSUMO	27
2.1 A PÓS-MODERNIDADE E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE CONSUMO	31
2.1.1 Características da Pós-Modernidade: Abordagem Sociológica	32
2.1.2 Repercussões Gerais no Contrato de Consumo	34
 PARTE 2 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE NO CDC: RECORTE SOBRE A PRIVACIDADE E A HONRA	
CAPÍTULO 1 - OS DIREITOS DE PERSONALIDADE PRIVACIDADE E HONRA NO PLANO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	43
1.1 NOÇÃO DE DIREITO À PRIVACIDADE.....	47
1.1.1 A Proteção Jurídica da Privacidade no Brasil.....	52
1.1.2 O Avanço Tecnológico e a Violação da Privacidade nas Relações de Consumo	56
1.2 NOÇÃO DE DIREITO À HONRA	57
1.2.1 A Proteção Jurídica da Honra no Brasil.....	62

1.2.2	Direito a Honra na Relação Consumerista	63
CAPÍTULO 2 - CAUTELAS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO POR PARTE DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS.....		67
2.1	LIMITES DECORRENTES DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA.....	67
2.1.1	Bancos de Dados de Proteção ao Crédito	67
2.1.2	Abrangência da Proteção do CDC em Relações Decorrentes da Atuação dos Arquivos de Consumo	67
2.1.3	A Proteção de Dados Pessoais – Autodeterminação Informativa.....	80
CAPÍTULO 3 - COBRANÇA DE DÉBITOS DE CONSUMIDOR INADIMPLENTE		85
3.1	LIMITES DECORRENTES DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA.....	86
3.1.1	Disciplina Jurídica da Cobrança de Dívidas pelo CDC	87
3.1.2	Cautelas Devidas pelo Fornecedor com a Exposição do Consumidor	90
 PARTE 3 - A INTERVENÇÃO ESTATAL NA TUTELA DA PRIVACIDADE E DA HONRA DO CONSUMIDOR		
CAPÍTULO 1 - A ATUAÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO PRIVADA DE CONSUMO		98
1.1	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O SURGIMENTO E DERROCADA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIALTOS FUNDAMENTAIS.....	98
1.2	VINCULAÇÃO DO ESTADO E ENTES PRIVADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	103
1.3	O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-GARANTE EM RELAÇÃO ÀS TUTELAS PREVISTAS NO CDC.....	107
1.4	A REPERCUSSÃO DO ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-GARANTE EM RELAÇÃO ÀS TUTELAS PREVISTAS NO CDC.....	118
1.5	O COMPROMETIMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS DE PRIVACIDADE E HONRA DO CONSUMIDOR COMO CONSEQÜÊNCIA DA DEBILIDADE ESTATAL	122
CAPÍTULO 2 - AS PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA.....		125
2.1	A OTIMIZAÇÃO DA TUTELA DA PRIVACIDADE E DA HONRA COM OS MEIOS JÁ EXISTENTES.....	125

2.1.1	A Atuação do Ministério Público	126
2.1.2	A Atuação das Associações.....	134
2.2	A ADOÇÃO DE NOVOS MECANISMOS	134
2.2.1	Propostas de <i>Lege Ferenda</i> e o Projeto de lei n. 5870/2005.....	145
2.2.2	A Tomada de Consciência e a Conseqüente Reformulação da Cultura de Consumo	143
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
	REFERÊNCIAS	159

RESUMO

A violação da privacidade e honra do consumidor a partir dos bancos de dados de proteção ao crédito e da cobrança vexatória, é potencializada pelo enfraquecimento do Estado na manutenção dessas garantias. A crise do Estado é uma das características da pós-modernidade que se explica pelo fim das barreiras territoriais e, principalmente, pela migração do poder econômico do Estado para as corporações transnacionais. Com isso, dá-se também a derrocada de seu poder político. Nesses termos, o Estado não contém a violação da privacidade e da honra perpetrada pelo uso sem controle das informações contidas nos bancos de dados. Pelas mesmas razões, não consegue limitar a cobrança vexatória. Como perspectiva de efetividade da privacidade e honra do consumidor, é necessária a otimização dos meios coletivos de tutela já existentes. Reforçando-os, é imperiosa a produção legislativa de mecanismos reguladores, centrados, sobretudo, na atuação de bancos de dados de proteção ao crédito e a reformulação da cultura do consumo.

ABSTRACT

The violation of the consumer's privacy and honor from the data bank of credit protection and the disgrace charging is potencialized by the State weakness in maintenance of these guarantees. The State crisis is one of the post-modernity characteristics that is explained by the end of the territorial bounders and mainly by the State economic power's migration to the transnational corporations. Whit this there is either the weaken of its political power. That is, the State doesn't have the privacy and honor's violation realized by the use of this data bank information without control. By the same reasons it can't limit the disgrace charging. As a perspective of the consumer's privacy and honor effectiveness it's necessary the optimization of the already existing protection collective ways. Reinforcing them, it's very important the legislative production of the regulated mechanisms centered, mainly, in the credit protection data bank actuation.

INTRODUÇÃO

O modelo econômico neoliberal e o intenso processo de globalização contribuíram para o enfraquecimento do poder estatal, acarretando a minimização dos direitos sociais.

Em contrapartida, nas relações privadas os elos patrimonialistas são rompidos a partir de uma direta influência publicista. A incapacidade do Estado na garantia dos direitos sociais mais básicos é compensada com ações afirmativas de garantias individuais. Estas passam a ser direcionadas às minorias segregadas ou inferiorizadas socialmente, como forma de reaver as perdas sociais que lhes foram impingidas.

No Direito Privado, o viés publicista influenciou a reformulação dos princípios contratuais e da propriedade privada, bem como fortaleceu o desenvolvimento dos direitos de personalidade. Tudo em consonância com os direitos fundamentais e com o princípio da dignidade da pessoa que, a partir do mandamento constitucional, passaram a influenciar todo o ordenamento jurídico.

A relativização do paradigma patrimonialista fez com que a tutela da pessoa humana e da sua dignidade constituíssem a força ativa e determinante do Direito Civil. Tal premissa foi confirmada com o Código Civil de 2002, revelando a influência estatal nas relações privadas, a garantir autonomia e liberdades individuais, mesmo no campo privado.

No rol de mudanças proporcionadas pelo Código Civil, importante destacar a atenção destinada aos direitos de personalidade. Por meio de descrição tipificada, foram estabelecidos nos arts. 11 a 21 do diploma civil. Houve explícita afirmação das garantias individuais a serem efetivadas pelo Estado.

Anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já havia surgido como exemplo dessa política de afirmação das garantias individuais. Pela intervenção do Estado nas relações econômicas de consumo, confirma-se a ordem dos arts. 5.º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal, que estabelece

respectivamente, os direitos do consumidor como fundamentais e como princípio reitor da ordem econômica.

A proteção destinada ao consumidor pelo CDC abrange tanto a esfera de interesses patrimoniais (o produto ou o serviço) quanto os direitos extrapatrimoniais. Em relação a esses últimos, a tutela se consigna por meio dos direitos de personalidade descritos pelo Código Civil e pela Constituição Federal por meio dos direitos fundamentais.

Contudo, a exemplo das práticas comerciais que têm patrocinado a reiterada violação da honra e privacidade do consumidor, pelo uso indevido dos bancos de dados de proteção ao crédito e pelo exercício da cobrança vexatória, verifica-se outra realidade. Consta-se que a afirmação de direitos fundamentais individuais opera-se, muitas vezes, somente no plano discursivo, não encontrando ressonância na realidade prática.

No caso da privacidade e da honra do consumidor, a violação se dá inclusive em prol do interesse econômico dos fornecedores, como será visto.

A investigação desta realidade é o objetivo da presente pesquisa. Sua intenção é ressaltar a proteção de direitos de personalidade, com recorte na privacidade e na honra, dentro da relação de consumo. Pretende-se evidenciar o cenário atual de violação destes direitos e a busca de solução para a sua efetividade.

O trabalho é estruturado em três partes. Na primeira, será exposta a configuração da relação jurídica de consumo. Por meio de recuo histórico, serão evidenciados os motivos que impulsionaram a criação de uma política de proteção e defesa do consumidor nos países capitalistas. Em seguida, serão traçados os conceitos de consumidor e fornecedor como sujeitos dessa relação jurídica, bem como será ressaltada a influência da pós-modernidade no contrato do consumo.

A identificação do sujeito consumidor é manifesta na relação jurídica de consumo. Contudo, a sua inserção nessa relação não o desvincula da idéia de pessoa, com direitos e garantias assegurados pelo ordenamento jurídico.

Na segunda parte, serão desenhados os bens jurídicos privacidade e honra e sua verificação no campo da relação de consumo, observando-se a tutela jurídica do CDC em relação a tais direitos, as condutas ofensivas por parte do fornecedor e a necessidade de cautelas específicas para a sua proteção.

A análise dos direitos privacidade e da honra se dará com o transporte dessas garantias constitucionais destinadas à pessoa humana, para o campo específico da relação de consumo, como forma de concreção desses direitos também em relação ao sujeito consumidor.

A dificuldade da afirmação desses direitos no campo do consumo partirá da demonstração das violações que sofrem a partir de dois fenômenos frequentes que marcam a relação de consumo: os bancos de dados de proteção e uso indevido da cobrança vexatória. Os limites impostos a ambos pelo CDC serão explorados. Mais além, pretende-se demonstrar que tais limites são insuficientes para a tutela dos direitos de personalidade em foco.

Na terceira parte, será evidenciada a intervenção do Estado nas relações privadas de consumo. Será proposta ainda, a idéia de enfraquecimento do Estado na garantia dos interesses individuais do consumidor, frente ao interesse e poder econômico do fornecedor.

Por fim, perspectivas de efetividade concreta da honra e privacidade do consumidor nas relações de consumo serão propostas. Primeiro, a partir dos meios de proteção já existentes e sua necessária otimização com o fim de frear a atuação das empresas de bancos de dados de proteção ao crédito e dos fornecedores que se utilizam da cobrança vexatória, impondo-lhes limites e sanções severas em caso de ofensas ao consumidor. Segundo, por meio de proposta de novos mecanismos de tutela a partir da necessária reformulação da cultura do consumo.

PARTE 1
RELAÇÃO DE CONSUMO

CAPÍTULO 1

QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A TUTELA DO CONSUMIDOR

A relação jurídica de consumo, por muito tempo estudada no âmbito econômico e comercial, ganha *status* jurídico e surge como fundamental ramo do direito, merecendo tutela própria e específica.

Inicialmente, é necessário esclarecer como se deu o surgimento de um direito do consumidor, estabelecendo uma trajetória histórica até o modelo atual das relações de consumo.

A análise da tutela do consumidor envolve vários aspectos de acordo com o ponto de enfoque principal que se optar. A expressão *tutela do consumidor* abrange uma série de instrumentos predispostos ou projetáveis para a vantagem de um sujeito que consome.¹

Assim, a investigação histórica desse tipo de relação atravessa diversos modelos econômicos, sociais e até filosóficos. Esta investigação busca evidenciar a evolução da concepção do consumidor e o conseqüente surgimento de direitos inerentes a essa nova condição de sujeito de direito, e que foram sendo agregados e ao mesmo tempo violados enquanto se desenvolvia o modelo de tutela específica a ele direcionada.

1.1 VISÃO HISTÓRICA

A acumulação de riquezas, o desenvolvimento efetivo da sociedade capitalista com a criação do mercado de bens de consumo constituem fontes importantes para o desenvolvimento das primeiras formas de regularização das relações consumidor-fornecedor.

¹PERIN JUNIOR, Elcio. **A globalização e o direito do consumidor**: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri: Manole, 2003. p.2.

O desenvolvimento capitalista, impulsionado pela Revolução Comercial dos séculos XVI e XVII, estava ligado à circulação de mercadorias. Na segunda metade do século XVIII, iniciou-se na Inglaterra o desenvolvimento da mecanização industrial. Com isso, a acumulação de capital foi direcionada ao setor de produção, originando o processo caracterizado pela Revolução Industrial.

O poder e a velocidade da era industrial a tudo transformava: a estrada de ferro, arrastando a sua enorme serpente emplumada de fumaça à velocidade do vento, através de países e continentes, com suas obras de engenharia, estações e pontes formando um conjunto de construções que fazia as pirâmides do Egito e os aquedutos romanos e até mesmo a grande muralha da China empalidecerem de provincialismo, era o próprio símbolo do triunfo do homem pela tecnologia.²

Tendo a Revolução Industrial estabelecido a definitiva supremacia burguesa na ordem econômica, propiciou ao mesmo tempo o aceleração do êxodo rural, o crescimento urbano, a formação de classes e o conseqüente desenvolvimento do consumo.

Porém, organização efetiva das relações de consumo, por meio de política legislativa própria, surgiu muito tempo depois nos Estados Unidos da América.

1.1.1 O Consumerismo³ nos Estados Unidos

O desenvolvimento do capitalismo e a conseqüente importância dada ao consumo fizeram emergir nos Estados Unidos da América a primeira idéia de movimento consumerista.

²HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p.61.

³O termo “consumerismo” é aqui utilizado em seu sentido amplo, segundo a concepção de Ronaldo Porto Macedo Júnior, sendo “*utilizado para descrever todos os movimentos e esforços historicamente realizados no campo do direito, política, administração etc. em defesa de todas as questões de alguma forma abrangidas pelo direito do consumidor*” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.262).

O passo inicial para o desenvolvimento de uma tutela do consumidor ocorreu no início do século passado. Na obra “The jungle”, o autor Upton Sinclair denunciou o aumento abusivo de preços, problemas éticos com medicamentos e condições da indústria de carne. A partir daí, o Congresso foi pressionado a regulamentar em 1906 a inspeção de carnes e medicamentos, editando o *Meat Inspection Act* e o *Pure Food and Drug*⁴ e criando em 1914 a FTC – *Federal Trade Commission*.

Segundo Guido Alpa, durante o século XX os Estados Unidos sofreram grandes impactos provenientes dos movimentos de consumidores, muitos deles passageiros, o que não parece ser a característica principal desses movimentos que atualmente fundam-se numa estabilidade que parece ser definitiva, diante do presente consumerismo exacerbado nos países capitalistas.⁵

A criação dos mercados de massa, após a Segunda Guerra Mundial, gera uma extraordinária expansão do consumo.

Especialmente nesse período viu-se desenvolver da maneira bastante generalizada entre as economias capitalistas mundiais a 'sociedade de consumo' (*mass consumption society*) nos padrões pioneiramente estabelecidos nos Estados Unidos, tendo sido rapidamente acompanhada pelas demais sociedades capitalistas avançadas, e é nesse ambiente que se desenvolverá o direito do consumidor.⁶

Em 15 de março de 1962, o presidente John F. Kennedy, enviou ao Congresso Nacional uma ordem especial a respeito da proteção dos interesses dos

⁴ZÜLSKE, Maria Lúcia. **Abrindo a empresa para o consumidor**: a importância de um canal de atendimento. São Paulo: Qualitywork, 1991. p.16.

⁵ALPA, Guido. **Diritto privato dei consumi**. Bolonha: Società editrice il Molino, 1986. p.26 e segs.

⁶PERIN JUNIOR, op. cit., p.9.

consumidores e inseriu quatro direitos fundamentais do consumidor: direito à segurança, direito à informação⁷, direito à escolha e direito a ser ouvido.

Os direitos estabelecidos por Kennedy exerceram grande influência nos rumos da política de defesa do consumidor nos Estados Unidos e posteriormente na totalidade do mundo capitalista. Como enfatiza Mário Sérgio Duarte Garcia:

Na historiografia do direito do consumidor, lembra-se que foi o Presidente Kennedy quem sensibilizou o mundo com a necessidade de promover-se sua efetiva proteção. Em sua campanha presidencial já dera ênfase a essa preocupação, abordando o tema inúmeras vezes. Escolheu-o, logo após eleito e empossado, em sua primeira mensagem ao congresso norte-americano, quanto apontou os princípios básicos da defesa ao consumidor: os bens e serviços colocados no mercado, devem ser sadios e seguros para o seu uso; promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de retomada de decisão governamental que determina tipo, a qualidade e o preço dos bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições de bens e serviços e ainda o direito de preços justos⁸.

Sobre o surgimento da política de defesa do consumidor e sua recente introdução no direito, Fábio Konder Comparato expõe que:

É obvio que o surgimento dessa nova política governamental, dando nascimento a um conjunto sistemático de normas jurídicas, nada mais é do que a manifestação do que as regiões industrializadas do planeta haviam atingido, desde o início dos anos sessenta, desse século, uma nova etapa na evolução econômica. Até então, a preocupação maior dos economistas – os sacerdotes dessa "triste ciência", como disse Ricardo foi, sem dúvida, a de desenvolver as carências, que afetavam, em maior grau, todas as regiões do mundo. A se ingressar, porém, pela primeira vez na história da humanidade, na era da opulência, foi possível mudar o objeto central das preocupações político-econômicas: não mais a falta de produção e, sim, a qualidade dos produtos ou mercadorias distribuídos no mercado. O consumidor, de elemento passivo e secundário na cena econômica, assumia um papel ativo

⁷A violação do direito à informação, inicialmente mencionado por Kennedy, é responsável hoje por grande parte dos conflitos de consumo, em razão da omissão das informações inerentes à relação, sejam elas relativas ao produto ou serviço, ou relativas ao próprio consumidor, como é o caso dos bancos de dados.

⁸GARCIA, Mário Sérgio Duarte. Direito do consumidor. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). **O direito na década de 1990**: novos aspectos: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.22-23.

e relevante, no campo político, ele deixava de ser tutelado, para se tornar uma força eleitoral com a qual era doravante preciso contar.⁹

A necessidade de proteção do consumidor evidenciou-se também diante do acontecimento, ainda nos anos 1960, conhecido como a tragédia da talidomida. Tal fato evidenciou os riscos provenientes das novas tecnologias utilizadas em função da nova realidade do mercado.

Como referencial na defesa dos interesses do consumidor, destaca-se, ainda, a atuação do advogado Ralph Nader, que denunciou a falta de segurança em automóveis, e é marco histórico importante porque demonstra a guerra declarada entre as empresas e os consumidores, por meio das associações.¹⁰

Denota-se que os movimentos de consumidores contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento do atual direito do consumidor, demonstrando a que a proteção transindividual do sujeito revela-se como fundamental na atual economia de mercado.

1.1.2 O consumerismo na Europa

O movimento dos consumidores se espalhou também nos países europeus.

Na realidade, as cortes europeias foram o primeiro grupo da sociedade moderna a consumir sem restrições. Influenciadas pela concorrência que surgia entre nobres, por meio do consumo, buscavam prestígio, poder e sobretudo manter-se na corte, já que o *status* não era proporcionado pela riqueza mas sim pelo fato de integrar a corte¹¹.

⁹COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.80, p.66-67, out./dez. 1990.

¹⁰ZÜLSKE, op. cit., p.16.

¹¹TASCHNER, Gisela. Raízes da cultura do consumo. **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n.32, p.29/36, dez./fev. 1996/1997.

A visão moderna de consumo voltada para a tutela dos consumidores é inicialmente desenvolvida pelos países nórdicos.

Destaca-se, ainda, a preocupação dos países escandinavos, que já possuíam normas protetivas do consumidor, bem mais amplas e avançadas em comparação com as diretivas da Comunidade Européia¹².

O fortalecimento do movimento consumerista europeu tem como marco a criação, em 1957, da "Consumers Association" da Inglaterra, desenvolvimento a partir de forte influência dos Estados Unidos.

Em 1971 a Suécia tornou-se precursora ao criar o *Ombudsman* (órgão informal dedicado a apreciar os pedidos de tutela dos interesses difusos) e o *Juizado de consumo*, sendo seguida pela Noruega (1972), Dinamarca (1974) e Finlândia (1978).¹³

Atualmente, a Comunidade Européia consolidou a defesa dos interesses do consumidor e são numerosas as intervenções dos órgãos comunitários no que se refere à tutela do consumidor.

1.1.3 O consumerismo no Brasil

As diretrizes européias de proteção ao consumidor, influenciaram de forma notável o desenvolvimento da política nacional de defesa do consumidor.

Contudo, a tutela do consumidor por meio de uma política organizada de leis e regulamentações é bastante recente, sobretudo se for considerado como marco principal da evolução jurídica a elevação do direito do consumidor à garantia constitucional na Carta Magna de 1988¹⁴.

¹² PERIN JUNIOR, Elcio. **A globalização e o direito do consumidor...**, p.11.

¹³PERIN JUNIOR, op. cit., p.12.

¹⁴Art. 5.º, XXXII e art. 170, V CF

A necessidade de tutelar a complexa relação de consumo, já bastante articulada nos países capitalistas desenvolvidos, aparece timidamente em algumas regulamentações esparsas no nosso ordenamento jurídico.

A primeira menção à tutela do consumidor surge nas Ordenações Filipinas, em vigor até 1830, nas quais, entre outras disposições, estabelecia-se que *"se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assim como cêra, ou outra qualquer, se a falsidade, que nela fizer, valer hum marco de prata, morra por isso."*

O Código Comercial de 1850 lembrava a problemática dos vícios redibitórios em seu art. 210, dispondo que:

O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos na coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria do uso a era destinada, ou que tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou não o compraria, ou teria dado por ela muito menos preço.

Nos anos subseqüentes, o que se viu foi um desenvolvimento de leis federais, normas, decretos e portarias que objetivavam a regulação das relações de consumo, sem, contudo, efetivar a coibição de abusos. Tem relevância a Lei de Economia Popular n.º 1.521/1951, que modificou a legislação vigente sobre os crimes contra a economia popular.

Maria Lúcia Zülzke lembra que um dos marcos do desenvolvimento dos direitos do consumidor foram os movimentos populares relacionados à carestia; entre eles, ressalta o primeiro boicote à carne ocorrido em 1979, que, tendo iniciado em Piracicaba-SP pelo movimento das donas de casa, expandiu-se para todo o país e teve como resultado a redução de 20% no preço da carne na época.¹⁵

O Decreto n.º 70.951 de 1972 que regulamentava o sistema de consórcios e a poupança popular e a Lei n.º 6.463/1977 que estabeleceu a obrigatoriedade da declaração do preço total nas vendas a prazo, além de constar no contrato e na

¹⁵ZÜLSKE, op. cit., p.22.

publicidade escrita e falada, o número e o valor das prestações mensais, constituem marcos legislativos que já naquela época voltavam-se à proteção do consumidor.

A sociedade civil também se organiza e em 1974 surge no Rio de Janeiro o Conselho de Defesa do Consumidor (Codecon) e em 1976 são criadas a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC) em Curitiba e a Associação de proteção ao Consumidor (APC) em Porto Alegre.¹⁶

Em 1978, na cidade de São Paulo é criado o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, o Procon.

Na década de 1980 seguiu-se a criação de vários diplomas dando conta da proteção do consumidor, ganhando destaque a Lei n.º 7.347/1985, que regulou a ação civil pública, cujo objetivo é proteger os interesses difusos, coletivos e individuais dos consumidores; o Decreto n.º 94.508 de 1987, que criou o Departamento Nacional de Proteção do Consumidor, entre outros.

Contudo, apesar das várias legislações prevendo a proteção do consumidor, o avanço tecnológico e as novas formas de contratação exigiam uma regulamentação mais abrangente e efetiva dos direitos do consumidor e da relação de consumo como um todo, sobretudo quanto à responsabilidade civil do fornecedor já que, na defesa dos seus direitos, ao consumidor cabia a prova do dano e do nexo de causalidade, o que freqüentemente impedia o êxito de suas demandas.

Ao comentar esse novo cenário de alterações no processo de produção e distribuição dos produtos e serviços, Sergio Cavalieri Filho assevera que:

[...] esse novo mecanismo de distribuição fez surgir novos instrumentos jurídicos – os contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, cujas cláusulas gerais, sabemos todos, são preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor sem qualquer participação do consumidor. Rapidamente, como dissemos, o direito material tradicional ficou ultrapassado; envelheceu aquele direito concebido à luz dos princípios romanistas, tais como a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, o *pacta sunt servanda* e a própria responsabilidade fundada na culpa. Os remédios contratuais clássicos também se

¹⁶PERIN JÚNIOR, op. cit., p.14

revelaram ineficazes para dar proteção efetiva ao consumidor em face das novas cláusulas engendradas para os contratos de massa.¹⁷

Somente em 1985 é criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor com a incumbência de realizar uma política nacional de defesa do consumidor.

Recepcionando a nova realidade econômica do país que carecia de uma nova forma de tutela do consumidor, a Constituição de 1988 trouxe entre os direitos fundamentais a defesa do consumidor, igualmente garantida como princípio da atividade econômica do país.

Por conseguinte, a defesa do consumidor é princípio constitucional, inserido no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica. O termo princípio é aqui utilizado no sentido de norma-fonte informadora do sistema, ou seja, no sentido de que em toda a atividade econômica deve ser promovida a defesa do consumidor, seja pelo particular espontaneamente, seja pela atuação estatal.¹⁸

Além dessas disposições, o Constituinte cuidou ainda de, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinar que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

A par das disposições diretamente vinculadas à proteção do consumidor, a sua tutela se insere na dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, razão pela qual toda e qualquer relação de consumo deve respeitar tal princípio, quer nas questões relativas à saúde e segurança, quer na proteção dos interesses econômicos, quer na transparência e harmonia das relações etc.¹⁹

É nesse sentido que com acuidade Ronaldo Alves de Andrade expõe:

¹⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.35, p.98, jul./set. 2000.

¹⁸ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Barueri: Manole, 2006. p.11.

¹⁹Em conformidade com o art. 4.º, *caput*, do CDC que dispõe: “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 [...]”

O tratamento dado pela Constituição Federal ao direito do consumidor, primeiro como direito fundamental no art. 5.º, XXXII, depois no art. 48 das Disposições Transitórias determinando a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, passando pelo art. 150, § 5.º, que preconiza: "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços", e, por fim, o art. 179, V, dispondo que a defesa do consumidor é princípio da atividade econômica, não deixa dúvida de que a defesa dos direitos do consumidor integra a dignidade humana, uma vez que o ser humano, na modernidade, é um ser que depende do ato de consumir para viver, pois não mais produz tudo o que necessita para viver.²⁰

Em 11 de setembro de 1990 surge a Lei n.º 8.078 o Código de Defesa do Consumidor com a função prima de compensar os abusos e limites sofridos e impostos ao consumidor, bem como para trazer a regulamentação das novas formas de negócios jurídicos presentes nas relações de consumo.

Nesse ponto Waldírio Bulgarelli assevera que:

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) vem coroar uma aspiração de mais de uma década da sociedade brasileira. Dos inúmeros anteprojetos e projetos apresentados durante todo esse tempo, o que veio ser finalmente aprovado – e que foi discutido à exaustão pelas classes interessadas – certamente se apresenta como uma visão precisa dos grandes problemas decorrentes das relações de consumo, apresentado um lavio de modernidade significativa para a confirmação do qual bastaria tão-só um exemplo: o da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. Sem dúvida que não se esgota o Código nessa colocação, trazendo toda uma série de inovações que foram conquistadas, por que não dizer, as duras penas em outros ornamentos jurídicos como os dos países anglo-saxões e da Europa continental. [...] A constância e a intensidade dos abusos verificados na produção-venda dos produtos de uso e costumes de massa, com a incrível série de danos verificados que inclusive ultrapassam a esfera individual, [...] fez surgir aos olhos de todos uma nova categoria de sujeito identificado não mais pelo aspecto de sua nacionalidade, da profissão, da condição social, de pai de família ou chefe de empresa, de civil ou militar, assalariado ou investigador, mas como sendo aquele que consome, portanto consumidor. Razão pela qual já se chegou a ser

²⁰ANDRADE, op. cit., p.6.

comparado ao aparecimento do proletariado, como um desamparo no campo econômico do consumo.²¹

O conjunto de normas trazidas pela Lei n.º 8.078/1990 destaca-se pela sua característica de norma cogente, de ordem pública e interesse social, com o fito de viabilizar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este imponha seus interesses para auferir vantagens. O CDC sobrepõe-se à vontade das partes para impulsionar a defesa do consumidor, sem que as partes possam derogar as disposições cogentes nele inseridas.²²

O Código de Defesa do Consumidor visa à proteção de uma categoria de indivíduos, vulneráveis diante das práticas abusivas do livre comércio, e intervém de modo imperativo nas relações jurídicas de direito privado, antes absolutamente sujeitas ao dogma da autonomia privada²³.

Na lição de Cláudia Lima Marques:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito "diferente" da

²¹BULGARELLI, Waldírio. Direito do consumidor. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). **O direito na década de 1990**: novos aspectos: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.35.

²²EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003. p.29.

²³AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.362. O autor, ao comentar sobre os limites da autonomia privada, assevera que: "Como princípio fundamental da ordem jurídica, teve maior importância nas épocas de mais acentuado individualismo, mas, com as tendências sociais em matéria de contrato, a proliferação das leis especiais e as crescentes restrições à liberdade contratual, assiste-se à redução de seu campo, embora permanecendo como princípio fundamental do direito privado, aplicável nos setores em que o direito estatal permite, basicamente, o direito das obrigações. O problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites que se estabelecem, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou a substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre o abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e socialidade. Um bom exemplo das limitações da autonomia é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) nos dispositivos referentes à responsabilidade civil (cap. IV) às práticas comerciais (cap. V), à proteção contratual (cap. VI, seções I e II)."

sociedade de consumo: o consumidor. É *Código* (todo construído sistemático) de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor*!²⁴

Além disso, a Lei n.º 8.078/1990 inicia um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro, já que constitui um Código por determinação constitucional, evidenciando a estreita ligação com a Carta Magna, e assume a característica de lei principiológica, até então inexistente no sistema brasileiro.²⁵

Por ser lei principiológica²⁶ e comportar um subsistema no ordenamento jurídico, prevalece sobre as demais normas (salvo a Constituição Federal), aplicando-se às demais leis de maneira supletiva e complementar.

Assim, por constituir um subsistema, é formado por leis de tutela do direito material de ordem civil e penal, processual civil e penal, e, ainda, normas de direito administrativo, com o fito de regular todos os aspectos jurídicos das relações de consumo, vedando a aplicação de qualquer outra norma que lhe for contrária, seja tal norma anterior ou posterior.²⁷

Como ensina Cláudia Lima Marques, que atribui ao CDC a denominação de lei de função social, tais leis se caracterizam por impor novas noções de valor que devem orientar a sociedade. A consequência é o conflito entre as leis de função social e as normas e os dogmas da legislação anterior, que não podem ser evitados pelo

²⁴MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.35, p.76, 2000.

²⁵NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.65.

²⁶"Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos, assim, um corte horizontal, indo no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional." (NUNES, op. cit., p.66).

²⁷ANDRADE, op. cit., p.13-14.

aplicador e nem desconhecidos pelo agente econômico, que tem sua atividade agora regulada por nova lei com o objetivo de, justamente, alterar a realidade social.²⁸

São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação.²⁹

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, como evolução máxima da tutela consumerista no Brasil, representa uma organização centralizadora de normas que, mesmo não reivindicando a exclusividade dos direitos concedidos ao consumidor, constitui a fonte que vai influenciar todos os demais ramos do direito, com o fito de regular as relações de consumo e equilibrar a economia de mercado.

Conforme ressalva de Ronaldo Porto Macedo Júnior, o direito do consumidor não nasce, pois, no Brasil com fundamento na "distribuição de riquezas e interesses welfaristas" que embasou as normas trabalhistas³⁰, e, por isso, os interesses na defesa do consumidor ajustaram aos anseios do Executivo e do Legislativo. Além disso, em razão da ausência de articulação, não houve oposição organizada e ostensiva por parte do setor empresarial. Para as multinacionais, sediadas em países cuja proteção do consumidor já era bastante desenvolvida, é plausível que tenham festejado a nova legislação brasileira, restritiva ao mercado brasileiro e que afetaram direta e imediatamente as empresas nacionais. Estas últimas, principalmente as de pequeno e

²⁸MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. São Paulo: RT, 2004. p.506.

²⁹MARQUES, **Contratos no código...**, p.506.

³⁰Ricardo Tadeu Marques da Fonseca enfatiza que: "Enquanto os detratores do Direito do Trabalho pugnam pela contratualidade liberal, com a substituição da lei pela autonomia privada coletiva, a classe dominante autoriza e estimula o direito do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro exsurge justamente no contexto de precarização trabalhista dos anos 1990". (MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. A dignidade da pessoa: um valor fora do comércio e insito ao trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.40, p.123-136, 2004).

médio porte, tiveram maior dificuldade (maior ônus e custos) de adaptar-se à nova ordem jurídica do mercado de consumo.³¹

1.2 NOÇÕES CONCEITUAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei n.º 8.078/90 surge diante da necessidade ostensiva de tutela de um novo sujeito de direito, o consumidor. O CDC inicia sua regulamentação, expondo, de início, o sujeito a quem se destina seu conjunto de regras, de modo a abarcar todos os agentes que de forma direta ou indireta participam da relação de consumo, e conseqüentemente necessitam de tutela.

Ainda, com notável atenção, cuidou o legislador em explicitar o outro lado da relação jurídica de consumo, o fornecedor. Utilizando-se de minuciosa descrição, o CDC elenca as pessoas que serão consideradas fornecedores, e cujas relações jurídicas deverão se enquadrar ao novo modelo contratual, que prima pela igualdade.

Antes de adentrar no ponto fundamental da pesquisa, faz-se mister conceituar os sujeitos da relação jurídica de consumo, uma vez que o tema principal a eles se direciona.

1.2.1 Consumidor

Ultrapassando a semântica da palavra consumidor, que o descreve simplesmente como "aquele que consome" ou que "compra para gastar em uso próprio", o CDC vai muito além. Reconhece um novo sujeito de direito, com características, necessidades e expectativas próprias de sua época, englobando aspectos sociais e econômicos numa só descrição.

Segundo Cláudia Lima Marques:

O novo do Código de Defesa do Consumidor é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e

³¹MACEDO JUNIOR, **Contratos...**, p.277.

princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos. A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis pode ter conotações pós-modernas fortes. No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado para o consumidor (art. 5.º, XXXII, da CF/88). O consumidor foi identificado constitucionalmente (art. 28 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.³²

A descrição legal de consumidor vem, inicialmente, esculpida no art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Apesar do esforço legislativo na definição do consumidor, de plano, muitas são as discussões que circundam o *caput* do art. 2.º, em razão da expressão *destinatário final*. Isso porque, em que pese a intenção de maior abrangência do conceito intentada pelo legislador, este não teria alcançado o seu fim.

É nesse sentido a exposição de Ronaldo Alves de Andrade:

Tendo em vista que a atividade interpretativa desenvolve-se por meio da linguagem, admitindo, portanto, o uso da retórica, muita vez a imprecisão do conceito de *destinatário final* pode resultar em uma interpretação prejudicial ao consumidor, que, em muitos casos, não é assim considerado, embora de fato tenha tal qualidade. Para ilustrar a hipótese versada, figure-se o caso de uma pequena empresa familiar fabricante de sorvete que adquire *palm tops* de uma grande empresa multinacional para uso de seus vendedores. Nessa relação, a pequena empresa é ou não consumidora?³³

Diante da dúvida na interpretação do referido artigo, duas correntes se posicionam de modo a restringir ou elastecer a expressão. A análise de ambas redundará na conclusão de que a utilização da expressão dependerá da situação fática, em particular, proposta ao intérprete da norma.

³²MARQUES, Direitos básicos..., p.67.

³³ANDRADE, op. cit., p.17.

Na lição de Cláudia Lima Marques, para a corrente finalista é necessário delimitar claramente quem merece ou não a proteção do CDC, e, para tanto, *destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem*. Não basta retirar o produto da cadeia de produção, necessitando ser também o destinatário econômico, ou seja, não retirá-lo do ciclo de produção para revenda. Essa corrente exige para o enquadramento do sujeito como consumidor de uma conotação não profissional, já que o fim do CDC é tutelar os entes vulneráveis.³⁴

De outro lado, a mesma autora descreve a corrente maximalista como aquela que enxerga no CDC *o novo regulamento do mercado de consumo* e não somente dirigido ao consumidor não-profissional, instituindo *normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores*. A definição aqui seria a mais extensa possível para que as normas do CDC se espriam para um número maior de relações de consumo.³⁵

A conclusão de Cláudia Lima Marques é no sentido de que efetivamente a interpretação da expressão *destinatário final* deve ser restritiva:

Eis porque considero que a definição de consumidor do art. 2.º do CDC deve ser interpretada "restritivamente" dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, I, Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então que se interprete a expressão "*destinatário final*" do art. 2.º, de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.³⁶

No mesmo sentido, James Marins:

[...] o conceito geral de consumidor, estabelecido neste art. 2.º, refere-se explicitamente à aquisição ou utilização em caráter final, ou, *in verbis*, consumidor

³⁴MARQUES, **Contratos no código...**, p.253-254.

³⁵MARQUES, **Contratos no código...**, p.254-255..

³⁶MARQUES, **Contratos no código...**, p.311.

é aquele que "adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", não contemplando como consumidores, genericamente, aqueles que adquirem o produto ou serviço em fase intermediária, como revendedores, ou seja, aqueles que adquirem e revendem o mesmo produto, ou apenas adquirem o produto para transformá-lo ou mesmo implementá-lo em outro.³⁷

Resta evidenciado que a interpretação a ser feita pelo intérprete do art. 2.º e da expressão destinatário final, deve seguir o princípio fundamental do CDC, qual seja, o da vulnerabilidade do consumidor. É a partir de tal princípio que se alcançará o real objetivo do legislador: a proteção do sujeito vulnerável e desigual na relação contratual de consumo seja ele pessoa física ou pessoa jurídica.³⁸

Cuidou ainda o legislador em estender a consideração do sujeito como consumidor, estabelecendo no art. 17 que as vítimas do evento oriundo do fato do produto ou serviço são equiparadas a consumidor.

Trata-se de uma nova concepção da tutela do consumidor, com evidente objetivo de estender a proteção inicialmente restrita aos destinatários finais, nos casos de propagação dos danos. Aqui, desconsidera-se o fato de ter o consumidor adquirido ou não o produto como destinatário final no ciclo de produção, ignorando-se, inclusive, sua participação na relação de consumo, denominando-o consumidor *stricto sensu* ou *bystander*³⁹.

³⁷ARRUDA ALVIM, Eduardo et al. **Código do consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.30.

³⁸Considerando que o objeto do presente trabalho é a privacidade e honra do consumidor vítima dos bancos de dados e de cobranças vexatórias, a análise será direcionada e limitada aos consumidores pessoas físicas, sem se olvidar que, em se caracterizando como pessoa jurídica, o consumidor também poderá sofrer danos à sua personalidade, à luz do art. 52 do Código Civil e da Súmula 227 do STJ.

³⁹Zelmo Denari ressalta as considerações de Parra Lucan em relação à figura do *bystander*: "Trata-se de impor, de alguma forma, ao fornecedor a obrigação de fabricar produtos seguros, que satisfaçam os requisitos de segurança a que tem direito o grande público. Toda a regulamentação da responsabilidade pelo fato do produto, no âmbito do CEE, passa pelo conceito de segurança que todos têm direito. Neste sentido, desenvolveu-se a jurisprudência norte-americana em relação ao *bystander*. Tradicionalmente, diante das regras da *negligence theory*, o *bystander* (por exemplo, o pedestre atropelado pelo automóvel) podia obter uma indenização do fabricante, distribuidor ou vendedor pelos danos atribuídos à sua negligência, sempre que a vítima puder ser incluída no grupo

Na expressão de Antonio Carlos Efig:

Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando à perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou econômica.⁴⁰

Na mesma toada, Marcelo Junqueira Calixto ensina que:

Assim, por força do disposto no art. 17 não se exige mais o elemento teleológico (destinação final) para que a vítima ajuíze a ação de reparação de danos, sendo exigidos, unicamente, os pressupostos para a responsabilização civil, ou seja, o defeito, o dano e o nexó de causalidade entre aquele e este. Deste modo, mesmo o intermediário de uma relação de consumo, como, por exemplo, o comerciante que vem a ser intoxicado pela estocagem de um defensivo agrícola, quanto terceiros (*bystanders*) completamente estranhos à relação de consumo – pense-se em um pedestre vítima de um acidente automobilístico – podem acionar diretamente o fornecedor do produto quando demonstrarem que o dano sofrido advém de um defeito no mesmo.⁴¹

Finalmente, seguindo a esteira da ampliação do conceito de consumidor, o art. 29 considera como tal *todas as pessoas determináveis ou não*, expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V do CDC.

Nesse ponto, o objetivo é a proteção do consumidor na fase pré-contratual, já que o capítulo V trata da oferta e da publicidade, justamente no momento em que ainda não houve a efetivação do contrato, estando o consumidor, de qualquer forma, exposto às práticas abusivas rechaçadas pelo CDC.

Tal perspectiva de proteção é inovadora e segue a tendência atual de tutela na prevenção de danos e atuação jurídica do Estado na situação de risco, já inserida no Código de Processo Civil (tutela inibitória), no Código Civil de 2002 (responsabilidade objetiva – art. 927, § único) e no próprio CDC no art. 6.º, inc. VI.

de pessoas susceptíveis de danos.” (DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.179).

⁴⁰EFING, **Fundamentos...**, p.53.

⁴¹CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.46.

Nesse sentido a exposição de Fábio Ulhoa Coelho:

Pode-se afirmar que são equiparados ao consumidor, pelo art. 29, para gozarem da proteção que o Código libera em favor deste, especificamente nos capítulos abrangidos, as pessoas que são potencialmente consumidores. Em outros termos, aqueles que não são partes em um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, mas que podem vir a ser, estão sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no tocante às práticas comerciais e contratuais. O legislador considera que a tutela, nestas áreas específicas, não se pode restringir ao momento posterior ao acordo entre consumidor e fornecedor, mas ao contrário, deve anteceder-lo para que tenha um caráter preventivo e mais amplo.⁴²

Ao tratar dos objetivos do art. 29, Cláudia Lima Marques assevera que:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas à práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo "consumidores *stricto sensu*", poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!⁴³

Conclui a autora em referência, manifestando esperança na jurisprudência no sentido de que "*mantenha a linha atual de razoabilidade no controle dos contratos de adesão, privilegiando realmente aqueles consumidores equiparados que se encontram em fática situação de vulnerabilidade e assegurando para os consumidores *stricto sensu* eficaz equilíbrio e boa-fé nas relações contratuais*"⁴⁴.

De logo, anote-se que não é necessário um contrato para que se efetive a proteção da honra ou da privacidade do consumidor no âmbito da relação de consumo. Afinal, os arts. 17 e 29 ampliaram a definição de consumidor, conforme já

⁴²COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.148.

⁴³MARQUES, **Contratos no código...**, p.294.

⁴⁴MARQUES, **Contratos no código...**, p.296.

explanado. Caracterizando-se a ofensa da privacidade ou da honra do sujeito e enquadrando-se ele em qualquer definição legal de consumidor, merecerá a tutela específica da Lei n.º 8.078/1990, independentemente da espécie de relação jurídica de que decorreu a violação.

Figure-se o exemplo daquele que realiza um contrato de consumo com determinado banco e, em razão desse contrato, tem seu nome incluído num banco de dados de proteção ao crédito. Se tal inclusão ensejar a violação de sua privacidade ou de sua honra, mesmo que nenhuma relação tenha inicialmente com a empresa de bancos de dados, poderá invocar a proteção do CDC.

Se o objetivo imediato do CDC é a proteção do consumidor em razão de sua vulnerabilidade diante do fornecedor, o conjunto de regras protetivas busca de forma mediata a harmonização dos interesses envolvidos na relação de consumo, razão pela qual também é necessária a delimitação conceitual do fornecedor.

1.2.2 Fornecedor

Considerando que o tema central do trabalho é a ofensa dos direitos de privacidade e honra perpetrados pelo fornecedor no decorrer da relação de consumo, mister se estabelecer as características dessa figura jurídica minuciosamente descrita pelo CDC.

O conceito de fornecedor foi assim estabelecido pelo CDC no art. 3.º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Com o objetivo de complementar a definição, o parágrafo 2.º do mesmo artigo define serviços como *"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"*.

Pelo caráter amplamente descritivo do artigo, percebe-se a intenção de o legislador estabelecer um sentido claro e amplo ao conceito de fornecedor, definido por José Geraldo Brito Filomeno como

[...] qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um, que a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil de forma habitual.⁴⁵

Questão importante a ser ressaltada é a multiplicidade de categorias de atividades que vinculam a pessoa física ou jurídica ao conceito de fornecedor. Isso porque, o legislador teve a cautela de, ao fazer uma descrição exaustiva, mesmo que não taxativa, englobar as pessoas que realizam atividade lucrativa no mercado de consumo.

O ponto central do conceito legal é a atuação no mercado de consumo, e é nessa perspectiva que o fornecedor será aqui considerado.

Nessa perspectiva é a exposição de Ronaldo Alves de Andrade:

A noção que dimana do conceito legal parece trazer o sentido de que só pode ser considerado fornecedor aquele que exerce profissionalmente qualquer das atividades arroladas no *caput* do art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que todas aquelas atividades de produção, montagem, criação, comercialização etc., normalmente, são exercidas de maneira profissional. No entanto, não nos parece que o profissionalismo no exercício do fornecimento seja parte integrante do conceito de fornecedor. O que é essencial é aferir se o fornecimento foi feito com o intuito de atuação do mercado de consumo, de maneira a suprir o consumidor de suas necessidades de consumo. Dessa forma, uma pessoa pode exercer a profissão de engenheiro e atuar no mercado de consumo vendendo produtos de perfumaria.⁴⁶

A proteção da privacidade e da honra do consumidor será considerada a partir de uma atividade específica do fornecedor, qual seja, os bancos de dados de

⁴⁵FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.39.

⁴⁶ANDRADE, op. cit., p.29/30.

proteção ao crédito, bem como desde uma conduta em particular, a cobrança de dívidas, a serem posteriormente analisadas.

A consideração do fornecedor a partir dessas atividades ainda leva em conta a limitação do CDC imposta aos bancos de dados no art. 43 e seguintes e à cobrança de dívidas, no art. 42.

Assim, tendo em conta a ampla e minuciosa descrição de fornecedor trazida pelo art. 3.º do CDC, todo consumidor que sofrer violação de privacidade ou ofensa à honra por exposição às atividades das entidades arquivistas ou a partir de uma cobrança de dívidas no âmbito do mercado de consumo, poderão invocar a proteção do CDC em seu favor.

CAPÍTULO 2

CONTRATO DE CONSUMO

O modelo contratual vigente até o Código Civil de 1916 foi inspirado na concepção contratual proposta pelo individualismo e liberalismo econômico do século XVIII. Nesse cenário, a vontade era o fundamento do contrato e a autonomia privada seu valor fundamental, sobretudo em razão do ideal de liberdade que se instalava nas relações sociais em geral.

De fato, com a ascensão da burguesia, surge um incremento das negociações entre particulares. Evidencia-se a necessidade de distanciamento da intromissão do Estado Absolutista Monárquico, presente no cenário europeu do século XVIII, e suas ingerências e exigências, sobretudo de ordem fiscal e punitiva.

Nesse momento, o discurso da filosofia da ilustração, segundo o qual o poder promana do povo, calha. Com ele, proclama-se a liberdade do burguês, o rompimento das correntes que o mantinham preso ao Estado e seu monarca, na condição de súdito submisso. Daí a exaltação da liberdade, no próprio dístico da Revolução Francesa.

Essa liberdade será garantida por uma proclamação de igualdade formal. De fato, os cidadãos são iguais perante a lei. Esta protege suas liberdades para que, como iguais, rejam seus destinos, negociando entre si, contratando entre si.

É nesse sentido a reflexão de Emmanuel Kant:

A noção do direito, relativamente a uma obrigação correspondente (isto é, a noção moral dessa obrigação), em primeiro lugar concerne tão-somente à relação exterior e prática de uma pessoa com outra enquanto suas ações como fatos possam ter influência sobre outras ações. Porém, em segundo lugar, essa noção não indica a relação do arbítrio com o desejo de outro [...], mas simplesmente a relação do arbítrio com o desejo de outro. Em terceiro lugar, nessa relação mútua do arbítrio, isto é, o fim que cada um se propõe. **Não se discute, por exemplo, no contrato que outro celebre comigo para seu próprio comércio, se, mediante ele, poderá obter este ou outro benefício; se discute tão somente a forma na relação do arbítrio respectivo dos contratantes, considerada sob o ponto de vista da**

liberdade, isto é, que só faz falta saber se a ação de um deles é ou não obstáculo à liberdade do outro, segundo uma lei geral.⁴⁷ [grifo nosso]

Assim, durante o século XIX, a teoria jurídica baseia-se na valorização da vontade como elemento garantidor do equilíbrio econômico e da prosperidade, bem como da igualdade dos contratantes. A partir dessa premissa, o legislador e o juiz não poderão intervir no pacto dos contratantes, devendo-lhe fiel observância.⁴⁸

A liberdade contratual garante aos contratantes o poder de criar obrigações, estabelecendo o seu conteúdo a partir da vontade individual de cada um, tornando-as, por isso, obrigatórias.

A revisão dessa concepção contratual, realçada na Europa durante o século XIX passa a ser necessária quando os seus postulados e princípios não mais garantem a liberdade e igualdade dos contratantes.

A igualdade mítica, porque meramente formal. Desatenta às desigualdades materiais, não logra conduzir a uma sociedade em que as diferenças sociais sejam suprimidas. Ao revés: colocando desiguais de fato em pé de igualdade jurídica, favorece o mais forte. Essa, por durante longos anos do século XIX, é a tônica das relações contratuais.

A revisão do contrato resultou também da nova ordem político-econômica⁴⁹ que buscava o equilíbrio no mercado e nas relações econômicas e de consumo. Florescia, assim, a busca por um modelo de igualdade material e a pretensão de superação do mito da igualdade formal.

⁴⁷KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993. p.65.

⁴⁸NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.26.

⁴⁹ A formação de classes foi provocada pela Revolução Industrial, uma vez que, como já ressaltado, a igualdade era meramente jurídica pois calcada na idéia de que todos são iguais perante a lei, enquanto que materialmente a desigualdade era evidenciada. Em razão disso os problemas sociais crescem e provocam a primeira intervenção poderosa do Estado Liberal nas relações privadas: o contrato de Trabalho. (*in* REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 103)

Nesse sentido, várias leis surgiram com o escopo de estabelecer a harmonia nas relações jurídicas. Como fundamento, tinha-se a proteção do contratante econômica ou socialmente mais fraco, para o fim de compensar a inferioridade material com uma superioridade jurídica.⁵⁰

Efetivamente o contrato sofreu transformações ao longo do tempo, que influenciaram o seu conteúdo e as suas funções, sobretudo em razão das alterações sociais ocorridas.

O surgimento do consumo e o desenvolvimento de uma sociedade nele pautada evidenciou a insuficiência dos meios de proteção contratual até então vigentes.

Enquanto a teoria contratual clássica presumia a igualdade entre os contratantes, no novo modelo de relação jurídica de consumo revela-se a “inferioridade” do consumidor perante o fornecedor.⁵¹

Assim, o desenvolvimento de uma política voltada à proteção daquele que figurava no final da cadeia de produção e que sofria as agruras do desenvolvimento acelerado e desenfreado do consumo, inicia-se com uma revisão dos institutos contratuais clássicos e com a criação de uma nova disciplina contratual.

No Brasil, a criação de um modelo legal direcionado às relações de consumo edificou uma série de princípios contratuais que se coadunam com os novos princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é a conclusão de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

[...] o direito do consumidor permitiu a introdução de novos princípios no âmbito do direito contratual que já demandava mecanismos capazes de dar conta de sua natureza crescentemente relacional e de sua inclinação para a incorporação de critérios para justiça social. De certa maneira, o Código de Defesa do Consumidor, seguindo um processo tornado mais intenso a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, forneceu a cunha para se questionar e desafiar os princípios que dominaram até então o cenário do

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 8-9.

⁵¹ DONINNI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

direito contratual brasileiro. Os sinais da necessidade de mudança já se faziam sentir desde há muito, sendo apenas alguns de seus sintomas mais evidentes a elaboração de dois anteprojetos de reforma do Código Civil que ampliavam as concessões relacionais dentro de um sistema predominantemente neoclássico.⁵²

Na orientação de Teresa Negreiros:

Entre nós, a promulgação da Lei 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor – “CDC”) representa o marco da “mudança de mentalidade” relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170, V, CF) sobre as relações contratuais de consumo⁵³.

A mudança proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro simplesmente reflete a perspectiva pós-moderna que influencia a ordem jurídica em geral e promove um novo conceito de relação jurídica.

Nesse vértice, Paulo Nalin assevera que:

O Código de Defesa do Consumidor simboliza a ruptura com o velho sistema único e totalizante do Código Civil, com o reconhecimento de que o contrato não pode, em todas as suas variantes, ser julgado pela forma única (liberal), imposta pelo Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor pode, até mesmo, servir de referencial histórico nesse processo de ruptura e início de uma nova proposta de Teoria Geral dos Contratos, mostrando ao intérprete a viabilidade, ou melhor, a imperatividade de ser implementado um sistema de contratos não nucleado no dogma da vontade, mas sim, na boa-fé (objetiva), sem que, no entanto, ocupe o papel central e paradigmático destinado à Constituição.⁵⁴

O contrato de consumo, caracterizado como a relação jurídica entre consumidor e fornecedor surge com a função de rever a teoria contratual clássica, enfatizando a

⁵²MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.279-280

⁵³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

⁵⁴NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005. p.129.

harmonia nas relações negociais, impondo o respeito à boa-fé, a equivalência e a justiça contratual.

Essa renovação teórica do contrato à procura da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria contratual. É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança dos paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.⁵⁵

A massificação das relações, os contratos de adesão e a intervenção legislativa estatal no campo de liberdade contratual dão a tônica da relação consumerista no mundo pós-moderno, nos termos que seguem.

2.1 A PÓS-MODERNIDADE E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE CONSUMO

A mudança de paradigma patrocinada pela globalização desencadeou uma série de alterações sociais, econômicas e culturais, caracterizando o que se chama hoje de pós-modernidade⁵⁶.

O que se pretende aqui é um recorte no que tange ao campo específico da relação contratual, ou seja, quais as influências da pós-modernidade no âmbito do contrato, mais especificamente no contrato de consumo.

⁵⁵MARQUES, **Contratos no código...**, p.154-155.

⁵⁶O termo pós-modernidade aqui utilizado baseia-se na definição de Zygmunt Bauman, sem embargo das inúmeras outras definições utilizadas para definir o mesmo momento, conforme ressalta Ulrich Beck: "*Algunos autores ponem gran énfasis en la apertura del proyecto humano en medio de las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres, sea su término operativo 'posmodernidad' (Bauman, Lyotard, Harvey, Haraway), 'modernidad tardía' (Giddens), 'era global' (Albrow) o 'modernidad reflexiva' (Beck, Giddens, Lash).*" (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. p.2.)

2.1.1 Características da Pós-Modernidade: Abordagem Sociológica

Antes de analisar a influência da pós-modernidade na específica relação contratual, convém descrever alguns aspectos desse fenômeno nas relações em geral.

É discussão corrente a delimitação conceitual de pós-modernidade, uma vez que a sua delimitação ainda não é estanque em razão da dúvida que se instalou sobre ser a pós-modernidade um novo momento ou mera continuidade da modernidade.

A conclusão de Boaventura de Sousa Santos é no sentido de existir uma relação de contradição entre o moderno e o pós-moderno. Para o autor, não haveria um rompimento total nem tampouco uma continuidade entre os momentos, mas sim uma "situação de transição onde há momentos de ruptura e momentos de continuidade", variando de acordo com o período ou conforme o país.⁵⁷

No dizer de Ulrich Beck, esse novo momento é caracterizado por um "novo tipo de capitalismo, um novo tipo economia, um novo tipo de ordem global, um novo tipo de sociedade e um novo tipo de vida pessoal"⁵⁸ diferentes do modelo de desenvolvimento social anterior.

Muitas são as percepções sobre a pós-modernidade espriadas nos mais diversos campos, sejam sociais, culturais ou econômicos, todas levando à perplexidade de um novo mundo que, de acordo com Zygmunt Bauman, é "*incontrolável*":

O mundo parece-nos uma versão monstruosamente obesa e pantagruélica da Internet: por toda a parte, todo mundo aumenta o monturo universal de lixo mas ninguém parece visualizar as conseqüências, quanto mais controlá-las. Por toda a parte, cada jogador ou jogadora joga um jogo particular, mas ninguém sabe com certeza que tipo de jogo está jogando, se é que há algum. O mundo não é mais o marco de "realidade" contra o qual medir a correção de cada lance jogado; o próprio mundo é um dos jogadores, como todos os demais escondendo o jogo, com uma manga cheia de cartas,

⁵⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999. p.103.

⁵⁸BECK, op. cit., p.2-3.

blefando e – havendo a oportunidade – trapaceando. Ou como a *web*, o mundo não está apenas fora de controle: é incontrolável.⁵⁹

As conclusões sobre a pós-modernidade envolvem uma idéia de crise⁶⁰ e de diferenças⁶¹ no universo social a questionar todos os paradigmas da modernidade e as racionalidades da vida social e pessoal antes implementadas.

Por outro lado, autores como Boaventura de Sousa Santos revelam desafios e propõem resistência ao momento pós-moderno como forma de revidar e superar as vicissitudes da pós-modernidade, dispondo que

[...] quanto mais global for o problema, mais local e mas multiplamente devem ser as soluções. [...] São soluções movediças, radicais no seu localismo. Não interessa que sejam portáteis ou mesmo soluções de bolso. Desde que expludam nos bolsos.⁶²

Na ótica do Direito, os efeitos da globalização – fragmentação social e cultural, fim dos limites territoriais, ampla integralização etc. – revelam a necessidade de adequação da ordem jurídica à realidade pós-moderna.

No campo específico da sociedade de consumo e das relações privadas a pós-modernidade gerou uma série de repercussões jurídicas e legais a serem aqui analisadas a partir do contrato de consumo.

⁵⁹BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p.149.

⁶⁰Bauman refere-se à "*crise de valores*", tida como a "grande ameaça à moralidade, sobretudo porque nessa teoria da moralidade e na prática do seu cultivo falta, se não é abertamente negada ou desacreditada, a idéia da própria responsabilidade autônoma do sujeito moral"; e "*crise cultural*" caracterizada pela "ambigüidade, ambivalência, inconsciência, obscuridade e indefinição normativa" a por em risco o "bem-estar social e a prosperidade individual". (BAUMAN, **Em busca...**, p.152, 154).

⁶¹Segundo Ulrich Beck "*no sólo há aumentado la brecha entre ricos y pobres, sino que además aumenta el número de personas que cae en la trampa de la pobreza. Las políticas de libre mercado, impuestas por Occidente a países endeudados, empeoran la situación al obligar a esos países a desarrollar industrias especializadas para el abastecimiento de los ricos, en lugar de proteger, educar o cuidar a los más débiles*" (BECK, op. cit., p.8).

⁶²SANTOS, op. cit., p.111.

2.1.2 Repercussões Gerais no Contrato de Consumo

As mudanças trazidas pela pós-modernidade geraram a crise do modelo contratual clássico, conforme já ressaltado.

O contrato tradicional, concebido a partir da codificação do direito civil, representava, juntamente com a propriedade privada, o centro de um sistema dedicado a assegurar aos indivíduos, os ideais de liberdade e autonomia.

Com a pós-modernidade as regras contratuais baseadas no modelo liberal mostraram-se insuficientes à proteção do interesses individuais, sobretudo na garantia da igualdade e da livre manifestação da vontade.

Como destaca Cláudia Lima Marques, o conceito geral de contrato e as suas especificidades mudaram. A compra e venda como modelo estático de contrato cedeu lugar a um modelo dinâmico, complexo como nos casos de prestação de serviços. A bilateralidade foi substituída pela pluralidade de sujeitos que integram a nova relação contratual na qual se entrelaçam fornecedores diretos e indiretos com consumidores individuais ou considerados coletivamente.⁶³

A própria noção do conteúdo do contrato também mudou já que a pós-modernidade promoveu a mudança dos bens economicamente relevantes. Os bens imóveis, importantes na Idade Média, e os móveis materiais, evidenciados na Idade Moderna deram, lugar aos bens móveis imateriais (*software* etc.) ou "desmaterializados" como o fazer dos serviços, da comunicação, da segurança etc.⁶⁴

A idéia de sinalagma foi revista. O equilíbrio não mais diz respeito à prestação em si, mas ao que se espera dela, como a qualidade, a funcionalidade, a informação, a segurança etc.⁶⁵ Evidencia-se a alteração do próprio fundamento do contrato, uma vez que o consumo não mais se dá em razão da necessidade efetiva

⁶³MARQUES, **Contratos no código...**, p.167-168.

⁶⁴MARQUES, **Contratos no código...**, p.168.

⁶⁵MARQUES, **Contratos no código...**, p.169.

do bem adquirido, mas muitas vezes por motivos outros, como o próprio modismo ou *status* que o consumir promove.

O contrato de consumo baseia-se na revisão pós-moderna da sociedade de consumo, absolutamente massificada e seguindo o rumo do modelo social atual, calcado na desconstrução, indeterminação, no individualismo, na exclusão e no ceticismo geral.

A aquisição de bens em massa pelos sujeitos em geral é justamente a forma encontrada para preencher o vazio gerado pelas novas formas de relações sociais, fluídas e descompromissadas.

O consumo virou meio de integração ou exclusão social⁶⁶, é ele o novo identificador da sociedade atual, e os bens materiais se impõem e criam cada vez mais necessidades, transformando a conhecida máxima cartesiana em "consumo, logo existo".

Nesse sentido Laura Minestrone enfatiza que:

Se a versão religiosa das experiências extremas (a revelação, o êxtase, o destacamento do corpo...) – um tempo privilégio de uma restrita elite de santos, eremitas, monges, iogues, derviches – visava reconciliar os crentes com uma vida de sacrifícios e mortificações, com uma existência caracterizada pela autorenúncia e pelo desprezo pelos prazeres terrenos, a versão pós-moderna da experiência total, extrema, é algo de democrático e laico, que

⁶⁶BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.55: "Quanto mais elevada a 'procura do consumidor' (isto é, quanto mais eficaz a sedução do mercado), mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir do modo como essa condição os leva a agir e os que foram seduzidos mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem os seduzidos. A sedução mercado é simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora. Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. No entanto, existem mais daqueles que pode, ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora tinha em mira fazer aparecer. Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente regalados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo. O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana."

celebra a infinidade do potencial humano, através do desejo e do consumo de bens materiais, mediante o gozo sem escrúpulo dos consolos consumísticos.⁶⁷

Nesse cenário, a superação do modelo contratual tradicional era questão que se impunha. A liberdade inserida no antigo modelo que possibilitava aos contratantes simplesmente a escolha dos sujeitos do contrato e o objeto do contrato dá lugar a uma nova percepção desse instituto. O contrato, agora, transcende a figura do sujeito e do objeto para alcançar uma série de efeitos ligados às mais diversas expectativas: bem-estar, auto-afirmação, *status*, prazer etc.

Prossegue Laura Minestroni, com apoio em Bauman, na mesma toada:

Eis porque – segundo Bauman – os modelos e os profetas das experiências extremas da cultura pós-moderna são representados *pela elite consumista*: ou seja aqueles que conseguiram transformar – através do consumo, precisamente – a própria vida em uma obra prima da arte de colecionar e amplificar sensações. Um resultado obtido fazendo exatamente aquilo que fazem as outras pessoas, i. é consumindo, adquirindo e gozando de bens e serviços. Mas fazendo-o de maneira mais intensa e mais dispendiosa, mais frenética e mais grandiosa. Consumindo mais do que as pessoas comuns, consumindo melhor: bens mais exclusivos e mais refinados, com o estilo que convém a entendedores e *viveurs*. Deste ponto de vista, a publicidade pós-moderna se apóia sobre o desejo de experiências extremas e transcendentais, aludindo a um potencial de prazer sempre mais alto, prometendo um *plus* de sensações desconhecido no passado e remetendo a experiências qualitativamente únicas [...]⁶⁸

⁶⁷MINESTRONI, Laura. **Comprendere il consumo. Società e cultura dai classici al postmoderno**. Milão: FrancoAngeli, 2006.. p.326: "*Se la versione religiosa delle esperienze estreme (la rivelazione, l'estasi, il distacco dal corpo...) – un tempo privilegio di una ristretta élite di santi, eremiti, monaci, yogin, dervisci – mirava a riconciliare i credenti con una vita di sacrifici e mortificazioni, con un'assistenza caratterizzata dall'autorinuncia e da disprezzo per le gioie terrene, la versione postmoderna dell'esperienza totale, estrema, è qualcosa di democratico e laico, che celebra l'infinità del potenziale umano, attraverso il desiderio e il consumo de beni materiali, mediante il goiare senza scrupolo delle consolazioni consumistiche.*"

⁶⁸MINESTRONI, op. cit., p.326: "*Ecco perché –secondo Bauman – i modelli e i profeti delle esperienze estreme della cultura postmoderna sono rappresentati dall'élite consumista: Ovvero coloro che sono riusciti a trasformare – attraverso il consumo, appunto – la propria vita in un capolavoro dell'arte di collezionare e amplificare sensazioni. Un risultato ottenuto facendo esattamente quello che fa l'altra gente, cioè consumando, acquisitando e godendo di beni e servizi. Ma facendolo in maniera piú intensa e piú dispendiosa, piú frenetica e piú grandiosa. Consumando piú della gente comune, consumando meglio: beni piú esclusivi e piú raffinati, con lo stile che si conviene a intenditori e*

Importante destacar que, já na década de 1960, havia a percepção que o consumo não se destina à satisfação de necessidades, indo além da mera exploração e utilização de capacidade funcional do objeto consumido. Há, de fato, em toda a aquisição de objetos de consumo, a aquisição daquilo que estes mesmos objetos comunicam. O objeto não é adquirido por si, mas pelo que simboliza e evidencia em relação ao seu adquirente como agente inserido na sociedade de consumo.

Na época, Baudrillard já expunha nesse sentido: "Estava convencido de que neste mundo de signos, os objetos fugissem muito rápido dos seus valores de uso, para entrarem num jogo entre eles, para corresponderem-se."⁶⁹

Outro ponto central da mudança no conceito contratual clássico, patrocinado pela pós-modernidade, encontra-se a forma de oferta dos bens, antes pessoal e direta, agora globalizada, sobretudo pela via da publicidade.

Carlos Alberto Gherzi ressalta a importância dos sistemas de comunicação, responsáveis pela rápida difusão da ideia consumista e "da mecânica de acesso aos bens".⁷⁰

O avanço tecnológico propiciou uma reformulação da publicidade que passou a abordar o contratante por todos os meios de comunicação, de forma ostensiva e quase coerciva, ultrapassando os limites territoriais.⁷¹

Segundo Cláudia Lima Marques:

viveurs. Da questo punto di vista, la pubblicità postmoderna fa leva sul desiderio di esperienze estreme e trascendenti, alludendo a un potenziale di piacere sempre piú alto, promettendo un plus di sensazioni sconosciutto in passato e rimandando alle esperienze qualitativamente uniche..."

⁶⁹Apud MINESTRONI, op. cit., p.266: "Ero convinto che in questo mondo di segni, gli oggetti fuggissero troppo presto dal loro valore d'uso, per entrare in gioco tra di loro, per corrispondersi."

⁷⁰GHERZI, Carlos Roberto. **Contratos de consumo**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p.16.

⁷¹GHERZI, op. cit., p.17: "Señalamos precedentemente que la tarea de la publicidad fue propiciar un consumo desde la producción y las empresas, y no para satisfacer las necesidades reales; los medios de comunicación – el área satelital, especialmente – servieron para producir el fenómeno de la 'globalización' del mercado de consumo. Esto significa la estandarización de las propuestas de consumo para las distintas regiones, de forma tal que la especificidad de la producción nacional dejó de tener importancia."

[...] a crise da pós-modernidade é, em verdade, uma mudança na maneira de pensar e reconstruir o direito. Na sua versão desconstrutora, demonstra, de certa forma, um apatismo e imobilismo em relação às novidades, aos novos desafios, assim como ilumina uma desconcertante crise de idéias e confusão de valores e linhas jurídicas, que têm influência no direito contratual deste final de século. Se assim, podemos afirmar, estes estudos céticos sobre as mudanças na pós-modernidade, exista ela ou não, como momento histórico, acabaram por realçar ou espelhar o que já acontecera: a transformação do modelo contratual, em face dos limites do modelo contratual clássico⁷².

Se na sociedade pós-moderna só é incluído quem consome, é evidente que os meios de comunicação globalizados descarregam um mar de informações sobre produtos e serviços, criando uma necessidade nem sempre autêntica para o consumidor. Até porque, a função da publicidade é favorecer a produção e conseqüentemente os fornecedores.

Nesse sentido, a oferta também passa a ser massificada e gera a necessidade de uma nova forma de proteção do consumidor. No Brasil, a publicidade é regida no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

As conseqüências práticas desta modificação no conceito de oferta parecem claras, uma vez que com os novos veículos de comunicação de massa é impossível ao fornecedor calcular quantos consumidores estarão recebendo a sua "oferta" e poderão após exigir o seu cumprimento (art. 35 do CDC). Tal insegurança é proposital, pois antes de tudo o CDC visa modificar as práticas comerciais no mercado brasileiro, aumentando o respeito devido ao consumidor como parceiro contratual, que não deverá ser tirado de casa para aproveitar uma "falsa" oferta a preços reduzidos.⁷³

Essa nova realidade do consumo, potencializada pela pós-modernidade, revela que as regras contratuais baseadas no modelo liberal, não mais garantem a igualdade e a livre manifestação da vontade.

O contrato tradicional, concebido a partir da codificação do direito civil, representava, juntamente com a propriedade privada, o centro de um sistema dedicado a assegurar aos indivíduos os ideais de liberdade e autonomia.

⁷²MARQUES, **Contratos no código...**, p.167.

⁷³MARQUES, **Contratos no código...**, p.603.

Os pilares de liberdade e autonomia baseavam-se na proposta de igualdade entre os contratantes.

Contudo, o controle da relação contratual por um dos contratantes (o fornecedor) e a conseqüente hipossuficiência do outro (consumidor), em evidente desigualdade, revelaram a necessidade de intervenção estatal.

A influência do Estado⁷⁴ se deu por meio de um "acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança"⁷⁵, com o fim de concretizar a "justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio das obrigações reciprocamente consideradas."⁷⁶

Nesse vértice, a atual concepção contratual, baseada nas relações de consumo, traz em si a necessidade de valorização dos princípios contratuais mais básicos, como o da Justiça, da equidade e sobretudo da boa-fé.

Nesse aspecto a observação de Judith Martins Costa:

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam ao exato processamento da relação obrigacional, à satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realidade positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens do contratantes; de outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante a função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.⁷⁷

Essa concepção, recepcionada no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor, que percebe a desigualdade material e cria mecanismos para a igualdade jurídica, é justamente baseada nos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em geral.

⁷⁵MARQUES, **Contratos no código...**, p.169.

⁷⁶NALIN, op. cit., p.213.

⁷⁷COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.199/200.

O CDC, ao desenvolver uma política voltada às relações de consumo, reconhece as transformações sociais e econômicas advindas da pós-modernidade e do fenômeno da globalização, desenvolvendo um modelo de intervenção estatal em contraposição ao liberalismo econômico.

Sob esse enfoque determina a responsabilização objetiva do fornecedor (art. 12), descreve uma proteção do consumidor não só na reparação, mas sobretudo na prevenção de danos adotando a teoria do risco (art. 8.º). Em atenção ao potencial persuasivo e conseqüentemente lesivo dos atuais meios de comunicação, o CDC inaugura regras contundentes sobre a oferta e a publicidade (art. 30 a 38) estabelecendo a obrigatoriedade do cumprimento da oferta, bem como sanções civis e penais nos casos de publicidade abusiva e enganosa.

Ainda, atento à realidade de massificação dos contratos de consumo e à informatização dos meios de negociação, o legislador do CDC criou regras relativas ao contrato de adesão (art. 54), uma série de reprimendas às cláusulas abusivas (art. 46 a 53) e limitações aos bancos de dados (art. 43) e cobrança de dívidas (art. 42).

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques expõe que:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.⁷⁸

O conjunto de regras encerrado no CDC coaduna-se com a proposta de valorização do sujeito como pessoa humana, presente em todo o texto constitucional e evidenciada a partir do rol de direitos fundamentais.

⁷⁸MARQUES, **Contratos no código...**, p.175.

O que se pretende, a seguir é justamente analisar alguns dos direitos fundamentais à luz das relações de consumo e a sua aplicação em tempos de pós-modernidade.

PARTE 2
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE NO CDC:
RECORTE SOBRE A PRIVACIDADE E A HONRA

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE PRIVACIDADE E HONRA NO PLANO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A edificação dos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade, passa a ser elaborada no final do século XIX⁷⁹ na doutrina alemã quando Otto von Gierke, na obra *Deutsches Privatrecht*, descreve um direito geral de personalidade, como direito subjetivo a ser reconhecido por todos.⁸⁰

Anteriormente, o positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos influenciaram a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois ramos: direitos públicos de personalidade, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e expressos nas constituições como direitos fundamentais; e direitos privados de personalidade, inerentes às relações entre particulares.⁸¹

Ao lado dos direitos patrimoniais e da família devidamente regulados pelas leis codificadas havia uma gama de direitos distintos do patrimônio como a produção

⁷⁹ Como antecedentes desse período Danilo Doneda revela que: “É possível encontrar na literatura jurídica menções a antigas formas de proteção da pessoa, desde as *dike kakegorias*, no direito grego ou, no direito romano, a *vindicatio libertatis*, o instituto da *potestas in se ipsum* e, principalmente, a *actio iniuriarum aestimatoria*; que são eventualmente citadas como antecedentes a partir dos quais veio a se desenvolver a noção de direitos de personalidade. Antes de considerá-las de um tal modo, é preciso lembrar que a pessoa não era, na antiguidade clássica, protegida em uma perspectiva integrada, nem sequer havia uma categoria que pudesse ser relacionada com a atual noção de personalidade; esta ‘proteção’ era feita em um quadro por demais diverso para não implicar em graves distorções se tomado como modelo”. DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção dos dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66-67.

⁸⁰HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987. p.16 citado por MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, n.49, jan./mar. 2004. p.44.

⁸¹SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.43-44.

intelectual, a consideração da imagem e a identidade pessoal⁸² que careciam de regulamentação.

O reconhecimento legal dos direitos de personalidade e a afirmação do Estado como tutor desses direitos são conseqüências do declínio do modelo liberal com a incorporação do caráter social de governo. No modelo anterior, a prevalência do direito privado e o seu caráter individualista não atendiam às expectativas da sociedade.⁸³

Tem início uma revisão dos fundamentos clássicos do direito privado calcados na consideração patrimonial para o desenvolvimento do caráter humanista desse direito. O direito de propriedade não é mais ponto central e os direitos inerentes à pessoa passam a ter posição de destaque, influenciando o desenvolvimento de uma concepção publicista do direito civil.

A partir do século XIX, contrapondo-se à bipartição dos direitos inerentes à personalidade, desenvolveu-se a teoria geral da personalidade⁸⁴, segundo a qual

⁸²DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.23

⁸³MARTINS COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.412: "A barbárie do século XX – o totalitarismo estatal, econômico e científico – teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular de sua própria esfera de personalidade, que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana."

⁸⁴LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.293: "Realmente importante para a afirmação do direito geral de personalidade, contudo, foi a argumentação desenvolvida pela jurisprudência germânica ao decidir o famoso 'caso Mefisto'. Tratava-se da proteção da imagem e da personalidade do falecido Gustav Gründgens, questão que poderia ter sido resolvida, tradicionalmente, mediante a aplicação dos respectivos dispositivos de direito penal e autoral; tanto o BGH (50,133) quanto o BverfG, porém, porém fundamentaram suas decisões no reconhecimento geral da personalidade, chegando até a mencionar 'irradiações' (Ausstrahlungen) de uma personalidade falecida na pessoa de seus herdeiros."

existe um único e genérico direito de personalidade atinente à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade.

O desenvolvimento da categoria foi muito intenso no decorrer do século XX. Novos conteúdos foram incorporados desde a enunciação dos direitos à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade feitas pelo BGB de 1900, possibilitando uma crescente e eficaz proteção da personalidade⁸⁵. Posteriormente o Código Civil suíço de 1907 expressamente consagrou o direito da personalidade.

Destacam-se entre os documentos internacionais protetivos da personalidade a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, que consagrou, entre outros, o direito ao respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e correspondência.

Sobre a delimitação conceitual dos direitos de personalidade, Adriano De Cupis ensina que:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se 'direitos da personalidade'. No entanto, na linguagem jurídica corrente esta designação é reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados 'direitos essenciais', com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade⁸⁶.

O avanço tecnológico também influenciou o desenvolvimento dos direitos da personalidade, de acordo com o entendimento externado por Luiz Alberto David Araújo:

⁸⁵CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.106-107.

⁸⁶DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p.17.

A tecnologia foi a responsável direta pela inserção de bens que antes vinham apenas contidos no direito à vida. Os direitos da personalidade, como direitos autônomos, garantidos de forma específica, se constituem em novidades do texto de 1988. A razão para tal proteção encontra-se no desenvolvimento tecnológico e na ameaça de bens como a imagem, a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas. Com o desenvolvimento tecnológico, bens como a imagem, a privacidade e a intimidade sofreram maior ameaça, merecendo o cuidado do constituinte.⁸⁷

No Brasil, os direitos da personalidade foram inicialmente descritos no anteprojeto Orlando Gomes de 1963.

A sua previsão foi complementada e melhor desenvolvida no Código Civil de 2002, sendo objeto do Capítulo II, do Título I, da Parte Geral, nos arts. 11 a 21. O art. 11 elenca as características básicas dos direitos da personalidade, a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a sua indisponibilidade. A possibilidade de sanção patrimonial em caso de violação vem descritas no art. 12. Nos artigos seguintes os direitos são tipificados.

Os direitos da personalidade contam ainda com disciplina protetiva no Código Penal, em leis especiais como a Lei de Imprensa, a Lei dos Transplantes, a Lei dos Direitos Autorais, a Lei de Registros Públicos, entre outras e com notável ênfase na Constituição Federal em que são tidos como direitos fundamentais possuindo especial garantia diante do Estado.

Ao distinguir os direitos fundamentais em categorias, Jürgen Habermas estabelece como uma delas que os direitos fundamentais resultam de modo imediato da exigibilidade dos direitos e do desenvolvimento politicamente autônomo da proteção jurídica individual⁸⁸. Daí sua ligação protetiva com os direitos de personalidade, que, apesar de considerados individualmente, só se efetivam pelas mãos do Estado.

⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.3, p. 259-260, 1996.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Ressaltando a relevância dos direitos da personalidade no ordenamento hodierno Francisco Amaral estabelece que:

Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guardida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional⁸⁹.

O desenvolvimento dos direitos de personalidade e a sua garantia como direitos fundamentais, acabam por reivindicar sua tutela em diversos ramos do direito e não só nos limites do direito civil que inicialmente os descrevem.

Nesse sentido Bruno Miragem assevera que:

Apesar do alcance restrito das normas do Código Civil que vão consagrar os direitos de personalidade "em espécie", é fora de dúvida que a sua existência, necessariamente, deve ser observada como um sinal de evolução do direito privado. As normas civis, assim, não poderão ser examinadas como se contivessem uma restrição à amplitude da proteção da pessoa, consagrada pelos direitos da personalidade na atividade já consolidada da doutrina, jurisprudência e na própria Constituição. Uma interpretação que procure identificar a aplicação da proteção indicada pelo direito civil, de modo mais restrita do que determina a Constituição, não tem como prosperar porque inconstitucional.⁹⁰

No direito do consumidor, também é clara a influência dos direitos de personalidade, e no entendimento de Eduardo Bittar:

Os direitos do consumidor são a concretização de direitos de personalidade. Prova disso é a extensa previsão legal existente, que garante ao consumidor a salvaguarda dos valores que o cercam na situação de consumo, todos protegidos legalmente (direito à vida, à saúde, à higidez física, à honra) e devidamente instrumentalizados (ação de reparação por danos materiais e

⁸⁹ AMARAL, Francisco, op. cit., p. 249.

⁹⁰MIRAGEM, op. cit., p.51.

morais, ações coletivas para proteção de direitos difusos, procedimentos administrativos).⁹¹

À evidência da necessidade de expansão dos direitos de personalidade, sobretudo no que tange a sua aplicabilidade e efetivação, pretende-se ressaltar esses direitos na relação jurídica de consumo. A análise se dará por meio de recorte sobre a privacidade e a honra, sem, contudo negar os demais direitos de personalidade reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

1.1 NOÇÃO DE DIREITO À PRIVACIDADE

A evolução do conceito de privacidade é condicionada a aspectos sociais, políticos e econômicos⁹² e no dizer de Milton Fernandes, o seu desenvolvimento jurídico surge, historicamente, concomitantemente com os direitos de personalidade.⁹³

A discussão sobre a privacidade surge nos Estados Unidos em 1890 com a publicação de Warren e Brandeis⁹⁴ denominada "*The right to privacy*" evidenciando a necessidade de criação de um direito que protegesse a esfera íntima de cada sujeito⁹⁵. Nessa obra evidenciou-se a célebre expressão *right to be let alone*,

⁹¹BITTAR, Eduardo. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. In: CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de direito do autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p.149-150.

⁹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 114.

⁹³FERNANDES, Milton. **Os direitos de personalidade**. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.12-13.

⁹⁴ Comentando referida obra Danilo Doneda alerta que: "*Mesmo um ponto de partida corriqueiro, que é a menção a um 'direito de ser deixado só', tantas vezes apontada como sendo a definição de Warren e Brandeis, não é de todo exato: em seu mencionado artigo, os autores em nenhum momento definem estritamente o right to privacy. A associação que geralmente é feita do artigo com o right to be let alone deve ser um pouco suavizada e relativizada (...), Warren e Brandeis trabalharam com uma perspectiva não tão 'fechada' de privacy.* (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 106)

⁹⁵WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1995, p.193-220.

inicialmente utilizada pelo juiz Thomas Cooley, e que encerra em si a mais famosa definição da privacidade: o direito de ser deixado só.

A idéia de privacidade, inicialmente baseada no *direito de ser deixado só*, revela uma preocupação restrita à intimidade doméstica.

Essa via de proteção surge num momento em que a tutela jurídica do indivíduo praticamente se confunde com a proteção do seu patrimônio, quando tutelar o sujeito era proteger seus direitos advindos ou inerentes à propriedade.

Sobre esse assunto Danilo Doneda expõe:

[...] pode-se afirmar que, no século XIX, 'a propriedade era concebida como essencial ao desenvolvimento da própria pessoa, à realização da personalidade do indivíduo', e que, conseqüentemente, o direito de propriedade era a condição inafastável para se chegar à privacidade.⁹⁶

Na mesma esteira é o dizer de Milton Fernandes:

É curioso assinalar que, antes da jurisprudência e as leis tomarem a seu cargo a proteção civil da intimidade, esta foi concedida, ainda que em parcela mínima como implícita nos poderes absolutos do proprietário. A conceituação romana do *jus utendi, fruendi et abutendi* que assegurava ao *dominus* as mais amplas faculdades, continha em si a idéia de amparo à vida privada, na medida em que esta decorresse dentro de uma propriedade. A tutela do domínio estende-se ao seu titular, enquanto abrigado naquele e, e conseqüência, à sua vida secreta⁹⁷.

A construção de mecanismos de tutela específicos a esse direito é recente. De acordo com René Ariel Dotti, foram inicialmente desenvolvidos no final do século XIX, tornando-se preocupação mundial a partir da revolução tecnológica ocidental⁹⁸.

No mesmo sentido Guilherme Machado Dray ensina que:

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada era desconhecida até o final do jusracionalismo e das sociedades liberais da época. A afirmação e o reconhecimento deste direito, bem como a sua efectiva consagração

⁹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 130-131.

⁹⁷ FERNANDES, Milton. **Os direitos de personalidade**, p.12-13.

⁹⁸DOTTI, op. cit., p.27.

legislativa, são um fenómeno relativamente recente, próprio da sociedade de informação contemporânea, que pôs a nu a falta de intimidade e de privacidade dos cidadãos.⁹⁹

Antes desse período, a proteção da privacidade existia de forma indireta, ou seja, os objetos que integravam a noção de privacidade eram tutelados por princípios gerais ou de direitos já sedimentados¹⁰⁰.

É fato que, após a revolução tecnológica, o desenvolvimento dos meios tecnológicos ligados à comunicação e à informação viabilizaram a invasão da vida privada e a violação diuturna dos direitos subjetivos inerentes à pessoa.

Nessa perspectiva a concepção inicial de privacidade, ligada ao isolamento e reserva do ambiente doméstico, passa a ser ampliada. O interesse do sujeito volta-se também à “construção de uma esfera pessoal” baseada na “liberdade de escolha” a viabilizar o desenvolvimento de sua própria personalidade.¹⁰¹

Em 1.903, o direito à privacidade recebe proteção legal num diploma do Estado de Nova Iorque que tornou defeso, sob pena de sanções civis e criminais, o uso, para fins publicitários, do nome do retrato ou da imagem de qualquer pessoa viva sem o seu consentimento.

O tratamento individual veio com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris em 10.12.1948 em seu art. 12, que também influenciou a sua recepção pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948).¹⁰²

Em 1967 a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, com amparo nos estudos de sua Comissão Jurídica, concluiu que as legislações e Constituições

⁹⁹DRAY, Guilherme Machado. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p.53.

¹⁰⁰SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.33.

¹⁰¹DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 144.

¹⁰²DOTTI, op. cit., p.41.

dos países membros estavam obsoletas em relação aos meios de escuta telefônica clandestina. A partir daí, foi proposto um estudo para atualizar a lei a fim de evitar tal método de espionagem da vida alheia, o que infringia diretamente o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.¹⁰³

A conclusão dos estudos revelou a necessidade de adoção pelos países integrantes, de uma legislação incisiva nas formas de controle dos meios eletrônicos de violação da vida privada.

Essa conclusão ressalta a idéia atual de que o direito de estar só vai muito além daquela expressão inicial (*right to be let alone*) e significa, além do direito de ser deixado em paz, o direito de não ter suas informações pessoais difundidas, o direito de o indivíduo ter seus dados pessoais sob o seu próprio controle.

Revela ainda a revisão dos meios e do objeto de proteção do Estado, numa sociedade que se torna mais complexa e cujas relações privadas já não podem ser baseadas num sistema jurídico cujo ponto central é o patrimônio.

A noção de privacidade e os respectivos meios de proteção assumem hoje, na conclusão de Danilo Doneda, um caráter relacional pautado na relação com os outros e com o mundo exterior. Nesse aspecto, vislumbra-se a possibilidade de controle das informações pessoais, a “determinação de inserção e de exposição” e por conseqüência o fortalecimento da esfera privada do indivíduo em consonância com o ideal de dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

Na lição de Jorge Mosset Iturraspe:

A pessoa humana é o eixo ou centro das preocupações do direito atual, tanto do público como do privado; com a denominação de 'direitos de terceira geração' – ou de Quarta – se busca uma proteção mais completa, plena ou integral, que abarque todas suas manifestações e garanta a

¹⁰³SZANIAWSKI, op. cit., p.50.

¹⁰⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 146.

liberdade, a segurança, a dignidade, o respeito, a privacidade e a identidade do ser humano.¹⁰⁵

Nessa esteira, desenvolveu-se a proteção jurídica da privacidade no Brasil.

1.1.1 A Proteção Jurídica da Privacidade no Brasil

A proteção jurídica da privacidade no ordenamento jurídico brasileiro tem fundamento constitucional esculpido no art. 5.º, X, segundo o qual "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

Seguindo a evolução constitucional, a privacidade foi definida como um dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002 em seu art. 21 que trata da inviolabilidade da vida privada.

Nesse ponto, é a cada dia mais comum a identidade dos direitos de personalidade como direitos fundamentais, tanto que, no dizer do português Canotilho – em comentário que se aplica tanto à realidade europeia como ao Brasil - os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado e são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa. Ressalta que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, e atualmente, ante a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão e em face

¹⁰⁵ITURRASPE, Jorge Mosset et. al. **Daños. Globalización – Estado – Economía**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p.9: "*La persona humana es el eje centro de las preocupaciones del derecho actual, tanto del público como del privado; con la denominación de 'derechos de la tercera generación' – o de la cuarta – se busca una protección más completa, plena o integral, que abarque todas sus manifestaciones y garantice la libertad, la seguridad, la dignidad, el respeto, la privacidad y la identidad del seu humano.*"

da concepção de um direito geral de personalidade, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.¹⁰⁶

A Constituição Federal de 1988 emerge com clara recepção do novo preceito de proteção do sujeito como pessoa humana e não mais como detentor de um patrimônio a ser protegido. Tanto é assim que traz no elenco dos direitos fundamentais, direitos inerentes ao indivíduo, como a proteção da esfera privada e da personalidade.

Ao dispor sobre a inviolabilidade da correspondência, vedar a interceptação telefônica e a invasão do domicílio, bem como resguardando, expressamente, o direito à intimidade e à vida privada de cada cidadão, fica clara a intenção do Constituinte de conferir à privacidade o *status* de direito fundamental.

A esse respeito Luiz Alberto David de Araújo ressalta a intenção de o texto constitucional estabelecer duas formas de proteção em relação à privacidade:

Com efeito, a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos do negócio. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade, formado por relações marcadas pela confidencialidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados, etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada “tirania da vida privada” – que ganha importância o conceito de intimidade.¹⁰⁷

Prossegue o mesmo autor figurando exemplos para demonstrar a dicotomia da proteção constitucional:

¹⁰⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

¹⁰⁷ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.139.

As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual compõem o universo da intimidade.¹⁰⁸

Note-se que, como a privacidade decorre de um direito fundamental de primeira geração exige uma privação do Estado. Até porque, após longo período de ditadura militar e em razão das experiências totalitaristas no resto do mundo, surgia o receio da intervenção do Estado por meio do acesso à vida privada do indivíduo. Daí a proibição da invasão do domicílio e da interceptação telefônica, sem determinação legal.

Outra base da proteção à privacidade é a de salvaguardar a vida íntima, bem como o domicílio do sujeito da curiosidade alheia, que era facilitada pela evolução dos meios de comunicação.

Contudo, é assente na doutrina que a disciplina jurídica da personalidade carece de uma disciplina sólida e organizada, uma vez que a atual sistematização possibilita uma série de violações que escapam da proteção jurídica, como é o caso dos bancos de dados que posteriormente serão analisados.

Nesse ponto Leonardo Roscoe Bessa entende que:

Somente a previsão constitucional de determinada espécie de direito da personalidade e/ou descrição de tipos penais geram incertezas na área civil, pois não respondem diretamente a temas que são objeto de intenso debate doutrinário, como a situação dos direitos da personalidade após a morte do titular ou o grau de disponibilidade de tais direitos.¹⁰⁹

Assim, mesmo diante de uma nova perspectiva de tutela do indivíduo trazida pela Constituição brasileira, persiste uma dificuldade na efetivação desse direito. Tal situação é em grande parte agravada pelos meios tecnológicos que, de maneira

¹⁰⁸ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, op. cit., p.140.

¹⁰⁹BESSA, Leonardo Roscoe. **Consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.75.

desenfreada, são usados como forma de violação da intimidade em favor de objetivos econômicos e lucrativos, como será visto.

Evidencia-se verdadeiro conflito entre o que é lucrativo e o que respeita a dignidade do sujeito. Em razão do ranço patrimonialista do direito privado, aliado à atual economia de mercado, torna-se dificultosa a atuação do legislador na função de solucionar a colisão dos direitos que aí se instala.

Pelo discurso do direito civil moderno, alicerçado na proteção constitucional da pessoa humana, o conflito seria facilmente resolvido com a absoluta proteção da privacidade. Porém, o que se vê é a diuturna violação da privacidade abalando-se a mais importante garantia constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a vida privada de qualquer um é facilmente avistada nos bancos de dados de proteção ao crédito, sejam eles lícitos ou não, que são alimentados diariamente com informações pessoais e consultados mediante pagamento.

A Constituição Federal permite a limitação à liberdade de expressão e informação com a observância do disposto no art. 220, § 1.º, que estabelece: "*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, X, XIII e XIV*".

Porém, como ressalta Edilson Pereira de Farias, apesar da limitação a fim de prevenir conflitos com outros direitos fundamentais, após a Constituição Federal, não houve por parte do legislador brasileiro preocupação com a elaboração de leis sobre a matéria, quer na esfera civil, que na área penal.¹¹⁰

Em sede infraconstitucional, a liberdade de expressão e informação são reguladas pela Lei n.º 5.250/67, a qual prevê responsabilização civil quando houver

¹¹⁰FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.172.

calúnia e difamação que disser respeito à vida íntima e cuja divulgação não foi embasada em interesse público.

No mesmo passo, Tércio Sampaio Ferraz Junior ressalta que a "Lei n.º 7.232/84 – Lei de Informática - n.º 7.232/84, protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (art. 2.º, VIII)".¹¹¹

A efetividade de tais normas é cada dia mais necessária diante da devassa à privacidade provocada pelos meios informáticos atuais, sobretudo aquelas promovidas no mercado de consumo, e que são autorizadas sob o falso argumento do equilíbrio das relações comerciais.

Nesse ponto, o Código de Defesa do Consumidor cuidou em prever expressamente a criação dos bancos de dados, mas, determinou que o consumidor como titular das informações, deve ser comunicado sobre a elaboração de registros contendo os seus dados.¹¹²

É importante também ressaltar que, ao autorizar a existência dos bancos de dados, o legislador do Código de Defesa do Consumidor considerou a existência do direito fundamental de autodeterminação garantido constitucionalmente a todo cidadão.

A tutela penal da privacidade é ainda prevista no Código Penal, no capítulo destinado aos crimes contra a liberdade individual, que tratam respectivamente nos arts. 150, 151, 152, da violação de domicílio e da violação de correspondência. No mesmo sentido é a proteção destinada à inviolabilidade dos segredos, disposta nos arts. 153 e 154 do mesmo diploma.

¹¹¹FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v.88, 1993. p.439-458.

¹¹²BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.272.

1.1.2 O Avanço Tecnológico e a Violação da Privacidade nas Relações de Consumo

O desenvolvimento tecnológico a partir da Revolução Industrial gerou a incontrollabilidade dos riscos. Inicialmente a preocupação restringiu-se às questões ambientais e suas conseqüências.

Contudo, logo se viu que o avanço tecnológico geraria riscos e danos não somente as questões ligadas aos aspectos físicos (saúde e segurança) do indivíduo, mas também a questões inerentes a sua personalidade, como a privacidade.

No campo da informática o avanço tecnológico foi notável. A partir da internet, o desenvolvimento de técnicas invasivas de privacidade foi potencializado, sem a correspondente criação de mecanismos de controle desse processo.

O desenvolvimento informático está diretamente ligado ao papel fundamental da informação na sociedade atual, que passou a influenciar as relações jurídicas em geral, sobretudo as relações de consumo.

Com a massificação das relações de consumo, as informações relativas a qualidade econômica do consumidor passaram a ser fundamentais ao fornecedor.

Nessa perspectiva, os dados relativos ao consumidor, sob a denominação “Bancos de dados de proteção ao crédito” e passaram a ser negociados por grandes empresas.

É sabido que, antes da criação da internet já se utilizavam métodos manuais de recolhimento de dados pessoais que por vezes, guardavam informações incorretas e incompletas.

Os arquivos informáticos surgiram com a promessa e expectativa de potencializar o uso dos arquivos de dados pessoais, já que o acesso e a alimentação das informações poderiam ser efetuados de forma mais célere e efetiva.

Nesse sentido, Danilo Doneda expõe que:

O banco de dados pode ser administrado com ou sem o recurso à informática. O banco de dados informatizado, produto da tecnologia aplicada ao tratamento de informações pessoais, apresenta um potencial superior: ele pode armazenar um grande volume de informações, processá-las rapidamente, agregá-las e combiná-las em uma multiplicidade de modos em um tempo irrisório se comparado com idêntica operação

realizada em um banco de dados tratado manualmente, o que faz com que ele funcionasse como um elemento catalisador das atenções e fez com que uma parcela representativa das normas e procedimentos editados sobre a matéria fizesse referência direta e exclusiva aos bancos de dados¹¹³.

Contudo, o que se viu foi o uso da internet para um desenvolvimento absolutamente descontrolado da manipulação de dados pessoais de forma a provocar a quebra dos limites entre o público e o privado e, conseqüentemente, a disseminação de informações pessoais pela *web*.

Destaca José Afonso da Silva a invasão da privacidade pelo desenvolvimento dos bancos de dados:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.¹¹⁴

Por tal razão, o Estado foi convocado a atuar de forma a desenvolver meios de tutela da privacidade mediante a revisão dos limites desse direito.

Nesse sentido a exposição de Eduardo Molina Quiroga:

O surgimento da informática gerou uma revisão do direito à intimidade, pela estruturação de grandes bancos de dados de caráter pessoal e a possibilidade de entrecruzamento da informação contida nos mesmos. A tomada de consciência sobre esta circunstância nos levou a sustentar, faz um tempo, que o direito à intimidade não podia seguir considerando-se simplesmente a ausência de informação acerca de nós mesmos na mente dos demais (o "deixar-me só"), mas que devia adquirir o caráter de um controle sobre a

¹¹³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**, p. 158-159.

¹¹⁴SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.212-213.

informação que nos concernia, ou seja, a faculdade do sujeito de controlar a informação pessoal que sobre ele figurava nos bancos de dados [...].¹¹⁵

O desenvolvimento de uma nova forma de proteção da privacidade deu-se, sobretudo, por meio da responsabilidade civil diante da configuração do dano moral por ofensa ao direito de personalidade.¹¹⁶

Ao tratar dos danos advindos da violação da privacidade por meio dos dados informáticos, Guido Alpa enfatiza outra forma de dano:

O valor da pessoa é considerado, não só pelo seu conteúdo moral, mas também pelo seu conteúdo patrimonial [...] Vale a pena, porém, recordar um julgamento no qual se deu relevo a um tipo de dano que se soma àqueles já mencionados: o dano biológico. De fato, pode acontecer que a violação da privacidade não implique só a violação de um interesse moral pelo fato de que informações que deveriam ser mantidas reservadas sejam propaladas, comportando então sofrimentos físicos e psíquicos no sujeito que passou por isso. Daí o reconhecimento de um ressarcimento do dano também para este fim.¹¹⁷

¹¹⁵ITURRASPE et al., op. cit., p.122-123: *"La irrupcion de la informática oblige a un replanteo del derecho a la intimidad, por la estructuracion de grandes bancos de datos de carácter personal y la posibilidad del entrecruzamiento de la información contenida en los mismos. La toma de conciencia sobre esta circunstancia nos llevó a sostener, hace un tiempo, que el derecho a la intimidad no podía seguir considerándose simplemente la ausencia de información acerca de nosotros en la mente de los demás (el 'dejenme solo'), sino que debía adquirir el carácter de un control sobre la información personal que sobre él figurara en los bancos de datos..."*

¹¹⁶Nesse sentido, Sérgio Filho expõe que: "Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativos aos direitos da pessoa humana. À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E por justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5.º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário, conforme se constata do aresto a seguir transcrito: 'Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória' (Ap. cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719)". (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.76-77).

¹¹⁷ALPA, Guido. **La disciplina dei dati personali**. Milão: Edizioni Seam, 1998. p.43.

A violação da privacidade decorrente do avanço da tecnologia assume posição de destaque ao ser tratada no âmbito das relações de consumo. Isso porque, possivelmente nos dias atuais a forma mais comum de violação desse direito seja no meio comercial pelos arquivos de consumo ou bancos de dados de proteção ao crédito.

Assim, busca-se evidenciar a necessidade de controle dos meios informáticos mediante regulação específica, uma vez que, no dizer de Leonardo Roscoe Bessa, o avanço da ciência a par dos benefícios provoca ameaças aos direitos de personalidade, tanto que "a privacidade – no âmbito dos dados pessoais – é provavelmente, a parte mais exposta e vulnerável aos efeitos negativos decorrentes dessa evolução científica".¹¹⁸

No dizer de Ian Ramsay, se o desequilíbrio nas relações contratuais foi o responsável pela aceleração do desenvolvimento de normas de proteção ao consumidor, hoje o responsável seria o "desequilíbrio informativo" já que o poder da tecnologia nas mãos dos fornecedores revela uma força direcionada aos direitos de personalidade e fundamentais do indivíduo que busca a manutenção de sua dignidade e liberdade.¹¹⁹

1.2 NOÇÃO DE DIREITO À HONRA

Inúmeras são as tentativas de conceituar o direito à honra, seja com base nos diversos elementos que a compõem, seja na sua pura concepção, traduzida por Adriano De Cupis como "A dignidade pessoal refletida na consideração dos demais e no sentimento da própria pessoa"¹²⁰.

Para Capelo de Souza, a honra¹²¹ é a "projecção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo, desde os emergentes da sua mera

¹¹⁸BESSA, op. cit., p.106.

¹¹⁹Apud MARQUES, **Contratos no código...**, p.168.

¹²⁰DE CUPIS, op. cit., p.34.

¹²¹O conceito aqui enfatizado refere-se à honra da pessoa decorrente dos direitos de personalidade e que garantem a ela a possibilidade de defesa de sua integridade moral. A delimitação da honra na relação de consumo e suas especificidade será tratada em tópico posterior.

pertença ao gênero humano até aqueles outros que cada indivíduo vai adquirindo através do seu esforço pessoal".¹²²

Como ensina Manuel da Costa Andrade, os elementos descritivos da honra baseiam-se no conteúdo psicológico e no conteúdo sociológico.¹²³ Isso porque a honra reflete na consideração alheia e da própria pessoa, ou seja, pela exteriorização da honra o sujeito é avaliado socialmente e internamente.

Daí Edilson Pereira de Farias ressaltar duas características principais desse direito. A primeira é de que a honra está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, logo, inerente a qualquer pessoa, livre de qualquer consideração de raça, religião ou classe social. A segunda diz respeito ao conteúdo objetivo (consideração dos outros) e subjetivo (sentimento da própria pessoa).¹²⁴

O conteúdo objetivo e subjetivo da honra guarda relação com a visão que o sujeito tem de si mesmo, bem como com a dimensão do sujeito em relação aos demais, intimamente ligada à idéia de reputação.

Discute-se doutrinariamente sobre o caráter didático ou não de tal dicotomia¹²⁵. Contudo, no que tange à tutela do direito à honra dentro das relações de consumo, tal bipartição é de vital importância – principalmente porque a análise que se fará aqui trata da infringência desse direito – tanto no âmbito subjetivo como no objetivo, ou seja, a ofensa da honra do sujeito intimamente considerado, bem como a sua visão exterior calcada na relação de consumo.

¹²²CAPELO DE SOUSA, op. cit., p.301.

¹²³COSTA ANDRADE, Manuel da. **Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.79.

¹²⁴FARIAS, op. cit., p.134.

¹²⁵Aparecida Amarante entende que a distinção da honra de acordo com os dois critérios é apenas didática já que "quando ocorre lesão a qualquer dos dois aspectos, o prejuízo reflete-se na pessoa mesma, ficando difícil isolar-se um do outro" (AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.59). De outro vértice, Leonardo Roscoe Bessa defende a bipartição, justificando que esta tem servido especialmente ao debate relativo à existência e necessidade de proteção da honra da pessoa jurídica (op. cit., p.119).

A par da importância de tal distinção de cunho doutrinário, é importante destacar que a honra goza de proteção legal específica, tanto no campo constitucional como no infraconstitucional.

O fundamento dessa proteção encontra-se em boa parte na necessidade de conservação da dignidade da pessoa humana e no desenvolvimento do homem no seu âmbito social.

1.2.1 A Proteção Jurídica da Honra no Brasil

A partir do princípio da dignidade da pessoa, é fundamental que se reconheça a extensão geral da proteção da honra, que vai além da proteção constitucional e criminal, por meio de uma adequada delimitação, no âmbito da unidade do sistema jurídico.¹²⁶

Na Constituição Federal, permeando os direitos e as garantias fundamentais, encontram-se no art. 5.º, inc. X¹²⁷ a inviolabilidade da honra e o direito à indenização pelos danos morais e materiais provenientes de sua violação. O mesmo dispositivo (inciso V) estabelece o direito de resposta para ofensas praticadas pelos meios de comunicação em massa.

O Código Civil de 2002, corrigindo a falta de tratamento específico do Código Civil de 1916¹²⁸, trata especificamente da proteção da honra no art. 20¹²⁹,

¹²⁶CAPELO DE SOUSA, op. cit., p.308.

¹²⁷Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹²⁸O Código Civil de 1916 não conferiu disciplina própria ao direito à honra, havendo somente a norma geral da responsabilidade civil do art. 159 e algumas previsões nos arts. 1.547, 1.548 e 1.549.

inserindo-a no rol dos direitos de personalidade. A possibilidade de indenização pela ofensa também vem disposta no art. 953¹³⁰, que estabelece a reparação do dano no caso de calúnia, difamação e injúria.

No Código Penal, em caráter de subsidiariedade com base no princípio da intervenção mínima, estão também tipificadas as situações de ofensa a honra por meio dos crimes de calúnia (art. 138), difamação (art.139) e injúria (art. 140).

Comum ao direito público e ao direito privado, a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/1967) define como crime os abusos cometidos pelos meios de informação e divulgação, fazendo menção à calúnia, difamação e injúria, inclusive contra a memória dos mortos (art. 24). Garante ainda o direito de resposta às pessoas ofendidas em sua honra pelo mesmo jornal, emissora ou agência de notícias por meio da publicação da resposta ou retificação.

Finalmente, o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/1965) também prevê os crimes contra a honra nos arts. 324,325 e 326 nos casos de propaganda eleitoral ou para fins de propaganda.

Além das acima previstas e diante da necessidade de extensão da proteção é que se busca traçar aqui os meio de tutela da honra num ponto bastante específico do ordenamento jurídico: as relações de consumo.

1.2.2 Direito a Honra na Relação Consumerista

A proteção da honra do consumidor não foi expressa diretamente na Lei n.º 8.078/1990. Na verdade, é pela análise do art. 42, que proíbe a exposição do

¹²⁹Art. 20. Salvo de autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comercial.

¹³⁰Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte o ofendido.

consumidor ao ridículo ou a qualquer forma de constrangimento ou ameaça na cobrança de débitos, e do art. 71, que tem o mesmo objetivo, que se deduz a proteção da honra do consumidor.

Ao dispor sobre a honra, mesmo que indiretamente, um dos objetivos do Código de Defesa do Consumidor é a tutela desse direito num ponto bastante específico, qual seja, a cobrança de dívidas.

Isso porque, é fazendo uso da fragilidade do consumidor diante da realidade do consumo que o fornecedor busca a satisfação do seu interesse, o pagamento da dívida.

A massificação das relações de consumo faz com que as pessoas só se sintam *incluídas* se puderem consumir, ou pelo menos parecer que o podem. A conseqüência é o superindividamento crescente que faz parte da realidade da população brasileira e que evidencia essa nova posição do sujeito na sociedade.

É nesse sentido a exposição de Laura Minestrone:

Por outro lado, não há nada a fazer para evitar o estigma, a vergonha e a profunda sensação de inferioridade de quem não consome. Até no gueto onde outras pessoas vivem em iguais condições, nos mesmos bairros depressivos e degradados, é impossível fugir a uma tal sensação de inadequação. De fato o parâmetro de referência, o standard de normalidade, hoje não é mais determinado pelos vizinhos, mas vem estabelecido além dos limites do bairro: o nível de vida considerado digno (e continuamente não alcançado) é aquele proposto pelos jornais e pela publicidade televisiva.¹³¹

Ademais, o Estado oferece pseudos meios de proteção, que proporcionam ao consumidor uma sensação de proteção, mas não se presta à efetivação desses meios.

Veja-se a proteção da honra nas relações de consumo. Inúmeras são as ações buscando o ressarcimento de danos morais por inserções indevidas nos bancos

¹³¹MINESTRONI, op. cit., p.333: "*In alternativa, non vi è nulla da fare per evitare lo stigma, la vergogna e il profondo senso di inferiorità di chi non consuma abbastanza. Persino nel ghetto dove altre persone vivono nelle stesse condizioni, nei medesimi quartieri depressi e degradati, è impossibile sfuggire a una tale sensazione di inadeguatezza. Infatti il parametro di riferimento, lo standart di normalità, oggi non è più determinato dai vicini, ma viene stabilito oltre i confini di quartiere: il livello di vita considerato dignitoso (e continuamente innalzato) è quello proposto dai giornali e dalla pubblicità televisiva.*"

de dados, ou por utilização de cobranças vexatórias ao consumidor. Contudo, a possibilidade de compensação por danos morais em favor do consumidor não diminui a cotidiana violação dos seus direitos. Daí falar-se em pseudo proteção uma vez que a atuação ilícita dos fornecedores não é reprimida de modo a impedir as condutas lesivas ao consumidor.

As violações da honra do consumidor, por exemplo, por meio dos Bancos de Dados, aumentam na mesma proporção que diminuem a fiscalização e atuação do Estado a essas empresas que se intitulam "protetoras do crédito".

É fato que numa sociedade baseada na economia de mercado, não se espera realidade diferente. O que não se pode permitir é que a oferta seja desenfreada e sem controle estatal ou social algum.

Essa realidade possibilita que os fornecedores promovam, por meio da cobrança vexatória e da inserção em bancos de dados, diuturna violação do direito à honra do consumidor. Com ataque direto à sua reputação, ofende-se um dos principais aspectos da personalidade, que na visão de Adriano De Cupis:

[...] trata-se de uma manifestação especial da honra, à qual não pode recusar-se a tutela normal conferida pelo ordenamento jurídico à própria honra. Assim, cada um é responsável pelo descrédito criado a outrem propalando notícias ou emitindo juízos prejudiciais para a sua reputação econômica, mesmo que não se trate de concorrente. Abalar a confiança de que outra pessoa goza relativamente à vontade e capacidade de cumprimento das obrigações patrimoniais significa, precisamente, produzir-lhe um descrédito, ofender a sua honra naquela manifestação que diz respeito à esfera econômica ou patrimonial.¹³²

Ao se tratar da honra no âmbito da relação de consumo, é importante considerar que os dois aspectos desse direito, o objetivo e o subjetivo, devem ser respeitados. Como já dito, cada um deles se desdobra da seguinte forma: "a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros" ou honra objetiva e "a

¹³²DE CUPIS, op. cit., p.127-128.

dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa"¹³³ também denominada honra subjetiva.

Isso porque, ao se cogitar do direito que emerge numa relação entre consumidor e fornecedor, esses dois aspectos estão extremamente vinculados, na medida em que vivemos numa sociedade de consumo, na qual só é incluído quem consome (podendo ou não consumir).

Assim, para que se concretize o ideal de igualdade entre fornecedores e consumidores proposto pelo CDC, necessário o respeito às normas por ele impostas, seja no uso dos bancos de dados, seja no exercício da cobrança de dívidas.

¹³³FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos ...**, p.135.

CAPÍTULO 2

CAUTELAS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO POR PARTE DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS.

2.1 LIMITES DECORRENTES DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA

2.1.1 Bancos de Dados de Proteção ao Crédito

Ao se considerar que o Código de Defesa do Consumidor foi criado com o objetivo de equilibrar as relações contratuais formadas com escopo de consumo, é evidente que as normas têm o objetivo claro de proteger a relação em sua totalidade, e não só sob a perspectiva do consumidor.

É por isso que muitos dos dispositivos garantem também direitos ao fornecedor. Dentre eles, encontra-se o dispositivo direcionado aos bancos de dados que, em regra, serve aos seus interesses.

No cenário globalizado, as relações jurídicas em geral, notadamente as contratuais, alcançam a era tecnológica motivando as inúmeras alterações já expostas anteriormente.

Nesse novo plano, as relações interpessoais diminuem e no âmbito das relações de consumo o distanciamento pessoal é evidente. As relações jurídicas são realizadas com entes despersonalizados que em nada lembram os antigos comerciantes de outrora, que mantinham seu próprio estabelecimento comercial e conheciam pessoalmente os seus clientes.

Vive-se a era dos *shopping-centers*, das grandes redes transnacionais, sejam estas as grandes lojas de departamento ou os hipermercados. Dispõe-se de lojas virtuais, bens e serviços são adquiridos via *web*.

Essa despersonalização do consumidor, garante ao fornecedor a massificação do consumo e conseqüentemente o aumento exacerbado do lucro. De outro lado,

gerou também uma notável dificuldade de se avaliar a capacidade econômica daquele que consome para fins de garantia do pagamento.

Como a descaracterização do caráter pessoal das relações de consumo, que é irrefutável e só tende a aumentar, o fornecedor se viu obrigado a desenvolver meios que garantissem não o conhecimento pessoal do seu cliente, mas sim a sua capacidade econômica. O objetivo era concluir a sua aptidão para aderir ou não à relação contratual de consumo.

A partir daí foram criados arquivos que mantêm os dados dos consumidores à disposição dos fornecedores para que por eles sejam avaliados.

Sobre os dados mantidos nesse tipo de arquivo Guido Alpa enfatiza que:

O dado é uma "informação"; uma informação tal que permite identificar a pessoa de modo direto (por exemplo, com a sua identidade anagráfica ou com sua identidade física, com sua imagem etc.) e de modo indireto obtida por uma conexão com outra informação ou com um simples "número de identificação pessoal" (o qual pode derivar se um endereço de uma lista telefônica, de um certificado, de um cartão de crédito ou outro meio de pagamento, entre outros).¹³⁴

Atento a essa realidade, o art. 43 do CDC regula o uso dos dados do consumidor mantidos nos chamados bancos de dados de proteção ao crédito dispondo que:

O consumidor, sem prejuízo do disposto no art.86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
§ 1.º Os cadastros e dados dos consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 anos.
§ 2.º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quanto não solicitada por ele.

¹³⁴ALPA, **La disciplina...**, p.105-106: "*Il dato è una 'informazione'; una informazione tale da consentire di identificare la persona in modo diretto (ad es. Com la sua identità anagrafica o com la sua identità fisica, con la sua immagine, ecc.) e in modo indiretto, ottenuto cioè per connessione con altra informazione, o com un semplice 'numero de identificazione personale' (quale potrebbe derivare da un indirizzo, da un elenco telefonico, da un certificato, da una carta de credito o da altro mezzo di pagamento, e così via).*"

§ 3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de 5 dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5.º Consumada a prescrição relativa a cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Mesmo regulando os bancos de dados, que, como dito, de regra, servem aos interesses do fornecedor, já que muitas vezes utilizados como forma de garantia de pagamento, o artigo supra revela de forma clara o objetivo do legislador. Primeiro, protege-se a intimidade e a honra/imagem do consumidor por meio da regulação dos bancos de dados, alimentados com informações relativas ao mesmo (preferências, capacidade financeira etc.). Segundo, protege-se o crédito sendo que as entidades protetivas do crédito conservam um cadastro de consumidores inadimplentes.¹³⁵

A concepção do banco de dados e cadastro de consumidores não é recente¹³⁶, em que pese ter se popularizado e se desenvolvido com o advento dos computadores e meios eletrônicos de armazenamento de dados.

Na verdade, segundo Antonio Carlos Efiging, os bancos de dados:

[...] devem ser considerados como conseqüência do desenvolvimento do instituto do crédito. Historicamente, pode-se conceituar o sistema de cadastros e bancos de dados de consumidores como uma evolução prática da concessão creditícia, tendo em vista a dificuldade encontrada pelos comerciantes em

¹³⁵ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**, p.108.

¹³⁶EFING, **Bancos de dados...**, p.25: "Tem-se como nascimento dos bancos de dados de consumidores a criação do primeiro SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) em 1955 na cidade de Porto Alegre, que seria uma 'associação civil, constituída por empresas comerciais que praticam a venda a crédito, para defesa de interesses comuns. Tem como principal função fichar clientes maus pagadores, evitando, assim, que seus associados fiquem vulneráveis à ação desses elementos', justamente para dar apoio aos crediários estabelecidos. Logo após, ainda no ano de 1955, foi constituído o segundo SPC do país, desta vez em São Paulo, seguindo o Primeiro Seminário Nacional de SPCs, em 1962 em Belo Horizonte."

selecionar merecedores de crédito, com o intuito de evitar possíveis inadimplentes.¹³⁷

Assim, o desenvolvimento do comércio e, por conseguinte, do consumo gerou a necessidade de proteção do fornecedor (produtor/comerciante) quando da concessão de crédito, daí a criação dos cadastros de "maus pagadores", que proporcionam ao fornecedor a escolha do "melhor consumidor" (aquele que supostamente irá adimplir, pois ainda não marcado com o signo do mau pagador).

A esse respeito MARCELO FROSSARD PINCINATO esclarece:

Para que a falta de confiança não prejudicasse a concessão de crédito, fez-se necessária a criação de meios para supri-la e assim viabilizar a Segunda, com menores riscos. Tendo em vista a extrema dificuldade na obtenção destes dados que, na maioria das vezes, acarretava certo constrangimento aos consumidores, surge a idéia de organizar um grande cadastro no qual seriam armazenadas informações relativas a indivíduos inadimplentes, que poderiam ser consultadas por pretensos cedentes de crédito. Essas consultas, na medida em que alertariam os fornecedores sobre a contratação com consumidores inadimplentes, diminuiriam consideravelmente os riscos das vendas à crédito¹³⁸.

De outro lado, o desenvolvimento informático e das telecomunicações em geral fez surgir também uma outra forma de cadastro. Como o comércio em geral desenvolve-se por meio da sedução, sobretudo em tempos de *consumo, logo existo*, criou-se um banco de informações paralelas, em que são arquivados dados sobre as preferências e os hábitos dos sujeitos, condição financeira, a posição social, entre outros, como uma verdadeira dimensão paralela da personalidade do consumidor, que, em muitas casos, ou na maioria, não tem conhecimento de que integra tal cadastro.

Os bancos de dados, criados com o objetivo de disponibilizar ao fornecedor, informações acerca da qualidade econômica do consumidor, têm se tornado fonte de invasão da privacidade dos consumidores, cujos dados são veiculados pelos

¹³⁷EFING, **Bancos de dados...**, p.21.

¹³⁸ PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, Natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Revista de Direito do Consumidor. N. 60, out-dez 2006, São Paulo, RT, p. 105.

meios informáticos sem qualquer controle ou fiscalização ensejando a prática de condutas ilícitas e abusivas contra o consumidor.

Nesse prisma, tem se tornado prática comum o acesso a bancos de dados de proteção ao crédito por empresas de Recursos Humanos para averiguar se o candidato tem restrição ou não. O candidato que possui restrição muitas vezes deixa de ser contratado em razão dessa restrição e não porque não reúna condições profissionais de ocupar determinado cargo ou função.¹³⁹

Assim, um instrumento cuja utilização é permitida pelo CDC para fins exclusivos de concessão ou não de crédito, e que na maioria das vezes exclui o consumidor do mercado de consumo, transcende a relação de consumo para excluí-lo também do mercado de trabalho, representando verdadeira ofensa a sua privacidade e dignidade.

Ressalte-se que não se quer exorcizar o avanço da tecnologia, que indubitavelmente trouxe benefícios imensuráveis e efetivos aos indivíduos em geral¹⁴⁰. O que se pretende é atentar aos prejuízos que, em razão da ausência de

¹³⁹ Notícia veiculada na Gazeta do Povo de 03/06/2007 com o título “Dívida pode fechar portas no mercado” dá conta dessa prática cada dia mais usual pelas empresas de recursos humanos: “O consultor Valdeci Carneiro, da Everest Gestão de Pessoas, confirma que a consulta é feita pelas empresas, principalmente em etapa de seleção para bancos, mesmo de cargos mais simples. ‘Tive ótimos candidatos que foram eliminados em processo seletivo e que depois nos procuraram à beira de uma crise profissional ou até mesmo em depressão’ diz. Carneiro lembra do caso de uma candidata que tinha formação superior e um bom currículo mas não foi contratada para o cargo de supervisão de um call center. ‘Perguntei se ela tinha restrição e ela disse que sim’. **Após a recusa, diz o consultor, o candidato se sente desqualificado, à margem do processo, quando na verdade o que barra a contratação é uma realidade que ele desconhece (g.n.).**”

¹⁴⁰ O avanço tecnológico, no campo específico da informática trouxe benefícios que atingem a todos independentemente de sua condição econômico-social, à exemplo do que ocorre da área na saúde, onde graças à tecnologia informática os diagnósticos são mais precisos, o atendimento é agilizado etc.. Contudo, não se pode olvidar que no Brasil a minoria da população tem acesso aos meios informáticos, 67% (sessenta e sete por cento) da população nunca teve acesso à internet e na região nordeste, por exemplo, apenas 8,5 % (oito e meio por cento) dos domicílios tem acesso ao computador, como revela a pesquisa realizada pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto (NIC.Br) em julho e agosto de 2006. (www. clipping.nic.br/clipping-2006 – publicado em 08/11/2006) acesso em 10/6/2007). Sobre os excluídos digitais veja-se a tese de doutoramento de Marcos Wachowicz, “A revolução da tecnologia da informação e a tutela jurídica do software”.

controle dos meios tecnológicos, causam a violação de direitos juridicamente tutelados.

Cumpre ressaltar que os dados do consumidor são também utilizados para sua abordagem, que diante de produtos e serviços que *espantosamente* se encaixam no seu perfil, não resiste e consome.

Até algum tempo atrás, somente a mídia televisiva e a escrita eram utilizadas pela publicidade como fonte de persuasão do consumidor. Por meio da publicidade indutiva¹⁴¹, era distribuída pelos horários da programação televisiva e pelas páginas dos jornais e das revistas. No caso da TV, era (e ainda é) focada nas pessoas que naquele horário, por exemplo, estariam assistindo a determinado programa e que teriam um interesse voltado a determinados produtos ou serviços (mulheres, crianças etc.).

Hoje, a abordagem é mais direta e focada em preferências pessoais e particulares dos consumidores, cujas informações são patrocinadas e mantidas pelos bancos de dados e cadastros de consumidores.¹⁴²

Nesse sentido Jorge Mosset Iturraspe assevera que:

¹⁴¹Ao tratar da transformação do modo de consumo em atividade social e universal sem limites, Carlos Alberto Ghersi critica a influência da publicidade televisiva dispondo que: "[...] *la televisión le sobreimpone a la sociedad un mundo de ilusión, una irrealidad forzada, opuesta al mundo más sólido de la realidad [...]. La publicidad inductiva va conformando una sociedad consumista, instaurando en ella la marginación, la desigualdad, la apetencia desmedida; el trastocamiento de valores, em suma, al que aludimos precedentemente*". (GHERSI, op. cit., p.16).

¹⁴²Antonio Carlos Efig traça a diferença entre Bancos de dados e cadastros de consumidores expondo que: "E para aclarar o que sejam os dois institutos, pode-se conceituá-los sinteticamente, assim dizendo que os bancos de dados de consumidores seriam sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos e não-valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos. Diferentemente disto, os cadastros de consumidores seriam sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com o objetivo imediato relativo a operação e consumo presentes e futuras, tendo provisoriamente subordinada aos interesses comerciais subjetivos do arquivista, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos." (EFING, **Bancos de dados...**, p.36).

A finalidade perseguida é agora a "informação comercial", para um melhor e mais completo conhecimento dos clientes ou consumidores que ultrapassa objetivos tradicionais, como são os relativos à solvência ou pontualidade no cumprimento ou pagamento e outros vinculados a estes. As empresas nacionais e transnacionais poderosas, querem saber dos gostos, das preferências, das fraquezas e dos desejos daqueles que vivem na região e são ou podem ser seus clientes.¹⁴³

O CDC faz alusão às duas formas de arquivo de dados, bancos de dados e cadastros de consumidores, e segundo Antonio Herman V. Benjamin:

[...] a *ratio* do codificador, por conseguinte, foi abarcar com as duas denominações todas as modalidades de armazenamento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou abertas a terceiros, informatizadas ou manuais, setoriais ou abrangentes. É nessa perspectiva que bem se pode falar que o CDC publicizou os arquivos de consumo, não no tocante à sua dominabilidade ou gerenciamento dos registros, mas no que tange à acessibilidade ampliada e democratizada das informações que mantêm.¹⁴⁴

Os bancos de dados seguem, pois, à esteira do desenvolvimento tecnológico, influenciando e atuando diretamente nas relações de consumo. Contudo, o que se vê atualmente é que a função primordial desses arquivos, qual seja o auxílio do comércio em geral, tem sofrido deturpações a ponto de transfigurar-se em verdadeiras fontes de ofensas aos direitos fundamentais privacidade e honra.

Os bancos de dados de proteção ao crédito despertam temores na doutrina e na jurisprudência principalmente no que se refere ao seu potencial de dano aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos cidadãos, caracterizados como invioláveis pela Constituição Federal brasileira de 1988. Por acumularem informações relativas à vida financeira e pessoal de indivíduos e empresas, os bancos de dados podem ir de

¹⁴³ITURRASPE et al., op. cit., p.11: "*La finalidad perseguida es ahora la 'información comercial', para un mejor y más completo conocimiento de los clientes o consumidores que sobrepasa objetivos tradicionales, como son los relativos a solvencia, puntualidad en el cumplimiento o pago y otros vinculados a éstos. Las empresas, nacionales y transnacionales poderosas, quieren saber de los gustos, las preferencias, las debilidades, los antojos de quienes viven en la región y son o pueden ser sus clientes.*"

¹⁴⁴BENJAMIN et al., op. cit., p.306-361.

encontro a esses direitos constitucionais se não existirem claros limites à sua atuação.¹⁴⁵

Sobre o problema das informações contidas nos bancos de dados, Guido Alpa assevera que:

Os dados recolhidos acerca das pessoas nem sempre são corretos, completos, pertinentes; nem sempre são recolhidos ou comunicados licitamente; a pessoa é fracionada mediante seleção dos dados que se referem a ela acerca dos quais porém tudo perdeu o controle. A difusão das informações leva a "mercantilizar-se" o sentimento dos indivíduos ao aproveitar as notícias concernentes à sua vida privada, ao distorcer a sua imagem ao conectar e selecionar os dados pessoais, acabando por representar um custo que não se pode suportar sozinho. Mais. A informação enquanto tal transformou-se em instrumento de proveito que pode se resolver em dano, freqüentemente irreparável para a pessoa em relação à qual a informação se refere.¹⁴⁶

Sobre isso, Reynaldo Andrade da Silveira expôs que: "A prática de manter esses arquivos de dados presta-se, com invulgar eficácia, para perseguições políticas e opressão do poder econômico, ofendendo o direito e moral, a um só tempo".¹⁴⁷

Em razão do avanço da informática, os bancos de dados e os cadastros de consumidores atingem amplo nível de desenvolvimento, fulcrado na capacidade de acúmulo de informações. Necessitam, por isso, de um controle cada vez mais rígido

¹⁴⁵BADIN, Arthur et al. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.61, p.10, jan./mar. 2007.

¹⁴⁶ALPA, **La disciplina...**, p.10: *"I dati raccolti sul conto delle persone non sempre sono corretti, compelti, pertinenti; non sempre sono raccolti o comunicati lecitamente; la persona è frazionata mediante la selezione dei dati che la riguardano sui quali, tuttavia, tutto ciò há perso il controllo. Il diffondersi della informazione rivolta a mercificare i sentimenti delgi individui, a sfruttare le notizie concernenti la loro vita privata, a distorcere la loro immagine, anche ideale, a connettere e selezionare i dati personali finisce per ra ppresentare un costo di cui non si può far carico il singolo. Di più. L'a informazione, in quanto tale, è divanuto strumento di profitto, che può risolversi in danno, spesso irrepabile, per la persona a cui l'informazione si riferisce."*

¹⁴⁷SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2004. p.221.

ante a facilidade de acesso e ao fornecimento das informações, sobretudo diante das preocupações de ordem pública que decorrem do direito do consumidor.

Até que ponto as disposições do CDC dão conta da limitação do uso das informações dos bancos de dados? Qual o alcance da proteção disponibilizada pelo CDC no art. 43?

2.1.2 Abrangência da Proteção do CDC em Relações Decorrentes da Atuação dos Arquivos de Consumo

Como enfatiza Antonio Carlos Efiging não se discute o caráter positivo dos arquivos de consumo nas relações de consumo, sobretudo ante o seu caráter operacional em relação ao crédito.¹⁴⁸

Todavia, a utilização desses arquivos, em razão da gigantesca proporção que alcançaram, é hoje feita de modo a causar inúmeros prejuízos aos consumidores, seja pelas informações equivocadas, seja pela diuturna ofensa à privacidade e honra dos mesmos.

Sobre a atuação lesiva dos bancos de dados de proteção ao crédito, Antonio Carlos Efiging observa que:

Atingem a intimidade do ser humano ao perpetuar sem a sua aprovação, e na maioria das vezes sem seu conhecimento, informações que não pretendia ver na boca do povo, traíndo sua confiança e proporcionando agruras fundadas na deslealdade, atingindo o âmago do indivíduo. Além disso, ao investigar e divulgar os dados pessoais, os repositórios de consumo infringem o direito fundamental à vida privada, visto que os dados constantes dizem respeito à vida pessoal do cidadão, que na maioria das vezes sequer tem conhecimento desta publicação¹⁴⁹.

Indubitavelmente, a proporção alcançada pelos bancos de dados se deve pela relevância que a informação (em todas as suas formas) alcançou nos nossos dias.

¹⁴⁸EFING, **Bancos de dados...**, p.36.

¹⁴⁹ EFING, **Bancos de dados...**, p. 59.

Os arquivos de consumo, no dizer de Antonio Herman V. Benjamin, alcançaram "uma estatura semidivina, tamanha a confiança que neles depositam os agentes econômicos e, por via de conseqüência, os próprios cidadãos vistos coletivamente"¹⁵⁰. Isso porque, gerenciam as informações pessoais dos consumidores e as disponibilizam aos fornecedores, sempre ávidos por novos consumidores, mas com os olhos voltados para a qualidade do crédito que se conquista.

Prossegue o mesmo autor enfatizando que "no mundo em que vivemos é possível identificar quatro tipos básicos de poder: o econômico, o militar, o tecnológico e o da informação. Dos quatro, segundo ele, os arquivos de consumo ostentam três: "o econômico, o tecnológico e o de informação".¹⁵¹

De qualquer modo, a importância alcançada pela informação também garantiu ao consumidor o direito de informar-se e o dever do fornecedor informá-lo, tudo em conformidade com o princípio esculpido no art. 4.º, inciso IV do CDC.

O que se pretende abordar é justamente o alcance das duas disposições e se estão elas conjugadas: a existência dos bancos de dados e a proteção dos direitos à honra e privacidade do consumidor.

Em verdade, ao analisar a norma do art. 43 percebe-se a efetiva preocupação do legislador com os princípios inicialmente trazidos pelo CDC, quais sejam: o da informação, o da transparência e o da boa-fé.

O princípio da informação é encontrado em inúmeros dispositivos do CDC, com a exigência que o consumidor seja ostensivamente informado de tudo que envolve a relação de consumo, constituindo a "tônica do Código do Consumidor"¹⁵², sobretudo no que tange às suas informações pessoais.

Nesse passo, o direito à informação também diz com as informações verdadeiras que devem constar nos referidos arquivos. A ressalva é necessária uma

¹⁵⁰BENJAMIN et al., op. cit., p.345.

¹⁵¹BENJAMIN et al., op. cit., p.345.

¹⁵²ARRUDA ALVIM et al., op. cit., p.48.

vez que, como ressalta André de Carvalho Ramos, não há meios que obstem uma pessoa jurídica, cliente de uma empresa gerenciadora de bancos de dados, de implantar "informações negativas sobre o consumidor". Além do que, a negativação do consumidor dá-se sem a necessidade de comprovação da existência do débito¹⁵³.

Outro aspecto a relativizar a proteção do consumidor é a possibilidade de se negatizar um consumidor que discute o valor ou a existência da dívida em juízo.

É nesse sentido a exposição de Cláudia Lima Marques:

Muitas vezes, apesar do consumidor estar discutindo judicialmente o valor da dívida, estes bancos de dados já incluem o consumidor como inadimplente, causando claro dano moral, já identificado em todas as suas instâncias, inclusive no STJ, que afirma: "Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei 8.078/90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é objeto de discussão em Juízo".¹⁵⁴

O princípio da transparência, "cuja idéia central é possibilitar a aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor"¹⁵⁵, também é evidenciado no art. 43 já que o legislador exigiu a verdade nas informações, bem como uma linguagem de fácil compreensão ao consumidor.

Finalmente, o princípio da boa-fé, tido como o "princípio máximo orientador do CDC"¹⁵⁶ e regente de toda e qualquer relação de consumo, apresenta-se também como fundamental na ligação entre fornecedor e consumidor a partir dos arquivos de consumo.

¹⁵³RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.53, p.38, jan./mar. 2005.

¹⁵⁴MARQUES, **Contratos no código...**, p.692.

¹⁵⁵MARQUES, **Contratos no código...**, p.594-595.

¹⁵⁶MARQUES, **Contratos no código...**, p. 671.

Fica evidente que a possibilidade de existência dos bancos de dados autorizada expressamente pelo CDC exige, em contrapartida, um respeito absoluto aos princípios base da tutela do consumidor.

Ao tratar dos bancos de dados, Francesca Sassano expõe com acuidade que:

[...] em geral, a utilização dos dados pessoais é possível quando vem respeitadas três condições: 1) a utilização deve acontecer no exercício de uma atividade reconduzível à liberdade e manifestação de pensamento; 2) os dados pessoais devem ser relativos a fatos de interesse público; 3) **a difusão deve acontecer "dentro de limites essenciais", isto é, não deve ultrapassar o objetivo informativo inserindo informações não estritamente necessárias.**¹⁵⁷ [grifo nosso]

Além dos princípios já expostos, o legislador do CDC estabeleceu uma série de regras inerentes aos bancos de dados, concernentes aos limites de conteúdo e limites temporais.

A primeira exigência é que os dados arquivados sejam "*objetivos, claros e verdadeiros*".

A objetividade da informação contida no banco de dados diz com a necessidade de que os dados sejam diretos sem descrever "juízos de valor ou análise subjetiva da situação financeira do consumidor".¹⁵⁸

No dizer de Leonardo Roscoe Bessa:

O atributo da objetividade evidencia a finalidade teórica dos bancos de dados de proteção ao crédito: auxiliar a decisão de um fornecedor sobre a concessão ou não de crédito a alguém. Portanto, a valoração das informações é tarefa a ser realizada pelo destinatário das informações, pelo consulente dos arquivos, e não pelas entidades de proteção ao crédito.¹⁵⁹

¹⁵⁷SASSANO, Francesca. **La tutela dei diritti della personalità**. Dogana: Maggioli Editore, 2005. p.115: "...in generale, l'utilizzazione dei dati personali è possibile qualora vengano rispettate tre condizioni: 1) l'utilizzazione deve avvenire nell'esercizio del pensiero; 2) i dati personali debbono essere relativi a fatti di interesse pubblico; 3) la diffusione deve avvenire 'entro limiti essenziali', cioè non deve eccedere l'intento informativo, inserendo informazioni non strettamente necessarie."

¹⁵⁸BESSA, op. cit., p.186.

¹⁵⁹BESSA, op. cit., p.186.

Nesse ponto, exige-se também uma "*linguagem de fácil compreensão*", que objetiva o entendimento das informações em relação ao seu conteúdo e efeito, sobretudo pela condição de vulnerabilidade do consumidor¹⁶⁰. Como ressalta Reynaldo Andrade da Silveira: "De nada adiantaria, se ao consumidor fosse assegurado o direito de acesso ao registro ou cadastro e, diante da leitura da informação, não fosse capaz de entender o seu conteúdo."¹⁶¹

É nesse sentido a ressalva de Cláudia Lima Marques:

Nosso alerta é, pois, no sentido de tratar-se, em essência, de uma prática comercial perigosa, muitas vezes abusiva, regulada a contrário pelo CDC, que impõe deveres e limites à possibilidade de manter, organizar e usar estes bancos de dados de consumo.¹⁶²

Prossegue a mesma autora enfatizando que:

Como ensina Ian Ramsay, se a idéia de desequilíbrio de forças nas tratativas e na execução do contrato (*unequality of bargaining power*) foi a catalisadora do desenvolvimento de um direito protetivo do consumidor no primeiro momento e do aparecimento de um sujeito de direitos autônomo e político, à procura da igualdade material, hoje o catalisador é o desequilíbrio informativo, pois o poder de controle da informação, das imagens (da tecnologia) e da cultura (*power through the control os information, images and culture codes*) traz a tona forças ainda mais básicas, ligadas à personalidade do indivíduo e seus direitos fundamentais, em que o sujeito procura redescobrir sua liberdade material e manter alguma dignidade. Isto é, os direitos de informação, o direito à reflexão e ao combate às pressões e ao abuso são concretizações novas do respeito à dignidade da pessoa humana e manutenção da liberdade de

¹⁶⁰Conforme orientação de Ricardo Luis Lorenzetti: "*La vulnerabilidad es una desigualdad específica: la noción de igualdad es genérica y no siempre requiere de normas protectorias, ya que el Derecho trata de eliminar sólo algunas de las desigualdades existentes. La vulnerabilidad, por el contrario, es específica, y demanda protección. Puede identificarse una serie de sujetos que compartan un término de desigualdad (pobres, desocupados, enfermos etc.), pero la vulnerabilidad se refiere al impacto que este elemento tiene sobre la relación jurídica.*" (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003. p.35-36).

¹⁶¹SILVEIRA, op. cit., p.225.

¹⁶²MARQUES, **Contratos no código...**, p.695.

ambos, fornecedor e consumidor, em uma sociedade pós-industrial, que necessita essencialmente de direitos com efeitos distributivos.¹⁶³

Apesar das ressalvas e limites impostos pela lei em relação aos bancos de dados, reiteram-se os prejuízos ao consumidor, por meio de ataques freqüentes e diretos a vários de seus direitos, cuja análise se restringe aqui à privacidade e à honra.¹⁶⁴

De qualquer modo, atento à necessidade de tutela dos dados pessoais, o texto constitucional garantiu, de forma expressa, o acesso irrestrito às informações pessoais, conforme segue.

2.1.3 A Proteção de Dados Pessoais – Autodeterminação Informativa

A análise jurídica da privacidade e da honra, sobretudo no que tange ao direito do consumidor, tem estreita ligação com o direito à autodeterminação informacional. Tal direito é garantido constitucionalmente a todo cidadão, como forma de proteção aos direitos fundamentais dele decorrentes.

Ao tratar das técnicas de proteção dos direitos fundamentais, Canotilho ressalta os meios de defesa não jurisdicionais, quais sejam, direito de resistência, direito de petição, direito a um procedimento justo, direito à autodeterminação informativa, direito ao arquivo aberto e garantias impugnatórias no procedimento administrativo. Ressalta o mesmo autor que o segredo não é compatível com as liberdades e direitos

¹⁶³MARQUES, **Contratos no código...**, p.168.

¹⁶⁴André de Carvalho Ramos enfatiza que já em 1974 as autoras americanas Mclaughlin e Vaupel publicaram um artigo sobre o direito à privacidade (*right to privacy*) e sobre dados contidos em vários arquivos sobre consumidores: "Chamaram esses bancos de dados de 'Pequeno Irmão', alusão ao Grande Irmão orweliano. Apontaram o perigo de violação da intimidade do consumidor e de discriminação odiosa pela existência dos 'credit bureaus', bancos de dados sobre comportamento do consumidor, cujas informações eram vendidas para fornecedores e direcionavam crédito e outras decisões." (RAMOS, op. cit., p.38).

do homem, e à idéia de segredo, estaria acrescentado um novo perigo para o cidadão: "a digitalização dos direitos fundamentais".¹⁶⁵

Daí surge um direito geral de autodeterminação informativa que é justamente a faculdade que o indivíduo possui de determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais.

Ao tratar da proteção do indivíduo em relação a dados informatizados sobre si, Jean Morange assevera que:

[...] o direito de acesso permite a todo o indivíduo que decline sua identidade de interrogar todo detentor de arquivo público ou privado a fim de saber se nele figura ou não. Ele poderá obter informações que o envolvam e eventualmente, contestá-las.¹⁶⁶

O Código de Defesa do Consumidor, adotando de forma expressa o princípio constitucional que prevê como garantia fundamental o livre acesso do indivíduo aos cadastros de informações, conforme já dito, estabeleceu em seu art. 43 que o consumidor "terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de arquivos sobre ele, bem como às suas respectivas fontes".

Segundo Eduardo Arruda Alvim: "Trata-se de norma que tem razão de ser, em *ultima ratio*, no direito à informação assegurado em sede constitucional (CF, art. 5.º, XIV) e no próprio direito de certidão (CF, art. 5.º, XXXIV)."¹⁶⁷

Sobre o tema, Antonio Herman V. Benjamin ensina que "o acesso que tem o consumidor aos assentos lavrados em seu nome é o segundo direito básico estatuído pelo CDC no campo dos arquivos de consumo".¹⁶⁸

¹⁶⁵CANOTILHO, op. cit., p.480.

¹⁶⁶MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Trad. Eveline Bouteiller. 5.ed. Barueri: Manole, 2004. p.205.

¹⁶⁷ARRUDA ALVIM et al., op. cit., p.226.

¹⁶⁸BENJAMIN et al., op. cit., p.405.

Tendo o consumidor o direito de acesso e de ser comunicado sobre a existência de arquivos em seu nome, pondera Antonio Carlos Efig que o exercício de tais direitos deveria ser instrumentalizado pela própria norma que os descreve. Propõe o envio de formulários ao consumidor para requerimento de acesso ao conteúdo dos dados originais ou o envio de cópia dos dados assentados na sua íntegra.¹⁶⁹

A previsão legal contida no art. 43 vem ratificar o instituto do *habeas data* previsto constitucionalmente, com a finalidade de garantir ao consumidor o controle da manipulação dos dados constantes em repositórios de consumo sobre a sua prova, denotando a preocupação do legislador na busca pela chamada autodeterminação informacional.¹⁷⁰

A par das disposições constitucionais que estabelecem o *habeas data* como o meio jurídico hábil para tornar transparente "a relação existente entre arquivos públicos de dados e pessoas arquivadas"¹⁷¹, achou por bem o legislador afastar as possibilidades de afronta aos direitos fundamentais que vinham sendo diuturnamente ignorados pelos arquivos de consumo "em virtude de brecha legislativa e falta de contundência prática das previsões legais existentes."¹⁷²

O acesso às informações pelo consumidor tem amparo no disposto nos arts. 5.º, XXXII, 170, V da Carta Constitucional que visam a sua proteção, além de atender ao objetivo para o qual foram criados esses cadastros: manter as informações corretas e atualizadas sobre os consumidores.

A disposição pontual trazida pelo CDC permitindo o acesso às informações existentes em arquivos de consumo, segundo Antonio Herman V. Benjamin,

¹⁶⁹EFING, **Bancos de dados...**, p.114.

¹⁷⁰EFING, **Bancos de dados...**, p.114.

¹⁷¹EFING, **Bancos de dados...**, p.114.

¹⁷²EFING, **Bancos de dados...**, p.114.

disponibiliza ao consumidor acesso amplo e irrestrito às informações a seu respeito, colhidas de outra fonte que não ele próprio, estejam elas onde estiverem: em organismos privados ou públicos, em cadastros internos das empresas ou em bancos de dados prestador de serviços a terceiros.¹⁷³

O direito à autodeterminação informacional configura-se assim, como meio hábil à proteção da privacidade e honra, uma vez que o impedimento do livre acesso do consumidor aos referidos cadastros e a sua conseqüente utilização sem a devida fiscalização geram, em muitos casos, a violação direta daqueles direitos.

A autodeterminação informacional, como técnica de proteção aos direitos fundamentais, atua num primeiro momento como meio de possibilitar ao consumidor o livre acesso às informações sobre si armazenadas pelos arquivos de consumo. Num segundo momento, permitindo o livre acesso às informações, tem o condão de evitar a violação da privacidade e da honra do consumidor que, como qualquer cidadão, é detentor do direito de excluir do conhecimento de terceiro aquilo que só a ele se refere.

Sobre esse assunto expõe Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] para além da liberdade pessoal e seus desdobramentos, já referida – situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido da autonomia e integridade psíquica e intelectual) concretizando-se no respeito pela privacidade, intimidade, honra e imagem, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa humana. Tal concepção restou consagrada expressamente – notadamente no que diz com a vinculação direta do princípio da dignidade da pessoa humana – pelo Tribunal Constitucional da Espanha, ao afirmar que o direito à intimidade, como derivação da dignidade da pessoa, implica a existência de um âmbito próprio reservado em face da atuação e conhecimento dos demais, indispensável á manutenção de uma qualidade mínima de vida humana.¹⁷⁴

Conclui-se que a efetiva aplicação do direito à autodeterminação informacional, além de propiciar a proteção direta dos direitos fundamentais, ligados ao livre acesso

¹⁷³BENJAMIN et al., op. cit., p.402.

¹⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.90.

às informações pessoais, funciona, sobretudo no que tange aos direitos do consumidor. Sobre esse enfoque, serve como meio de controle dos serviços prestados pelos bancos de dados e cadastros de consumidores, que atuam sem qualquer forma de controle externo.

CAPÍTULO 3

COBRANÇA DE DÉBITOS DE CONSUMIDOR INADIMPLENTE

O Código de Defesa do Consumidor trouxe normas de proteção ao consumidor a serem respeitadas antes e depois da formação do contrato de consumo. Elencou regras direcionadas à oferta, vinculando o fornecedor desde então. Na fase posterior à contratação, dedicou regra específica à cobrança de dívidas.

Na tentativa de suprir uma lacuna legal, que permitia a aplicação de meios vexatórios e invasivos de privacidade, o legislador do CDC dedicou tratamento civil e penal à cobrança de dívidas, respectivamente nos artigos 42 e 71 do CDC.

Antônio Herman de V. Benjamim lembra uma situação levada ao Procon de São Paulo, por um consumidor inadimplente que trabalhava em um escritório na Praça da Sé, região de grande movimento do centro de São Paulo. Em razão das cobranças infrutíferas que incluíam telefonemas diários ao seu chefe, foi o consumidor surpreendido por uma banda de músicas e por palhaços que portavam cartazes e que gritavam seu nome aliado a uma série de adjetivos.¹⁷⁵

Situações como esta e muitas outras que expunham o consumidor a abusos no momento da cobrança de dívidas, geraram considerável dedicação do legislador do CDC, sentida por meio de limitações e parâmetros claramente previstos para a cobrança de dívidas.

Nesse sentido a exposição de João Batista de Almeida:

Ciente dos constantes abusos que se perpetravam nessa área, com ofensa à dignidade do devedor, exposição a ridículo e utilização de práticas violentas, como ameaça e constrangimentos, e que o legislador procurou restabelecer o império do direito, ou no dizer de um doutrinador "o modo civilizado de cobrar. Colima-se com o tratamento legislativo da questão, fazer com que o exercício

¹⁷⁵BENJAMIN et al., op. cit., p.340.

regular do direito do credor se compreenda dentro dos limites legais, não os extrapolando para atingir contornos abusivos.¹⁷⁶

3.1 LIMITES DECORRENTES DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA

O *caput* do art. 42 do CDC estabelece que: "*Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer constrangimento ou ameaça.*"

O dispositivo evidencia a proibição do abuso do direito¹⁷⁷ do fornecedor na cobrança de dívidas do consumidor, contudo, cumpre ressaltar que o CDC veda somente a cobrança realizada de forma abusiva, permitindo a cobrança pelos meios normais e sem excessos.

Esclarece Bruno Miragem que:

O caráter abusivo da conduta do fornecedor – que a princípio caracterizaria o exercício do direito de cobrança do devedor inadimplente, pelo credor – reside justamente no fato de este imprimir na sua conduta a violação da integridade moral do consumidor. É o caso, por exemplo, do credor que cobra dívida do consumidor inadimplente em programa de rádio apresentado ao vivo, ou da instituição de crédito que, pretendendo pressionar o consumidor inadimplente a honrar seu crédito, revela dados da operação – e o fato do não pagamento – ao superior hierárquico deste, violando inclusive o seu dever de sigilo.¹⁷⁸

A intenção do legislador é, sem dúvida, a proteção da integridade moral e psicológica do consumidor, caracterizadas pelo direito à honra e à privacidade. Nesse aspecto, conclui Geraldo de Faria Martins da Costa que "o legislador compreendeu que dois eventos especialmente delicados podem ferir a honra e a

¹⁷⁶ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.97.

¹⁷⁷Como ressalta Ronaldo Alves de Andrade, a prática abusiva prevista pelo CDC no art.42 caracteriza-se como ato ilícito conforme disposição do art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (ANDRADE, op. cit., p.98).

¹⁷⁸MIRAGEM, op. cit., p.57-58.

vida privada do consumidor de crédito: a cobrança de dívidas e o tratamento de dados sobre o consumidor".¹⁷⁹

No mesmo sentido é a exposição de Antônio Cezar Lima da Fonseca:

[...] a cobrança ofensiva de dívidas fere o direito à honra da pessoa, que é direito da personalidade, eis que naquela o credor confunde o plano econômico do devedor com o plano pessoal, íntimo, de amor próprio, que é a honra, bem da personalidade pertencente ao devedor e que deve ser resguardado, protegido na relação de consumo.¹⁸⁰

A vedação busca afastar práticas constrangedoras que, além de gerar ofensa aos direitos de personalidade, ocasionem prejuízos ao consumidor e ao mercado de consumo em geral. Diante das técnicas ofensivas, o consumidor acaba por efetuar o pagamento ao fornecedor que as utilizou em detrimento dos que se portaram de acordo com a norma.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim dispõe que o próprio Congresso Americano, na Exposição de Motivos do *Fair Debt Collection Practices Act* constatou que:

[...] há prova abundante do uso, por parte de cobradores de débitos, de práticas abusivas, enganosas e injustas em tal atividade. Práticas abusivas de cobrança de dívidas contribuem para o número de insolvências civis, para a instabilidade matrimonial, para a perda de emprego e para a invasão da privacidade individual.¹⁸¹

3.1.1 Disciplina Jurídica da Cobrança de Dívidas pelo CDC

¹⁷⁹COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superindivíduo**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002. p.70.

¹⁸⁰FONSECA, Antônio Cesar Lima da. **Direito penal do consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.250.

¹⁸¹BENJAMIN et al., op. cit., p.339.

O art. 42 acima exposto foi inspirado na lei norte-americana de 1977 denominada *Fair Debt Collection Practices Act*, que em seu bojo elencou uma série de condutas consideradas abusivas.

Entre elas aparecem a publicação de lista de devedores de determinada instituição, uso de linguagem obscena; repetição de telefonemas incomodando o consumidor-devedor; telefonemas sem identificação; identificar-se o credor como advogado ou representante de órgão governamental; imputar ao consumidor-devedor prática de crime pelo não pagamento do débito; utilizar falsamente documentos de órgãos governamentais; dizer que o consumidor-devedor será preso se não pagar o débito; obrigar o consumidor a pagar telefonemas ou telegramas de cobrança; ameaçar a propriedade do consumidor-devedor, a menos que tal medida seja legal; cobrar o consumidor utilizando cartão postal aberto, de modo que qualquer pessoa tenha acesso a tal informação etc.

As práticas acima descritas não foram especificamente reproduzidas no CDC, mas todas elas se encaixam na previsão geral do art. 42, uma vez que expõem o consumidor a ridículo, a constrangimento ou ameaça.

Ademais, por meio das disposições exibidas no referido artigo, o legislador buscou a sanção direta das condutas que "afetavam a dignidade do consumidor inadimplente" exigindo expressamente o respeito à sua integridade física, psicológica e moral.¹⁸²

As disposições do art. 42 não se direcionam somente à cobrança judicial, destinando-se à cobrança extrajudicial, especialmente as realizadas por empresas de cobrança.

A regulamentação da cobrança de dívidas estabelecida pelo CDC não se restringe ao art. 42, uma vez que no campo destinado à tutela penal do consumidor inseriu-se o art. 71, que descreve como típica a cobrança abusiva, assim dispondo:

¹⁸²ALMEIDA, op. cit., p.97.

Utilizar, na cobrança de dívida, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Na lição de Antônio Herman de V. Benjamim, o art. 71 seria a "face penal" do art. 42, daí a necessidade de uma leitura conjunta, constituindo como violações dos dois dispositivos a "utilização de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral" e o "emprego de afirmações falsas, incorretas e enganosas".¹⁸³

Em posição diversa, Cláudia Lima Marques entende que:

Muitos comentaristas consideram que o art. 42 deve ser "lido em conjunto com o art. 71", [...], posição da qual discordamos; as esferas de proteção são diferenciadas, os fins a serem atingidos também (adimplemento conforme a boa-fé e, no penal, proteção da ordem social, evitando ofensas à pessoa do consumidor); se o legislador desejasse que a norma civil tivesse o mesmo conteúdo do tipo penal, o teria feito.¹⁸⁴

O entendimento de Cláudia Lima Marques parece o mais acertado. Por conduzir a uma ampliação das possibilidades de tutela ao consumidor, revela a intenção do legislador em proteger civil e penalmente os seus direitos. No que concerne aos direitos personalíssimos passíveis de violação pela cobrança abusiva, proibiria as mesmas práticas que estariam descritas em ambos os dispositivos, funcionando um como espelho do outro¹⁸⁵.

Assim, a interpretação da norma civil prescinde da utilização da norma penal.

De qualquer modo, o objetivo maior das normas relativas à cobrança é a proteção da dignidade do consumidor, vedando e sancionando toda e qualquer atitude do fornecedor que exponha, constranja ou ameace o consumidor, tendo como fundamento a garantia constitucional e civil da sua honra e privacidade.

É nesse sentido a exposição de João Batista de Almeida:

¹⁸³BENJAMIN et al., op. cit., p.341.

¹⁸⁴MARQUES, **Contratos no código...**, p.1046.

¹⁸⁵ MARQUES, **Contratos no código...**, p.1047.

[...] o Código procurou sancionar de forma direta as condutas que afetavam a dignidade do consumidor inadimplente, estabelecendo taxativamente que ele será respeitado em sua integridade física, psicológica e moral, ao impedir sua exposição a ridículo e sua submissão a constrangimento ou ameaça de qualquer tipo ou natureza (art. 42).¹⁸⁶

Nessa perspectiva, formas comuns de cobrança que constrangem e humilham o consumidor devem ser revistas. Cumpre ao fornecedor adequar-se às novas regras da cobrança de dívidas como meio de garantir ao consumidor o respeito aos direitos proclamados pelo CDC.

3.1.2 Cautelas Devidas pelo Fornecedor com a Exposição do Consumidor

Com o advento do CDC e as normas específicas sobre a cobrança de dívidas, coube ao fornecedor adaptar-se aos limites impostos legalmente no que tange à atividade de cobrança. O objetivo era evitar as sanções de ordem administrativa (art. 56), civil (art. 42) e penal (art. 71).

Tendo em vista a garantia de que o consumidor não será ridicularizado ou constrangido pela cobrança, cumpre enfatizar que qualquer ato de cobrança deve ser dirigido diretamente ao consumidor. Não se admite o envolvimento de terceiros (familiares ou não), que só em caráter excepcional poderão ser contatados em busca de informações sobre a localização do devedor.

Sobre esse assunto Antônio Herman V. Benjamin ensina que:

Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetem pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seríssimo indício do intuito do credor de envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, *caput*.¹⁸⁷

No mesmo sentido a exposição de Reynaldo Andrade da Silveira:

¹⁸⁶ALMEIDA, op. cit., p.97.

¹⁸⁷BENJAMIN et al., op. cit., p.341.

É ilegal e constrangedora a cobrança porta-a-porta em que o cobrador sabendo que o consumidor reside no número tal de uma determinada rua, dirige-se intencionalmente, aos números anteriores e posteriores e indaga pelo paradeiro do devedor, dando ciência a todos da existência da dívida. O intuito de vexar ou constranger é indiscutível.¹⁸⁸

Outra vedação expressa no art. 42 e 71 do CDC diz com a ameaça, que conseqüentemente vem proibida e passível de sanção penal. Ressalte-se que a ameaça mencionada pelo legislador em nada se refere àquela utilizada como exercício regular de direito. Quando o fornecedor dá conhecimento ao consumidor dos prováveis efeitos do inadimplemento do contrato, como, por exemplo, a busca e apreensão em alienação fiduciária, tal situação não constitui cobrança vexatória.

A ameaça proibida pela lei é aquela relacionada à coação e intimidação do consumidor. É o caso do fornecedor que utiliza a situação de vulnerabilidade que se encontra o consumidor para incutir nele, por exemplo, o temor de que terá sua liberdade privada ou seu patrimônio familiar comprometido, caso não efetue a quitação do débito.¹⁸⁹

É igualmente abusivo o fornecedor-credor ameaçar extrajudicialmente, de tomar bens do consumidor-devedor para pagamento de débito. Aliás essa prática

¹⁸⁸SILVEIRA, op. cit., p.210.

¹⁸⁹Mesmo diante dos altos níveis de adimplemento constatados no mercado em geral, cumpre ressaltar que, apesar desse quadro, não se admite por parte do fornecedor a utilização de meios mais rígidos para o adimplemento de seu crédito, mesmo tendo o pleno direito de recebê-lo. Tal argumento é reforçado quando se fala em superindivido. Nesse aspecto, convém ressaltar a conclusão obtida através de uma pesquisa exposta pela professora Rosângela Lunardelli Cavallazzi, na obra *Direitos do Consumidor Endividado*, que teve por objetivo, entre outros, averiguar as causas do superindivido no nosso país. A pesquisa foi realizada no Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e conclui que no primeiro Estado, 73% dos casos são decorrentes de evento extraordinários como desemprego, doença, acidente, divórcio ou morte e no segundo Estado, 50% dos casos teve como causa o desemprego. Isso coloca o consumidor, mesmo nos casos, onde o fornecedor tem o direito de ver seu crédito satisfeito, numa situação de absoluta vulnerabilidade, justificando ainda mais a vedação do uso de meios ameaçadores para a efetivação do pagamento. (CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos do consumidor endividado**. São Paulo: RT, 2006).

sempre foi vedada, porque o Código Civil de 1916 – art. 765 – proibia o pacto comissório, tendo a regra sido mantida no atual Código Civil no art. 1428¹⁹⁰.

Na mesma toada, ressalta Antonio Herman de V. Benjamin que:

[...] não é necessário que a ameaça tenha o condão de assustar o consumidor. Tampouco requer-se diga ela respeito a mal físico. A simples ameaça patrimonial ou moral, quando desprovida de fundamento, já encaixa-se no dispositivo. É o caso de proprietário de escola que, ao cobrar o débito atrasado, ameaça impedir o aluno de fazer seus exames.¹⁹¹

Seguindo a esteira das proibições absolutas que exigem especial cautela do fornecedor, está a vedação ao constrangimento físico e moral do consumidor.

Nesse vértice, encontram-se as mais corriqueiras violações do direito à honra do consumidor. Na maioria das vezes, é atuando de forma a expô-lo, que o fornecedor busca a satisfação de seu crédito.¹⁹²

É neste cenário que se proíbem condutas tão comuns do fornecedor como enviar correspondências ostensivas ao consumidor, que não são lacradas ou que possuem sinais externos evidenciando o seu caráter de cobrança. Tal atitude, acaba por expor e constranger o consumidor que, em muitos casos, recebe em seu ambiente familiar ou laboral.

Nesse aspecto é a observação de Ronaldo Alves de Andrade:

¹⁹⁰ANDRADE, op. cit., p.102.

¹⁹¹BENJAMIN et al., op. cit., p.342.

¹⁹²Sobre o assunto, José Geraldo Brito Filomeno lembra que: "A experiência também nos demonstrou que além de práticas pouco recomendáveis, como a que vigorou durante um certo tempo na capital de São Paulo, com os famosos 'vermelhinhos' ou 'cenourinhas' que infernizavam a vida dos inadimplentes no pagamento de alguns carnês, fazendo um verdadeiro carnaval à porta de suas casas inclusive com alto-falantes ou até bandas de música, [...]. Aliás é bastante claro a esse respeito o art. 54 da 'lei mexicana de defesa do consumidor': fica estritamente proibido que, em qualquer estabelecimento comercial ou de serviços que exerçam contra o público ações diretas que atentem contra sua liberdade, sua segurança, e integridade pessoal, bem como qualquer gênero de inquisições e registros pessoais, ou em geral atos que ofendam sua dignidade ou pudor." (José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004. p.289).

O fornecedor-credor tem o direito de cobrar seu débito por meio de comunicação escrita, enviando correspondência à residência do consumidor, todavia, deverá fazê-lo de forma regular e discreta, sem constranger o consumidor. Assim, não poderá enviar para o consumidor um cartão postal aberto, que permita o conhecimento do conteúdo por outras pessoas. O envio de *post card* de cobrança não é meio usual e, certamente, expõe o consumidor a ridículo, por isso, é uma prática vedada pelo CDC.¹⁹³

Exemplifica Luiz Regis Prado:

Assim, será ridicularizado o consumidor, v.g., quando for colocada na parede da escola com o nome do aluno inadimplente; quando for enviado envelope com tarja vermelha ou em letras garrafais dizendo "cobrança" ou "devedor"; quando a cobrança, realizada por correspondência, ocorrer sem nenhum invólucro de proteção, permitindo que terceiros tomem conhecimento de seu teor.¹⁹⁴

Constitui ainda forma de constrangimento a cobrança realizada mesmo que pessoalmente, no ambiente de trabalho, familiar ou de lazer do consumidor (conforme disposição expressa do art. 71) de modo a lhe causar vexame e vergonha.

Nesse sentido assevera Reynaldo Andrade da Silveira:

A vedação, repita-se, é que a cobrança, em qualquer circunstância, deva ser pautada por conduta legal, sem abusos, sem vexar ou expor a ridículo o consumidor. Assim, tanto faz que a cobrança ocorra na fábrica, no lar ou no clube, desde que as premissas do art. 42, em combinação com o art. 71 sejam observadas: sem coação, sem humilhação.¹⁹⁵

Fica evidenciado que o CDC veda apenas a cobrança abusiva ou vexatória, podendo o consumidor sofrer "*constrangimentos legais*" provenientes dos atos normais de cobrança como protesto, execução etc. Pode, também, ser cobrado devidamente no seu ambiente de trabalho, de lazer ou descanso, o que "não ocorre,

¹⁹³ANDRADE, op. cit., p.102.

¹⁹⁴PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.163.

¹⁹⁵SILVEIRA, op. cit., p.213.

por exemplo, quando o credor telefona para o chefe do consumidor dizendo ser ele mau pagador".¹⁹⁶

Com relação à preservação do ambiente de trabalho do consumidor em mora, enfatiza a doutrina brasileira que 'evidentemente o consumidor jamais poderia sofrer ameaça ou constrangimento, ainda mais no seu ambiente de trabalho [...] visto que o constrangimento ilegal poderá repercutir negativamente tanto na relação ao empregador, como em relação aos seus colegas, com os quais convive quase diariamente'.¹⁹⁷

Por fim, cabe ainda ao fornecedor a cautela da informação verdadeira e correta, já que o art. 42 combinado com art. 71, proíbe a disseminação de informação falsa, incorreta e enganosa.¹⁹⁸

Ao tratar do assunto, Antonio Herman de V. Benjamim enfatiza que:

No direito tradicional, a verdade, como valor jurídico só tinha importância na fase pré-negocial. Uma vez que faltasse, o negócio poderia estar irremediavelmente viciado. Consumado o contrato, muito pouco estava a impedir o credor de utilizar-se de artifícios, incluindo-se a mentira, para ver adimplida a obrigação.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a correção das informações utilizadas pelo cobrador é fundamental. Inadmissível a cobrança de dívida de consumo alavancada por informações que não estejam totalmente em sintonia com a realidade dos fatos.¹⁹⁹

É falsa a informação não verdadeira, por exemplo aquela que imputa crime ao consumidor que emite nota promissória e não paga a dívida. O não cumprimento da obrigação encerrada no título, por si só, não é tipificado como crime pelo Código Penal, sendo a informação falsa.²⁰⁰

¹⁹⁶ALMEIDA, op. cit., p.97.

¹⁹⁷COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superindivíduo**..., p.73.

¹⁹⁸Para Rizzato Nunes, o objetivo do legislador no que concerne as informações é "impedir que por qualquer artifício o consumidor seja iludido quanto aos elementos apresentados na ação de cobrança e também na prática da cobrança em si. Por isso, parece correto dizer que as expressões 'afirmação falsa', 'incorreta' e 'enganosa' são tomadas como sinônimas" (NUNES, op. cit., p.542).

¹⁹⁹BENJAMIN et al., op. cit., p.343.

²⁰⁰SILVEIRA, op. cit., p.213.

Informação incorreta é aquela em que a "desconformidade é parcial" havendo um casamento de verdade e inverdade.²⁰¹

A informação que busca a indução do consumidor em erro, dita enganosa, refere-se a questões relativas aos próprios meios de cobrança. Como exemplo, a situação comum em que o fornecedor se apresenta como advogado ou oficial de justiça para amedrontar o consumidor, ou apresenta documento com um selo ou signo que o leve a crer que trata de documento oficial.

De qualquer modo, as enumerações acima são meramente exemplificativas, uma vez que o legislador fez uso da expressão "*qualquer outro procedimento*", facultando a interpretação analógica. No entendimento de Luiz Regis Prado qualquer conduta do fornecedor que exponha o consumidor a ridículo, intervindo no seu trabalho descanso ou lazer, salvo as atuações justificáveis, enquadra-se no objetivo de sanção do legislador.²⁰²

Evidencia-se a preocupação ostensiva do legislador na defesa da honra e privacidade do consumidor, por meio de normas que guardam estreita ligação com princípios fundamentais das relações de consumo, sobretudo a boa-fé.

É nesse vértice a conclusão de Cláudia Lima Marques:

Ao exigir um tratamento mais leal e transparente dos fornecedores e sua cadeia de auxiliares em relação seus clientes, impôs o Judiciário brasileiro através da interpretação teleológica do CDC um novo paradigma de boa-fé nas relações de consumo contratuais, caracterizado pela aceitação do dever de cuidado do fornecedor ao cobrar suas dívidas ou movimentar seus auxiliares, suportando o risco profissional de ter causado dano moral ao consumidor em caso de cobrança indevida de dívidas [...] ²⁰³

Finalmente, é bom lembrar que as regras que exigem a cautela do fornecedor no momento da cobrança, dirigem-se também àqueles que em nome do credor,

²⁰¹BENJAMIN et al., op. cit., p.343.

²⁰²PRADO, op. cit., p.160.

²⁰³MARQUES, Direitos básicos..., p.620.

realizam a cobrança. Isso porque, atualmente, a maioria das empresas delega a cobrança a instituições criadas para este fim, em que pese a carência de regulação específica para este fim.²⁰⁴

²⁰⁴Geraldo de Faria Martins da Costa, ao tratar da disciplina francesa da atividade de cobrador, enfatiza que também naquele país a maioria das empresas contratam serviços exteriores de cobrança, que lá devem respeitar os ditames do Decreto 96-1112 de 18.12.1996, que disciplina minuciosamente a atividades desse tipo de empresa e cuja regulamentação não encontra correspondente na legislação brasileira (COSTA, op. cit., p.75).

PARTE 3
A INTERVENÇÃO ESTATAL NA TUTELA DA
PRIVACIDADE E DA HONRA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 1

A ATUAÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO PRIVADA DE CONSUMO

A defesa do consumidor pelo Estado foi consagrada como direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º, inc. XXXII estabeleceu que: *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.* Evidencia a necessidade de atuação intervencionista do Estado nas relações de consumo, apesar de seu caráter eminentemente privado.

O regime normativo estatuído pelo comando constitucional, concretizado no CDC, parte dos conceitos básicos dos sujeitos do cenário econômico (consumidor e fornecedor) e da reformulação dos ditames contratuais básicos, expostos na primeira parte da pesquisa.

A norma constitucional em prol do consumidor evidencia a intervenção do Estado na economia. A proteção do consumidor é um dos objetivos explícitos dessa intervenção, mas, de forma implícita protege-se o mercado e impulsiona-se o desenvolvimento de um direito econômico.

A ênfase aos direitos de privacidade e honra no âmbito das relações de consumo, busca sublinhar a necessidade da intervenção estatal não só na garantia dos interesses do consumidor inerentes ao aspecto econômico (questões econômicas, qualidade dos produtos e serviços etc.), mas também na tutela de valores transcendentais, como os direitos de personalidade em apreço.

A defesa do consumidor, descrita como direito fundamental, enfatiza a proposta constitucional de proteção da pessoa como função principal do ordenamento jurídico geral, coincidindo com o programa de bem-estar social proposto pelo modelo de estado surgido após a segunda grande guerra, nos termos que seguem.

1.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O SURGIMENTO E DERROCADA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O Estado do Bem-Estar Social, que despontou nos países capitalistas mais desenvolvidos do hemisfério Norte, principalmente na Europa ao cabo da Segunda Guerra Mundial²⁰⁵, fez surgir uma nova gama de direitos constitucionalmente considerados. Prevendo uma prestação estatal direcionada à garantia de condições mínimas de vida para a população (saúde, educação, trabalho etc.), evidenciava o claro objetivo de evitar o retorno do nazifascismo e da revolução comunista.

O surgimento dos grupos econômicos e o desenvolvimento tecnológico exigiam a criação de mecanismos para impedir abusos dos agentes econômicos. O mercado livre permitia a criação de monopólios e oligopólios que surgiam em detrimento à livre concorrência.

Para o equilíbrio do sistema capitalista era necessária uma nova posição do Estado, mais enérgico e efetivo nas questões econômicas, com o fim de limitar a força do mercado.

Essa necessidade de atuação estatal mais efetiva eclodiu com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 evidenciando que o modelo liberal de Estado já era efetivamente ultrapassado e podia dar lugar as idéias de John Maynard Keynes. Condenando o “credo liberal de que o mercado, relegado à própria sorte, conduziria ao melhor dos mundos.”²⁰⁶, exaltava a implantação de um modelo intervencionista.

Buscava-se a harmonia da propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia pelas mãos do Estado.

²⁰⁵O *welfare state* como política socialista proposta pelos partidos socialdemocratas ganha firmeza e amplitude ao final da Segunda Guerra, em que pese algumas experiências anteriores tenham sido realizadas na Suécia e Dinamarca e na Inglaterra, com os partidos trabalhistas (CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 13.ed. São Paulo: Ática, 2005. p.399).

²⁰⁶SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.18.

O principal objetivo era afastar o perigo da desintegração do sistema capitalista, além de eliminar a idéia de mudança social pela via da violência revolucionária.²⁰⁷

Assim, em consonância com as regras do *New Deal*, inicialmente adotadas pelo presidente Roosevelt, o Estado se afasta da sua posição anterior e no dizer de Daniel Sarmiento converte-se "mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica".²⁰⁸

Assiste-se ao enfraquecimento da autonomia privada, uma vez que os interesses gerais passam a prevalecer sobre os direitos individuais numa clara contradição aos princípios esculpidos pelo individualismo do século XIX.

A intervenção estatal na matéria econômico-jurídica demonstra, assim, a superação do liberalismo econômico e político do século XIX, intervindo o Estado com princípios autoritários na economia privada e na vida jurídica em geral. Advoga-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e sobrepõe-se o espírito da sociedade e da justiça social ao do puro individualismo dos códigos civis, exigindo-se destes, não a tradicional postura dogmática adequada ao Estado de direito, mas o caráter instrumental de utilidade do próprio Estado social.²⁰⁹

Nesse contexto, em que a proteção da propriedade particular foi relativizada, os direitos fundamentais passaram a refletir diretamente nas relações privadas, redefinindo os limites entre o público e o privado. No dizer de Norberto Bobbio, no Estado Social a primazia do público sobre o privado é evidenciada pelo crescimento da intervenção estatal e pela reapropriação do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa.²¹⁰

²⁰⁷BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.186.

²⁰⁸SARMENTO, **Direitos...**, op. cit., p.19.

²⁰⁹AMARAL, op. cit., p.360-361.

²¹⁰BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.25.

Os alicerces do Estado Social eram justamente os ideais morais e humanitários. Nesse aspecto, a incidência dos direitos fundamentais deveria refletir também nas relações privadas efetivadas no âmbito do mercado, nas relações empregatícias e nas relações sociais em geral, superando a visão de que esses direitos só seriam invocados na relação entre indivíduo e Estado.

O Estado Social europeu também trouxe para si a obrigação de oferecer direitos à saúde, trabalho, educação, moradia etc., e para isso passou a influenciar e controlar diretamente a economia, regulando e intervindo nos monopólios e oligopólios já existentes naquela época.

Entretanto, a manutenção e efetivação do Estado de Bem-Estar era muito onerosa e a sua continuidade exigia exatamente uma mudança no modelo político adotado. O Estado, por si, não mais cumpria sua missão de levar aos cidadãos os direitos sociais mais básicos e anteriormente prometidos.

Nesse sentido Marilena Chaui:

Com efeito, para garantir simultaneamente a acumulação e reprodução do capital e a da força de trabalho, o Estado do Bem-Estar Social endividou-se e entrou num processo de dívida pública conhecido como déficit fiscal ou 'crise fiscal do Estado'. Essa crise torna-se incontornável com a internacionalização oligopólica da produção e da finança, pois os oligopólios multinacionais não enviam aos seus países de origem os ganhos obtidos fora de suas fronteiras e, portanto, não alimentam o fundo público nacional, que deve continuar financiando o capital e a força de trabalho. É isso o chamado 'colapso da modernização' e a origem da aplicação da política neoliberal, que propõe 'enxugar' ou encolher o Estado.²¹¹

Assim, o que se havia reconhecido como a fórmula mais exitosa de superação dos conflitos sociais e gestão do progresso, começa a declinar na mesma medida em que aumenta a falta de confiança no Estado de Bem-Estar e sua expansão futura.²¹²

²¹¹CHAUI, op. cit., p.401.

²¹²BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del Estado**. 2.ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p.101.

As crises do petróleo ocorridas na década de 1970 colocam o *welfarismo* definitivamente em xeque, e as idéias de Friedrich August von Hayek²¹³ encontram terreno fértil diante dos altos custos que a prestação e garantia dos direitos sociais geravam aos cofres públicos.

A esse respeito Daniel Sarmiento enfatiza que:

A partir dos dois choques do petróleo na década de 1970 instaura-se uma crise do Welfare State, que põe em xeque a lógica do dirigismo estatal. O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira. A explosão de demandas reprimidas, gerada pela democratização política, tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento.²¹⁴

É nesse contexto que se vê o início dos processos de privatizações, sendo as atividades e os serviços públicos delegados a empresas privadas, já que o Estado não mais sustentava a prestação dos seus serviços mais básicos como telefonia, luz, saneamento básico.

Outro ponto de enfraquecimento do poder estatal é justamente a sua necessidade de crédito externo. Coincidindo com a internacionalização do mercado financeiro, culminou no crescimento de um sistema financeiro mundial de dimensões colossais e que fizeram com que os Estados perdessem sua autonomia.

Este enfraquecimento do Estado, embora assustador para as classes desfavorecidas, é festejado por aqueles que criticavam o caráter paternalista do *Welfare State*, e que hoje pretendem, sob os aplausos da comunidade financeira internacional, ressuscitar a idéia defunta do Estado mínimo, confiando (ou simulando confiar) na mão invisível do mercado, como panacéia para todos os males econômicos e sociais. Para estes, o mercado deixou de ser meio para converter-se em fim, e no seu altar são imolados os direitos sociais, vistos como causa de déficit público, da opressão e da ineficiência dos atores econômicos. O mercado, alforriado dos mecanismos estatais regulatórios e compensatórios que o cingiam, torna-se o ambiente propício para o mais

²¹³O economista austríaco Friedrich August von Hayek e o norte-americano Milton Friedman compunham um grupo de economistas que se opunham ao Estado de Bem-estar Social, defendendo que esse tipo de modelo acabava com a liberdade dos cidadãos e a concorrência, impedindo conseqüentemente o crescimento.

²¹⁴SARMENTO, *Direitos...*, p.26.

violento darwinismo social, onde o mais fraco é eliminado e excluído de todas as benesses da civilização.²¹⁵

A abolição do controle estatal sobre o fluxo financeiro, o programa de privatizações e o encolhimento geral do Estado fizeram surgir o modelo neoliberal. Aliado ao fenômeno da globalização, potencializou a reformulação do modelo anterior, calcando-se no avanço tecnológico, na internacionalização da produção, no alargamento das fronteiras, entre outros. A massificação das relações jurídicas foi potencializada, gerando uma aceleração nos processos de aquisição de bens e serviços.

Esse novo cenário, no contexto da globalização, evidenciou um processo de desestruturação e exclusão social na quase totalidade dos países que aceitaram as novas regras,²¹⁶ cujo impacto se dá, por certo, na relação de consumo. Este impacto será analisado adiante. Por ora, é necessário fundamentar a vinculação do Estado e dos entes privados aos direitos fundamentais, para que se possa – discursivamente – fazer frente aos efeitos deletérios da economia globalizada de mercado sobre os direitos fundamentais, em especial honra e privacidade, no marco da relação de consumo.

1.2 VINCULAÇÃO DO ESTADO E DOS ENTES PRIVADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Constituinte ficou-se silente no tocante à vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.

Contudo, ressalta Ingo Sarlet que a omissão da norma fundamental não significa que os poderes públicos e privados não estejam vinculados pelos direitos

²¹⁵SARMENTO, **Direitos...**, p.27.

²¹⁶BONETTO e PIÑERO, *op. cit.*, p.133.

fundamentais. Isso se justifica porque em sede de direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, pode ser compreendido como um mandado de aproveitamento máximo da norma e conseqüentemente de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais²¹⁷.

Assim, mesmo tratando-se de norma de eficácia limitada, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, o legislador encontra-se proibido de editar normas que atentem contra o seu sentido e finalidade.²¹⁸

Nesse aspecto, o art. 18 da Constituição Portuguesa prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais. No caso brasileiro parece que ao art. 5.º, § 1.º²¹⁹ é possível atribuir o mesmo sentido outorgado pela Constituição Portuguesa. Segundo Jorge Miranda, significa que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial.²²⁰

Na lição Canotilho os atos de entidade pública e privada não podem ser alheios aos direitos fundamentais.²²¹

Segundo Ingo Sarlet, a eficácia vinculante significa que não haveria mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas apenas em leis na medida dos direitos fundamentais²²².

²¹⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p.326.

²¹⁸SARLET, **A eficácia...**, p.326.

²¹⁹§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²²⁰MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra: 1993. v.4. p.279.

²²¹CANOTILHO, op. cit., p.591.

²²²SARLET, **A eficácia...**, p.327.

A lei não pode mais definir de forma independente o conteúdo dos direitos fundamentais, que deverão ser extraídos exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.²²³

O princípio da aplicabilidade imediata do art. 5.º, § 1.º da Constituição Federal engloba todos os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, Ingo Sarlet destaca que o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança não apenas cada pessoa jurídica de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado.²²⁴

Na relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, aqueles devem executar somente as leis em conformidade com aqueles. Ademais, a vinculação do Estado dá-se a partir de duas frentes: primeiro, por meio da observância aos direitos fundamentais nas relações diretas com o indivíduo, segundo, como garantidor da efetividade daqueles direitos em prol do sujeito no âmbito das relações privadas.

A esse respeito Daniel Sarmento esclarece que:

O reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros não apresenta nenhuma compatibilidade ou contradição com a idéia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada. Muito pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos.²²⁵

No que se refere à vinculação dos direitos fundamentais é de essencial relevância a função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário. De início, encontram-

²²³MIRANDA, op. cit., p.280.

²²⁴SARLET, **A eficácia...**, p.330-331.

²²⁵SARMENTO, **Direitos...**, p.244.

se vinculados à Constituição, e por tal razão exercem o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais e privados.

Cabe ao Poder Judiciário definir o conteúdo e sentido correto dos direitos fundamentais, estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.²²⁶

Ensina ainda Canotilho que o Poder Judiciário possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais e havendo eventual conflito entre os princípios da legalidade (lei) e da constitucionalidade (Constituição) resolve-se em favor do último.²²⁷

Ao tratar da legitimidade e extensão do Poder Judiciário na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que num sentido amplo abrangeria os direitos fundamentais em tela, Ana Paula de Barcellos enfatiza que:

[...] é preciso conhecer que, nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Judiciário sancionar positivamente os efeitos pretendidos pelas normas que cuidam da dignidade humana, a questão mais grave continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade. É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar políticas de maneira ampla, nem cabe a cada juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e maioria escolheu uma determinada.²²⁸

A dedicação ao efeito vinculante dos direitos fundamentais deve-se à notável importância desses direitos no texto constitucional de 1988, a partir da consagração da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III, CF). Tal princípio “costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais”²²⁹ e ainda “representa o epicentro axiológico da ordem

²²⁶MIRANDA, op. cit., p.283-4.

²²⁷CANOTILHO, op. cit., p.353.

²²⁸BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.232.

²²⁹SARMENTO, **Direitos...**, p.85.

constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”²³⁰.

A edição do Código de Defesa do Consumidor é exemplo dessa nova forma de visualização das relações jurídicas privadas, que passam a ser diretamente influenciadas pelas diretrizes constitucionais.

Como enfatiza Teresa Negreiros:

Entre nós, a promulgação da Lei 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor – “CDC”) representa o marco da “mudança de mentalidade” relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170, V, CF) sobre as relações contratuais de consumo²³¹.

A vinculação do Estado e dos entes privados aos direitos fundamentais honra e privacidade, no âmbito da relação de consumo, é meio de garantir a efetividade desses direitos diante da atuação ilícita dos bancos de dados e do uso de meios vexatórios de cobrança.

Contudo, a evidente vinculação aos direitos fundamentais e os meios jurídicos tradicionais não se mostram suficientes à regulação da sociedade civil. Essa realidade é evidenciada a partir da redução do poder estatal e da elevação do poder econômico na sociedade globalizada.

1.3 O ENFRAQUECIMENTO DO "ESTADO-GARANTE" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O enfraquecimento do Estado como garantidor dos direitos fundamentais concerne inicialmente a crise do conceito de soberania.

²³⁰SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.59-60.

²³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato...**, p. 28.

Nos últimos anos constatou-se o desenvolvimento de uma economia globalizada assinalada por um "*intercâmbio internacional*", pelo "*caráter global*" do mercado e pelo "*poder cada vez maior das empresas transnacionais*" em contraposição ao poder estatal²³².

Ao se contrapor o poder angariado pelas megacorporações e o poder ostentado pelo atual modelo de Estado, questionam-se o alcance da soberania e os seus fundamentos mais intrínsecos. O fenômeno da globalização ocasionou o fim das fronteiras nacionais e a dúvida sobre a persistência ou não do que anteriormente era traduzido por soberania.

O conceito de soberania está aliado à idéia de Poder político e constitui um dos elementos fundamentais do Estado. Como Poder político entende-se a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria, instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação.²³³ Assim, a palavra soberania é justamente utilizada para significar o Poder político próprio do Estado.²³⁴

Ressalta Marcello Caetano que:

Esta autoridade constituinte que a coletividade fixada num território exerce por direito próprio, instituído órgãos governativos, é a característica essencial do poder político que permite diferenciá-lo da autoridade descentralizada conferida por um Estado aos órgãos que a sua Constituição ou as suas leis estabelecem nas províncias ou nos municípios, e que pode ir até à faculdade de legislar e de regulamentar as leis.²³⁵

²³²BONETTO e PIÑERO, op. cit., p.141.

²³³CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p.130.

²³⁴CAETANO, op. cit., p.131.

²³⁵CAETANO, op. cit., p.130.

É atribuído a Jean Bodin a primeira descrição sistemática da soberania que desde o início reclamava a ausência de definição clara de seu conceito.²³⁶ Na realidade, o objetivo inicial de Bodin era a definição de república (Estado) e para tanto buscou caracterizar alguns de seus elementos básicos, dentre eles a soberania.

Para Marcello Caetano, não se confundem poder político e soberania. Esta última seria uma forma do poder político, correspondendo à sua plenitude: é um poder político supremo e independente.²³⁷

Nesse sentido ensina Dalmo Dallari que "o conceito de soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado".²³⁸

Na mesma toada, Miguel Reale ensina "que a questão da soberania é parcialmente jurídica, assim como é parcialmente histórico-social ou política", tanto que "uma concepção exclusivamente jurídica da soberania seria tão falha como uma outra puramente social".²³⁹

Analisando o conceito de soberania no seu contexto histórico, Vera Karan Chueiri assevera que:

Através desse conceito, o Estado moderno se divorcia e se distancia da organização medieval do poder, na medida em que se estrutura sobre um

²³⁶BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarc: Fapesp, 2001. p.27.

²³⁷CAETANO, op. cit., p.132.

²³⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.75.

²³⁹REALE, Miguel. **Teoria do estado e do direito**. São Paulo: Martins, 1940. p.118.

poder unificado e concentrado, cujo objetivo era o de centralizar em uma única fonte o monopólio da força em um dado território e sobre certa população.²⁴⁰

É possível concluir que, a partir das idéias iniciais de Jean Bodin, voltou-se às características essenciais ao exercício da soberania, em detrimento à solução das dúvidas sobre seu conceito. Considerando-a como elemento mais importante caracterizador do Estado e estabeleceu-se que o poder contido na soberania é inalienável e indivisível.

Contudo, se no passado a soberania estava cingida ao monarca, o desenvolvimento e a evolução do seu conceito, aliados à mudança da própria concepção de Estado, afastaram a idéia de soberania como poder de quem governa, ocasionando sua indissociável ligação ao Estado.

Porém, questionam-se atualmente todos os aspectos do conceito de soberania, seus limites, os fundamentos e a própria relação com o Estado.

Para Michael Hardt e Antonio Negri, a análise desses aspectos inicia-se com o conceito de nação. Ao se desvincular do domínio do rei, passa a ser considerada como uma abstração ideal, isto é, passa a existir por si só, para além do povo e do território. Significa dizer que a idéia de nação, agregada à idéia de soberania, transcende tais conceitos (povo e território) e ao mesmo tempo os encampa²⁴¹.

Ocorre, assim, uma evolução do conceito de soberania moderna (pessoal do rei) para soberania nacional (da nação). O desenvolvimento do conceito de nação esteve circunscrito ao espaço territorial da Europa como continente que se encaminhava para o domínio mundial.²⁴²

²⁴⁰CHUEIRI, Vera Karan. Nas trilhas de Carl Schmitt: soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.366.

²⁴¹HARDT, M.; NEGRI, A. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.112.

²⁴²HARDT e NEGRI, op. cit., p.112.

Contudo, pode-se concluir que o alcance do conceito de nação fora da Europa apresenta uma dinâmica diferente. Em grupos subordinados (colonizados) a idéia de nação surge como instrumento de mudança e revolução – libertação do colonizador.

O colonialismo cria a idéia de alteridade na qual o colonizador se identifica como superior ante o colonizado, não-europeu (construção negativa do outro funda e sustenta a própria identidade européia e idéia de nação). A identidade colonial funciona antes de tudo pela lógica maniqueísta (bem e mal) da exclusão.²⁴³

A percepção da diferença entre colonizado e colonizador foi além da diferença natural (como se fosse uma superioridade em todos os sentidos). No momento em que a diferença é, na verdade, só natural pode-se pensar numa resposta anticolonial, porque de fato não passa de uma diferença natural.

Os estados novos (libertos) que se formaram, protegeram-se do domínio estrangeiro pela idéia de nação, que também foi usada para unificá-los.

Nesse ponto Michael Hardt e Antonio Negri argumentam que:

As funções progressistas da soberania nacional, entretanto, são sempre acompanhadas de estruturas poderosas de dominação interna. Os perigos da libertação nacional são cada vez mais claros quando vistos externamente, em termos do sistema econômico mundial.²⁴⁴

No momento em que a nação (antes colônia) se liberta da dominação (se torna nação), o poder interno se divorcia do sistema econômico global – alheios ao poder econômico mundial – caracterizando verdadeiro suicídio, uma vez que não para se falar em desenvolvimento econômico fora desse sistema, daí "a dívida envenenada da libertação nacional".²⁴⁵

²⁴³HARDT e NEGRI, op. cit., p.141 e segs.

²⁴⁴HARDT e NEGRI, op. cit., p.149.

²⁴⁵HARDT e NEGRI, op. cit., p.149 e segs.

Esse Estado-nação, pós-colonial, na verdade está ainda e sempre estará, subordinado à idéia do capital. Significa dizer que a independência é meramente formal, pois depende da ordem econômica mundial.

A conclusão é no sentido de que o fim do colonialismo moderno não abriu de fato uma era de liberdade absoluta; antes, submeteu-se a novas formas de mando que operam em escala global. As diversas teorias pós-modernistas e pós-colonialistas não identificaram o objeto de crítica, na análise de transição da soberania nacional para a imperial.

Sobre o assunto Jean-Marie Guéhenno leciona que:

Sugeriu-se que a independência nem sempre traria a liberdade, pois ela não era a verdadeira independência: as antigas nações colonizadas foram vítimas do 'neocolonialismo', o qual permitiu aos ex-poderes coloniais continuar sua exploração. Uma nova explicação apareceu, então, a qual se apresentou inicialmente como refinamento da primeira, mas descobre-se hoje que ela traz à tona questões fundamentais sobre a própria idéia de independência. As nações descolonizadas se liberaram do jugo colonial para caírem em outra servidão, aquela que lhes é imposta pelas organizações internacionais, pelo banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional.²⁴⁶

Sob a ótica pós-moderna e pós-colonialista, o poder não pode ser universalizante, uma vez que as minorias têm direito de autodeterminar-se. Se o moderno é o campo de poder do branco, do macho e do europeu, o pós-moderno será o campo da libertação do não-branco, do não-macho e do não-europeu.²⁴⁷

A teoria da pós-modernidade aponta para o fim da soberania moderna e demonstra uma nova capacidade de pensar fora da moldura binária, um pensamento de pluralidade e multiplicidade. Por mais confusa e inconscientemente que o façam, eles indicam a transição para a Constituição do Império.

²⁴⁶GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia**. Tradução Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994. p.16.

²⁴⁷HARDT e NEGRI, op. cit., p.157.

Na concepção de Michael Hardt e Antonio Negri, na passagem do moderno para o pós-moderno, e do imperialismo para o Império, é cada vez menor. Também o é a distinção entre o dentro e o fora, ressaltando que a “soberania moderna tem sido concebida em termos de território e da relação desse com o seu lado de fora. No mundo pós-moderno a moderna dialética do dentro e do fora foi substituída por um jogo de graus e intensidades, de hibridismos e artificialidades”.²⁴⁸

Se, no século XX, o Estado-nação determinava uma evidente definição de fronteiras entre o "doméstico" e o "estrangeiro", o "dentro" e o "fora", atualmente essa idéia não vigora.

As fronteiras não se desintegraram, mas foram ultrapassadas por um sistema inevitável de permutas econômicas, comerciais e culturais.

O atual declínio da soberania e do enfraquecimento do Estado garantidor pode ser imputado à crescente e célere globalização, caracterizada como um poder em si mesmo, ou como diz Eugênio Raul Zaffaroni "um novo momento de poder planetário".²⁴⁹

Como já enfatizado, a globalização é caracterizada por uma revolução tecnológica, sobretudo no âmbito das comunicações. Ainda, gerou uma redução do poder regulador econômico dos Estados o que ocasionou o favorecimento de um mercado mundial. O Poder político também foi enfraquecido, e de consequência a própria soberania.

A principal consequência política da globalização é a imotência do poder político nacional frente ao econômico globalizado. Isto se explica porque os políticos do primeiro mundo dos anos oitenta cederam seu poder, renunciaram a exercê-lo e com isso, liberaram forças econômicas que ao concentrar-se supranacionalmente não podem controlar nem regular. Quer dizer, que existe poder econômico globalizado, mas não existe uma sociedade global nem tampouco organizações internacionais fortes e menos ainda um Estado global. O pensamento único, ao tratar de legitimar esta

²⁴⁸HARDT e NEGRI, op. cit., p.197.

²⁴⁹ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Julio César Faria, 2005. p.181.

*situação, se converte – em certo sentido – em uma ideologia anárquica: como todo anarquismo é, em definitivo, um jus-naturalismo radicalizado. Com efeito, o fundamentalismo de mercado radicaliza o dogma do equilíbrio do mercado e o absolutiza até fazer desnecessário ao Estado*²⁵⁰.

De qualquer modo, essa crise não exprime o desaparecimento da soberania. Na realidade, o que ocorre atualmente é a sua descentralização, que se dirige para além dos encolhidos limites territoriais que afastavam as Nações umas das outras.

Para Michael Hardt e Antonio Negri, a soberania migrou para o que intitulam de *Império*, definido por eles como "a substância política que, de fato, regula essas permutas globais, [...] o Poder Supremo que governa o mundo".²⁵¹

Atualmente, a soberania aparece com uma nova aparência, que se baseia numa série de mecanismos nacionais e transnacionais. O que resulta daí é uma nova forma de economia, por exemplo, com desenvolvimento de mercados e estabelecimentos cada dia mais globais.

A grande característica dessa *nova soberania* é a idéia de descentralização – daí a idéia de crise – já que o *Império* não está baseado num território, não possui assento fixo. Nesse ponto, Michael Hardt e Antonio Negri expõem que:

O Estado-nação, que foi a garantia da ordem internacional e a pedra angular da conquista e da soberania capitalista, tornou-se pela ascensão e organização de forças imperialistas o elemento que mais ameaçou a ordem internacional. [...] o declínio do Estado-nação não é simplesmente resultado

²⁵⁰ZAFFARONI, op. cit., p.185. "La principal consecuencia política de la globalización es la impotencia del poder político nacional frente al económico globalizado. Esto se explica porque los políticos del primer mundo de los años ochenta han cedido su poder, renunciaron a ejercerlo y, con ello, liberaron fuerzas económicas que al concentrarse supranacionalmente no pueden controlar ni regular. Es decir, que existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones internacionales fuertes y menos aún un Estado global. El pensamiento único, al tratar de legitimar esta situación, se convierte – en cierto sentido – en una ideología anárquica: como todo anarquismo es, en definitiva, un ius-naturalismo radicalizado. En efecto, el fundamentalismo de mercado radicaliza el dogma del equilibrio del mercado y lo absolutiza hasta hacer innecesario al Estado."

²⁵¹HARDT e NEGRI, op. cit., p.197.

de uma posição ideológica que possa ser invertida por um ato de vontade política: é um processo estrutural e irreversível.²⁵²

As fronteiras estão abertas. Vislumbra-se, hoje, o fim do Imperialismo estatuído na Europa e Estados Unidos entre os séculos XIX e XX. Não há mais que se falar em um centro hegemônico que agrega tal poder. Na realidade, o poder se tornou supranacional e a sua sede, que não pode mais ser fisicamente considerada, na conclusão de Michael Hardt e Antonio Negri, é o *Império*.

É fato que a incerteza no tocante ao que é hoje soberania, e se a idéia inicial de Jean Bodin (soberania como eixo do Estado) ainda persiste, traz-nos uma série de inseguranças, uma vez que já não se sabe se a própria figura do Estado permanece concreta.

É indubitável que essa crise (seja pela mudança do conceito de soberania, seja pela incerteza do que ela representa) leva a questionar o poder de tutela do Estado em relação ao indivíduo.

Zygmunt Bauman argumenta que:

[...] ainda pensamos atualmente em crise como um momento de mudança decisiva para melhor ou pior, mas não mais como o momento em que decisões sensatas podem ser tomadas com autoconfiança para garantir uma virada para melhor. Em estado de crise não sabemos que rumo as coisas irão tomar; em estado de crise as coisas escapam ao controle, não temos domínio sobre o fluxo dos acontecimentos; podemos tentar desesperadamente encontrar a saída para a situação angustiada, mas todos os nossos esforços não passarão de uma sucessão de tentativas e erro, de experimentação no escuro, à espera de que algo resulte por fim disso. Seja qual for a maré montante em época de crise, não é a da autoconfiança e segurança pessoal.²⁵³

A solução para crise da soberania não estaria circunscrita à idéia de que atualmente esta teria migrado dos Estados-nação para o *Império*. Até porque, essa situação gera uma problemática ainda não resolvida e de conseqüências incertas, que é justamente a pergunta: qual o poder do Estado perante o *Império*?

²⁵²HARDT e NEGRI, op. cit., p.357-358.

²⁵³BAUMAN, *Em busca...*, p.145.

Já foi dito que o modelo social ora vivido, nomeadamente no Ocidente, no marco de um mercado globalizado e sem fronteiras, caracteriza-se pela existência de grupos económicos transnacionais, nos quais se concentra o poder económico. Deriva daí o deslocamento do poder político para estes mega-agentes privados, dando-se o enfraquecimento das agências estatais de controle como contrapartida.

Nesse passo, vislumbra-se um enfraquecimento do próprio Estado diante dos tais grupos económicos, ocasionado justamente pela ausência uma linha territorial estabelecendo os limites do seu poder político.

É a conclusão de María Suzana Bonetto e María Teresa Piñero:

Na atualidade, a ordem económica se constrói no macromercado transestatal, um mercado praticamente virtual. Assim, a economia migrante, com suas próprias lógicas de regulação e acumulação, relativizam a soberania e suas fronteiras. As medidas económicas de um Estado devem ser compatíveis com os movimentos do capital regional e global se não querem sofrer sérios inconvenientes na obtenção de seus objetivos.²⁵⁴

Se o conceito de soberania mudou ou está em crise, é urgente a reformulação dos pressupostos fundamentais do Estado, entre eles a própria idéia de soberania, sob pena de se ver o poder económico prevalecer de forma absoluta sobre o poder político.

De pouco adianta um sistema constitucional que estabelece uma série de direitos ao indivíduo, se o próprio Estado não dá conta de efetivá-los diante das megacorporações.

É o que se evidencia atualmente no cenário das relações comerciais e económicas, sobretudo no âmbito do direito do consumidor, aqui ressaltados. Têm-se direitos consagrados em tese, pois, muitos deles, só são realizados se de acordo com a vontade dos fornecedores ou com a lógica do mercado. Servem de exemplo

²⁵⁴BONETTO e PIÑERO, op. cit., p.142. "*En la actualidad, el orden económico se construye en el macromercado transestatal, un mercado prácticamente virtual. Así la economía migrante, con sus propias lógicas de regulación y acumulación, relativiza la soberanía y sus fronteras. Las medidas económicas de un Estado deben ser compatibles con los movimientos del capital regional y global si no quiere sufrir serios inconvenientes en la obtención de sus objetivos.*"

as constantes violações dos direitos fundamentais, ora em apreço, honra e privacidade, realizadas por grandes instituições bancárias, financeiras, de telecomunicações, entre outras, que diuturnamente violam esses direitos sem qualquer forma de sanção capaz se eficazmente frear sua atuação ilícita.

A globalização, como uma das marcas da pós-modernidade, gerou o enfraquecimento do papel do Estado, garantidor dos direitos do homem. Assiste-se à transposição do eixo de poder que migra do político para o poder econômico. De conseqüência, concentra-se nas mãos das megacorporações que mesmo sem território e fronteiras delimitadas constituem o verdadeiro *Império*.

Michael Hardt e Antonio Negri apontam que:

O Império é caracterizado pela maior proximidade de populações extremamente desiguais, o que cria uma situação de permanente perigo social e requer um poderoso aparelho da sociedade de controle para assegurar a separação e garantir a nova administração do espaço social.²⁵⁵

Se, de um lado, essa nova forma global facilita o fluxo de produção e o desenvolvimento do capitalismo, por meio da descentralização e desterritorialização, também propicia o subdesenvolvimento e até o aniquilamento das minorias e das *vítimas*. Isto porque, o Estado passa a ser insuficiente na sua função de *tutor*, uma vez que o poder que agora impera é outro, não mais o poder político e social²⁵⁶.

²⁵⁵HARDT e NEGRI, op. cit., p.358.

²⁵⁶Ronaldo Porto Macedo Júnior questiona a influência da globalização no enfraquecimento da soberania estatal dispondo que: "A globalização, enfim, é processo contraditório, seletivo e que oferece perspectivas diferenciadas para cada país. Nesse sentido, constitui-se um erro acreditar que a globalização é resultante exclusiva de forças de mercado, negligenciando o imenso papel desempenhado pelo Estado no estímulo e regulação da atividade produtiva e do próprio mercado de consumo. Por esse mesmo motivo, a crença na idéia de que globalização promove uma redução pacífica e inevitável da soberania dos Estados nacionais é bastante questionável." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.32, p.45, out./dez. 1999).

Em razão disso, a ausência de fronteiras ocasionadas pelo declínio da soberania e ascensão do poder econômico deve ser utilizada para a libertação e desenvolvimento de novos objetivos democráticos, sociais e políticos.

No Brasil, o abalo na soberania estatal e a influência do processo de globalização prejudicam diretamente a efetividade dos direitos fundamentais que em muitos casos sucumbem diante das leis de mercado.

1.4 A REPERCUSSÃO DO ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO-GARANTE EM RELAÇÃO ÀS TUTELAS PREVISTAS NO CDC

O advento do CDC, como consequência de uma tutela específica das relações de consumo, trouxe uma perspectiva de mudança nas relações jurídicas negociais e contratuais, que carregavam o fardo das desigualdades advindas do liberalismo econômico.

O consumidor, tido como o grande beneficiário dessa tutela, ganha *status* diferenciado com a dedicação do legislador. Uma série de direitos foram disponibilizados e objetivavam a sua proteção antes, durante e depois da relação de consumo.

Novos direitos, princípios e sanções foram esculpidos com o fito de erigir o consumidor ao patamar de igualdade das empresas fornecedoras que dominam a atual sociedade de mercado (como se isso fosse possível).

Contudo, o que se vislumbra na realidade atual é que o poderio econômico, aliado ao enfraquecimento do Estado, acarreta a violação dos direitos do consumidor que se dá à margem da proteção supostamente patrocinada pelo CDC. Na economia globalizada e massificada, os direitos do consumidor, absolutamente vulnerável diante do grande produtor-fornecedor, foram relativizados e muitas vezes esquecidos.

Com efeito, o implemento de políticas e legislações de defesa do consumidor nasceu da necessidade de compensar o desequilíbrio de poder existente entre consumidores e fornecedores.

Na década de 1970, quando houve o apogeu do desenvolvimento da proteção do consumidor, Iain Ramsey destaca algumas formas de organização da regulação pública no tocante à proteção do consumidor, entre elas: a criação de legislação ampliando os limites da responsabilidade criminal e civil do fornecedor; a formação de uma burocracia especializada na defesa do consumidor e a ampliação do papel da justiça de primeira instância e dos tribunais na implementação das políticas e legislação de proteção do consumidor.²⁵⁷

Num cenário de desenvolvimento tecnológico pujante, em que as relações jurídicas tomaram um novo rumo que extrapolou o da proteção meramente civil, o Estado foi convocado a atuar por meio de uma nova forma de regulamentação. O objetivo era a redução dos patamares de risco e a tutela de uma nova forma de sujeito de direito, o consumidor.²⁵⁸

A dimensão de consumidor e do mundo do consumo, segundo Guido Alpa, foi introduzida de forma tardia na linguagem dos juristas, em que pese seu uso anteriormente recorrente na linguagem econômica e social²⁵⁹.

Contudo, apesar da necessidade da atuação do Estado no âmbito privado, a carência de proteção do consumidor não se restringia à nova realidade socioeconômica. Na lição de Ronaldo Porto Macedo Júnior a "questão da defesa do consumidor passava a paulatinamente associar-se direta e indiretamente com valores e interesses não exclusivamente econômicos do consumidor."²⁶⁰

Esses valores e interesses coadunam-se com uma visão do consumidor não só como integrante de uma relação jurídica econômica ou como o grande impulsionador da economia de mercado. Com o *start* ocorrido na década de 1970 até os dias de hoje, o consumidor passa a ter a necessidade de uma proteção de seus interesses e

²⁵⁷Apud MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.263.

²⁵⁹ALPA, Guido. **Introduzione al diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 2006. p.3.

²⁶⁰MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.263.

direitos pessoais, garantidos pelo Direito, mas que em colisão com os interesses econômicos acabam relativizados e não efetivamente tutelados.

Hoje, numa sociedade pluralista em que o direito civil está em fase de expansão e o direito do trabalho adequadamente garantido, um dos limites que se podem aplicar ao Estado é em relação às regras de mercado, pontualmente pela tutela dos interesses dos destinatários de produtos e serviços. Não é portanto uma instancia hedonística aquela que rege o cenário dos direitos dos consumidores, mas principalmente a coordenação e a moderação dos interesses entre eles conflitantes e portanto suscetíveis de mediação.²⁶¹

Mesmo fundadas na proteção do consumidor, essa nova forma de atuação do Estado visa também garantir a manutenção do sistema capitalista fundado na visão neoliberal. Nesse sentido Antonio Herman V. Benjamin esclarece:

Essa característica do Direito do Consumidor, hoje preponderantemente na nova disciplina, tem duas vertentes. Uma é a de impedir que a fragmentação da relação de consumo cause prejuízos ao consumidor. Outra é a de prevenir que o conflito de consumo venha a enfraquecer o próprio mercado e, com ele, a ordem capitalista. Isso porque o Direito Econômico, é uma ação voltada à preservação do mercado – enquanto mecanismos de coordenação do processo econômico – tendo em vista o interesse social.²⁶²

Na mesma orientação, Andressa Caldas:

Não se pode negar que a necessidade de proteção do consumidor busca, fundamentalmente, fornecer maior equilíbrio nas relações de oferta e procura, no mercado de bens de consumo, respondendo, com isso, às exigências de constante elaboração do capitalismo. É preciso, portanto, desmistificar as medidas de proteção que têm em vista a simples defesa do sistema e não dos consumidores. Tal fato, todavia, não pode conduzir à mera e simples desconsideração de todos os avanços que o direito do consumidor trouxe e tem trazido para a teoria contratual. Não se pode olvidar, ainda, das

²⁶¹ALPA, **Introduzione...**, p.9: *"Oggi, in una società pluralista in cui i diritti civili sono in fase di espansione e i diritti dei lavoratori adeguatamente garantiti, uno dei limiti che si possono apporre al governo della società da parte delle regole di mercato è per l'appunto costituito dalla tutela degli interessi dei destinatari dei prodotti e dei servizi. Non è quindi una istanza edonistica quella che sorregge l'impalcatura dei diritti dei consumatori, quanto piuttosto il coordinamento e il contemporamento di interessi tra loro confligenti e quindi suscettibili di mediazione."*

²⁶²BENJAMIM, Antonio Hermann V. O direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.670, p.55, ago. 1991.

conquistas obtidas em decorrência das lutas sociais por melhores condições de vida, fato que repercute necessariamente na ordem jurídica.²⁶³

Para a efetiva proteção do consumidor, é necessária a interação entre o direito e a economia, cabendo à atividade econômica e aos entes públicos a concreção dos direitos fundamentais a ele direcionados.

A ausência desta interação é visível em novas tecnologias de produtos e serviços (celulares e transgênicos, por exemplo), que proporcionam vultoso lucro aos fornecedores muitas vezes em detrimento aos direitos dos consumidores. Afinal, são hipóteses de produtos dispostos no mercado de consumo em relação aos quais pairam suspeitas de periculosidade e danosidade aos consumidores.

Da mesma forma, honra e privacidade, aqui enfatizadas, foram menosprezadas diante de outros dois fenômenos: os bancos de dados e os meios vexatórios e coativos de cobrança de dívidas. Ignora-se a construção jurídico-constitucional desses direitos fundamentais.

A posição do consumidor, em muitos casos, e sobretudo nas questões analisadas na presente pesquisa, é de mera vítima das relações de consumo. Conforme propõe Ronaldo Porto Macedo Júnior, a proteção do consumidor deveria "ser vista como um mecanismo para o fortalecimento da segurança nas transações de mercado e fornecedor fontes para o desenvolvimento de normas sociais de confiança e certeza".²⁶⁴

O interesse econômico e o desenvolvimento tecnológico não devem justificar a discrepância de direitos entre fornecedores e consumidores, merecendo dedicação especial o desenvolvimento de meios destinados à promoção da igualdade efetiva nas relações de consumo.

²⁶³CALDAS, Andressa. Direito do consumidor: exigência do capitalismo ou transformação social? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v.32, p.113, 1999.

²⁶⁴MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.302.

O primeiro passo foi dado pelo CDC. Contudo, apesar do amplo rol de garantias facultadas ao consumidor, a efetividade desses direitos vem sendo comprometida ante a debilidade do Estado na interação dos anseios econômicos do fornecedor e dos direitos de personalidade do consumidor.

1.5 O COMPROMETIMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS DE PRIVACIDADE E HONRA DO CONSUMIDOR COMO CONSEQÜÊNCIA DA DEBILIDADE ESTATAL

A evolução do direito do consumidor, como dito, faz parte do "usualmente denominado processo de ampliação da intervenção estatal no mercado"²⁶⁵, com o fim de impor uma igualdade jurídica entre os participantes do contrato de consumo.

No Brasil, onde as sanções e limitações foram claramente desenvolvidas no Código do Consumidor, sem dúvida alguma, viu-se uma considerável eficácia na proteção dos direitos do consumidor, no que tange à qualidade dos produtos. Os efeitos serviam não só aos interesses do consumidor, mas também eram passíveis de atendimento por parte dos fornecedores. Não havia prejuízo, por exemplo, na troca de um aparelho com defeito por outro sem problema algum.

Contudo, quando se ultrapassa o aspecto material da proteção do consumidor e sua conseqüência patrimonial para que se tutele os direitos inerentes à personalidade, intrínsecos à sua condição de sujeito de direito, a questão revela uma carência da proteção estatal. Os meios de proteção perdem a eficácia e o poder econômico supera o poder do Estado, deixando o consumidor à mercê do fornecedor.

Nesse sentido a exposição de Zygmunt Bauman:

Quando o Estado reconhece a prioridade e a superioridade das leis do mercado sobre as leis da pólis, o cidadão transforma-se em consumidor – e o consumidor "demanda mais e mais proteção enquanto aceita cada vez menos a necessidade de participar" no governo do Estado. [...] Como as coisas se apresentam no momento, com o Estado recusando sua respon-

²⁶⁵MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.264.

sabilidade pela segurança de todos e cada um, "[a]s leis do mais forte triunfam sobre os fracos"; a versão real e efetiva de democracia liberal parece gerar uma "sociedade de duas marchas, uma nação em duas camadas".²⁶⁶

No cenário brasileiro, o que se percebe não é exatamente o reconhecimento pelo Estado da superioridade do poderio econômico, mas sim a sua derrocada como núcleo de poder. A partir daí, o efeito descrito por Zygmunt Bauman, qual seja, a transfiguração do cidadão em consumidor, tem como consequência primeira uma necessária diminuição da sua condição subjetiva. O consumidor traz em si a inferioridade e fragilidade diante do ente econômico, características essas que não se coadunam com a condição de cidadão, tido como sujeito de inúmeros direitos e garantias estabelecidos pelo poder estatal.

O cidadão perde ao transfigurar-se em consumidor, porque os seus direitos antes fundamentais passam a ser relativizados diante do poder econômico.

Perde também porque a condição de consumidor e a sua inferioridade intrínseca viabilizam a ocorrência de ofensas próprias a essa condição. Inicialmente o Estado consagra direitos fundamentais de privacidade e honra, mas depois autoriza, ignora ou não controla a violação específica desses direitos (no âmbito das relações de consumo). Tais direitos não prevalecem diante do poder ostentado pelo fornecedor, que intensifica os argumentos da proteção do direito de crédito (bancos de dados) e da efetividade da cobrança (cobrança vexatória).

Ao contrapor-se integridade moral do consumidor e a busca pelo lucro, os primeiros são simplesmente ignorados em favor da lógica do mercado. Na conclusão de Cláudia Lima Marques: "Tantos direitos e tão pouco poder efetivo tem este agente econômico vulnerável, o consumidor".²⁶⁷

Diante do avassalador desenvolvimento dos meios informáticos e tecnológicos em geral, a vida privada das pessoas e, por consequência, sua honra são

²⁶⁶BAUMAN, **Em busca...**, p.159.

²⁶⁷MARQUES, **Direitos básicos...**, p.62.

diuturnamente violadas o que exige do Estado uma atenção especial no que toca aos direitos de personalidade.

CAPÍTULO 2

AS PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS À PRIVACIDADE E HONRA

O enfraquecimento do poder estatal na garantia de direitos fundamentais, aqui cingidos à privacidade e honra, faz surgir a necessidade de reestruturação do direito. Necessário ainda o desenvolvimento de novos meios a afirmar a prevalência daqueles direitos sobre os interesses econômicos, responsáveis pelas violações anteriormente descritas.

Assegurar a contenção das violações de direitos ocasionadas por esse fenômeno é assim, questão que se impõe.

Daí a necessidade de conter o poder angariado pelos entes econômicos em questão, enfatizando a proteção da honra e privacidade como direitos fundamentais não redutíveis ao mero exame de custo e benefício, por constituírem direitos inerentes à personalidade do sujeito de direito, consumidor ou não.

2.1 A OTIMIZAÇÃO DA TUTELA DA PRIVACIDADE E DA HONRA COM OS MEIOS JÁ EXISTENTES

Buscou-se ressaltar até então a força do poder econômico em contraposição ao declínio do poder político do Estado, evidenciados aqui pela prática dos bancos de dados de proteção ao crédito e pelo uso meios vexatórios na cobrança do consumidor a ensejar agressões a direitos de personalidade.

A disciplina jurídica das relações jurídicas concernentes aos bancos de dados e à cobrança de dívidas ainda está por ser construída. Mesmo considerando a ampla proteção à esfera da privacidade e da honra estabelecida pela Constituição Federal e pelo Código Civil, sendo garantidos o uso do *habeas-data* e indenizações por danos morais.

A realidade prática denota a necessidade de criação de meios específicos e direcionados à manipulação dos dados pessoais e limites à cobrança de dívidas, bem como uma redimensão dos meios de tutela já existentes.

2.1.1 A Atuação do Ministério Público

Como já enfatizado, o Código de Defesa do Consumidor, abarcando a proteção constitucional e civil dos direitos de privacidade e honra, expressamente regulou os bancos de dados e a cobrança de dívidas. O objetivo era coibir a violação dos direitos dos consumidores, dedicando-se ao tratamento da matéria também em sede penal. Tudo em atenção "à verdadeira avalanche de abusos cometidos nessa área – que iam da utilização irregular de informações para forçar o pagamento de débito até a inabilitação creditícia do interessado na via extra-oficial [...]".²⁶⁸

Entretanto, a normatização específica do CDC e os instrumentos constitucionais postos à disposição do consumidor, como o *habeas data* e o princípio da autodeterminação informativa, não têm sido hábeis e suficientes para combater os abusos perpetrados pelos fornecedores. A tutela dos direitos personalíssimos aqui invocados, é prejudicada em razão da "primazia do mercado sobre o Estado que se reflete na diminuição da autoridade dos Estados".²⁶⁹

Os danos à privacidade e à honra do consumidor, no que tange especificamente aos bancos de dados, originam-se pela inscrição indevida ou abusiva do consumidor, avaliadas com base no elemento subjetivo da atuação do arquivista. Será indevida quando, por ato omissivo ou comissivo, forem mantidas informações inverídicas sobre o consumidor. Constatando-se a má-fé do arquivista na manutenção dos dados, a inscrição é abusiva.²⁷⁰

²⁶⁸EFING, **Bancos de dados...**, p.31.

²⁶⁹BONETTO e PIÑERO, op. cit., p.144.

²⁷⁰EFING, **Bancos de dados...**, p.169-170.

A atuação indevida ou abusiva dos bancos de dados pode atingir a esfera patrimonial do consumidor, "pelo fato da vítima ver diminuído seu patrimônio, inclusive pela vantagem que o crédito lhe propiciaria [...] e que acaba por ser frustrada pela informação incorreta ou desatualizada do arquivo de consumo"²⁷¹, conforme ressalva feita por Antonio Herman V. Benjamin.

A ocorrência de dano extrapatrimonial diante do potencial lesivo dos bancos de dados também é indiscutível, seja pelo seu caráter invasivo de privacidade, seja pelo constrangimento e exclusão que abalam a honra do consumidor, cujas informações inverídicas. Muitas vezes são utilizadas como coerção na cobrança de dívidas.

No que toca especificamente à honra e privacidade do consumidor, a jurisprudência²⁷² tem reiterado a responsabilização por danos morais em favor dos consumidores vítimas de inserções indevidas ou abusivas nos bancos de dados e às vítimas de cobranças vexatórias.

²⁷¹BENJAMIM et al., op. cit., p.427.

²⁷²Sobre a atuação indevida dos bancos de dados: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO SPC E SERASA. DÉBITO JÁ QUITADO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. DANO MORAL CONFIGURADO. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 54/STJ. (REsp 871.149/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 26.02.2007, p.611). No mesmo sentido: REsp 612619/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21.10.2004, DJ 17.12.2004, p.573; (REsp 746.817/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 18.09.2006, p.327); (REsp 815.917/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 10.04.2006, p.228). Sobre a cobrança vexatória: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. **COBRANÇA VEXATÓRIA** DE DÍVIDA. EXPOSIÇÃO DO AUTOR A SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. OFENSA AO COMANDO DO ARTIGO 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO. PRELIMINAR - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO RECONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - DESCABIMENTO. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE. VALOR FIXADO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 0373273-2, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Arquelau Araújo Ribas, Julgado em 08/03/2007). No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 0169255-1, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Marco Antônio de Moraes Leite, Julgado em 22/03/2007; Apelação Cível n.º 0282760-7, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: José Maurício Pinto de Almeida, Julgado em 20/04/2005; Recurso Cível n.º 71000931279, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 12/09/2006.

Contudo, a efetividade da proteção da privacidade e honra, tem se limitado à reparação por danos morais, revelando uma considerável carência de meios que limitem as condutas lesivas efetuadas pelos fornecedores

Isso porque, o poder econômico dos fornecedores que utilizam meios vexatórios de cobrança e das próprias empresas de bancos de dados²⁷³ mantém sua atuação e existência nos moldes atuais, sob argumento da manutenção do próprio mercado de consumo e na circulação de bens e serviços.

A reiteração maciça dessas ações evidencia a violação de direitos de personalidade em caráter transindividual e a partir daí, impõe-se a necessidade de proteção coletiva dos consumidores injustamente ofendidos.

É nesse sentido a ressalva de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, ao tratar do caráter invasivo dos arquivos de consumo:

Realmente o que está em jogo aqui não são os interesses isolados e fragmentados de alguns, ou mesmo de milhares de indivíduos desabonados, maus pagadores, inadimplentes ou párias do crédito. O que marca e preocupa – por isso a natureza social e amplíssima dos interesses protegidos – é a defesa da coletividades dos bons pagadores, que igualmente está à mercê dos abusos praticados pelos bancos de dados. **É a danosidade difusa e não individual que, em última análise, está em jogo. A operação dos bancos de dados, se não exercida dentro de certos limites, se transforma em "dano social".**²⁷⁴. [grifo nosso]

Na mesma orientação a exposição de Eduardo Molina Quiroga:

A fundamentação jurídica do direito à proteção de dados pessoais, sem dúvida pode e deve relacionar-se com o tradicional direito à intimidade, mas o transcende já que reflete mais que uma idéia individualista de proteção à intimidade, uma tutela dos interesses de um grupo social contra o processamento, armazenamento e coleta de informação, especialmente se admitirmos a vinculação com práticas discriminatórias, ainda quando dito direito esteja entrelaçado com uma parte importante do direito individual à

²⁷⁴BENJAMIM et al., op. cit., p.357.

intimidade, que é a que faz referência à proteção dos dados pessoais da esfera privada.²⁷⁵

As ações individualmente propostas e o entendimento jurisprudencial contrário às atuações ilegítimas não têm sido hábeis e suficientes para inibir a atividade danosa dos bancos de dados. Por conjugarem poder de informação e poder econômico, não se curvam diante das limitações impostas pelo CDC, apesar do reconhecido esforço do legislador e da jurisprudência nesse sentido.

No mesmo vértice, apesar dos sucessos alcançados pelos consumidores que buscam a tutela jurisdicional para reparar a ocorrência de danos à sua honra nos casos de cobranças vexatórias, esse tipo de prática têm sido cada dia mais usual no comércio em geral, não tendo tais condenações enfraquecido ou desestimulado as violações reiteradas.

Assim, a tutela coletiva do consumidor é meio de garantia efetiva e prática dos direitos do consumidor que, uma vez consagrados constitucionalmente, têm por escopo salvaguardar a equidade entre os sujeitos da relação de consumo.

Necessário então o avivamento da consciência do coletivo, uma vez que a aglutinação de sujeitos com a idêntica pretensão e em similares condições, exerce força considerável a otimizar e efetivar os mecanismos de mudança. Como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso: "os interesses são melhor e mais eficazmente exercidos em forma coletiva"²⁷⁶.

Na era moderna, o agrupamento de interesses evidenciado pela promoção do coletivo representava risco aos Estados emergentes. A ameaça era a de que

²⁷⁵QUIROGA, Eduardo Molina et al. **Daños. Globalizacion – Estado – Economía**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p.9.

²⁷⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 3.ed. São Paulo: RT, 1994. p.35.

esses grupos poderiam crescer em força e prestígio, enfraquecendo a firmeza e segurança dos regimes²⁷⁷.

Por um lado, a ameaça converteu-se em realidade, com o enfraquecimento do poder político do Estado diante do agrupamento do poderio econômico pelas corporações. De outro passo, é por meio da tomada de consciência do senso de poder coletivo pelos consumidores que se pode frear as ofensas cometidas pelos entes economicamente organizados. A imposição da força do Estado como garantidor de direitos fundamentais, é o que se propõe.

Nesse ponto, enfatiza-se a atuação do Ministério Público²⁷⁸, que deve ser revista e ampliada para que, por meio das ações coletivas, possa alcançar o maior número possível de consumidores. Assim, a maior efetividade na defesa dos seus direitos e a garantia da eficácia das normas constitucionais ante o poder econômico que rege as relações de consumo, serão alcançadas.

A ação civil pública, rejuvenescida pelo CDC e disponibilizada ao Ministério Público como meio eficaz de tutela dos interesses difusos e coletivos. Constitui também meio hábil a desenvolver uma moderna atitude do consumidor diante da nova dimensão do poder econômico, agora globalizado e sem fronteiras.

Não se ignora o grande número de ações coletivas já iniciadas pelo Ministério Público e cujo sucesso reafirmou a predominância dos direitos do consumidor diante

²⁷⁷MANCUSO, *Interesses...*, p.32.

²⁷⁸Muito se discute sobre a legitimidade do Ministério Público na propositura de ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos, sob o argumento de que sua atuação é restrita aos direitos indisponíveis. Contudo, tem se assentado na jurisprudência a legitimação do Ministério Público em razão da relevância social da tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, indisponíveis ou não, inclusive em conformidade com o art. 25, inc. IV, "a" da Lei Orgânica do Ministério Público. A atuação do Ministério Público nas ações que visam a tutela e garantia da privacidade e honra do consumidor, encontra amparo tanto constitucional, pois no dizer de Gustavo Tepedino (**Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.301) é "*instituição vocacionada para a promoção dos direitos e garantias assegurados na Constituição*", como no próprio CDC quando indica expressamente o Ministério Público como órgão legítimo à propositura das ações coletivas em defesa do consumidor, haja vista as normas de ordem pública e interesse social nele encerradas.

do interesse puramente econômico do fornecedor desvinculado da legalidade imposta pelo CDC em favor das relações de consumo²⁷⁹.

Contudo, a força coercitiva do poder estatal na garantia específica da privacidade e honra do consumidor deve ser invocada pelo Ministério Público por meio de ações civis que busquem a indenização por danos morais²⁸⁰ às vítimas de bancos de dados e de cobranças vexatórias. Ou ainda, como assinala João Batista de Almeida, em questões não usuais como o *habeas data* (CF, art. 5.º, LXXII, c/c CDC art. 43, § 5.º) "unicamente com o objetivo de obter informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de entidades públicas, bem como a respectiva retificação de dados".

A atuação do Ministério Público tem ainda lugar na limitação da atuação indevida das empresas de bancos de dados que, por meio de negociações obscuras, pois realizadas sem o conhecimento do consumidor, comercializam os seus dados para fins alheios à proteção de crédito²⁸¹.

Contudo, a limitação de recursos materiais e humanos sofrida pelo Ministério Público é notória, sobretudo em razão da enorme gama de atribuições que lhe foi confiada pela Constituição Federal de 1988, gerando uma sobrecarga de funções.

²⁸⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.41: "O âmbito das relações consumeristas mais se alargou com o advento da Lei Federal n. 8.884/94, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, onde se inclui a 'defesa dos consumidores' (art. 1.º) e se previu ação em matéria de 'interesses individuais ou individuais homogêneos' (art. 29), havendo expressa invocação do CDC (art. 29, 83 e 87). Além disso, o art. 88 dessa lei deu nova redação ao caput do art. 1.º da Lei de Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), por modo a estender a tutela judicial também aos danos morais por ofensa aos interesses metaindividuais, dentre os quais se encontram os do consumidor (inciso II desse art. 1.º); o que de tudo afinal se harmoniza com o art. 6.º, VI, do CDC, falando em 'danos patrimoniais e morais'".

²⁸¹ Figure-se o exemplo do Ministério Público do Distrito Federal que, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, ajuizou em 2004 Ação Civil Pública contra a SERASA com o fim de proibir a inclusão em sua base de dados de informações dos cartórios de distribuição e protesto, bem como a exclusão dos dados já coletados partir daqueles cartórios.

A limitação sofrida pelo Ministério Público evidencia a necessidade de reforço dos vínculos associativos igualmente direcionados a garantir ao consumidor a prevalência de seus direitos considerados coletivamente.

2.1.2 A atuação das Associações

O desenvolvimento de uma política legislativa voltada ao consumidor originou-se da coalizão de interesses de consumidores, que inconformados com os abusos sofridos exigiram do Estado uma tutela a eles direcionada, conforme exposto na primeira parte do trabalho.

A criação de mecanismos legais de proteção, criados em razão da organização coletiva de consumidores não garante a eficácia dos instrumentos disponibilizados pelo Estado pela via legal.

Isso porque, na conclusão de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

[...] os fornecedores e produtores podem tolerar a criação de legislação de proteção do consumidor, mas irão incentivar formas e mecanismos que tornem a sua implementação ineficaz. Os consumidores, por outro lado, em razão da dispersão e fragmentação, não terão recursos e meios para controlar e monitorar o respeito às normas de proteção.²⁸²

O implemento de uma política de defesa do consumidor eficaz e exigível, sobretudo no que toca seus direitos personalíssimos, depende da conscientização e organização coletiva do consumidor. Não só na exigência da proteção estatal pela edificação das normas, mas também na luta da efetividade do direito posto.

Diante da garantia de equidade perante o fornecedor, cumpre ao consumidor encampar os seus direitos e assumir sua posição como ente econômico fundamental à economia de mercado.

²⁸²MACEDO JÚNIOR, **Contratos...**, p.275.

Pelas associações e organizações de consumidores, além da propositura de ações coletivas, é possível o desenvolvimento de campanhas educativas a evidenciar e trazer ao conhecimento dos consumidores os meios de garantia da honra e privacidade asseguradas pelo CDC. Como exemplo, a possibilidade de acesso às informações arquivadas, o direito de eliminar informações negativas já prescritas, entre outros.

Enfatizando a influência institucional das associações na representação dos consumidores, Elcio Perin Júnior ressalta as atividades a serem desenvolvidas tais como:

[...] a promoção de leis favoráveis aos consumidores, a regulamentação que leva em conta o ponto de vista deles, além daquele com empresa individual ou com suas associações que melhoram as condições contratuais dos consumidores que assegurem um 'standart' mínimo de qualidade, ou então que estabeleçam procedimentos e modalidades de ressarcimento em caso de alguma controvérsia.²⁸³

Não são poucas as ações propostas por associações como IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), que desde 1998 atua em prol dos consumidores, com relevantes atuações nos casos que envolveram as “pílulas de farinha”, os reajustes da poupança pelo Plano Bresser, empréstimo compulsório, entre outros, e que garantiram aos consumidores uma resposta dos fornecedores pelos seus direitos lesados.

A partir da conscientização e organização dos consumidores e do uso das ações coletivas, que permitem a prestação da "*jurisdição de massa*"²⁸⁴, milhares de consumidores poderão valer-se de seus direitos com uma só sentença, que a todos beneficiará.

Por outro lado, alguns aspectos da proteção do consumidor carecem de meios mais contundentes e eficazes. Na seqüência, o que se pretende é justamente a proposição de novos mecanismos de tutela.

²⁸³PERIN JUNIOR, op. cit., p.29.

²⁸⁴Expressão utilizada por CAVALIERI FILHO, O direito..., p.98.

2.2 A ADOÇÃO DE NOVOS MECANISMOS

As transformações sociais e econômicas ocorridas à partir da Revolução Industrial evidenciaram a necessidade de mudança no tratamento jurídico da pessoa, até então individualmente considerada.

O desenvolvimento da atividade econômica de massa, desvinculado da intervenção estatal, ocasionou novas formas de ofensa ao indivíduo, viabilizados, sobretudo pela exclusão social e pela crise de valores gerada a partir da modernidade. Esta realidade culminou na inevitável intervenção estatal de modo a garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Num cenário de desenvolvimento tecnológico acelerado, novamente anuncia-se a necessidade de revisão e efetivação dos meios de tutela dos direitos de personalidade. A principal razão é a quantidade ilimitada de informações pessoais que circulam pela via tecnológica²⁸⁵, o que em muito contribui para o aumento do potencial lesivo desses meios.

A tutela da personalidade não se limita a um regramento fechado e limitado de direitos subjetivos. Por ser "valor fundamental do ordenamento" e não só um direito, "está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela".²⁸⁶

Nessa perspectiva, a garantia da privacidade e da honra, cujas violações foram ocasionadas pelos novos instrumentos de negociação do mercado de consumo (bancos de dados, por exemplo), carece de proteção mais efetiva e prática. Deve assim, ser proporcionada não só pelos meios legais, mas também pela via administrativa, por meio de um controle ostensivo dos meios lesivos.

²⁸⁵DRAY, op. cit., p.54: "O século XX foi pródigo na criação e no incremento de técnicas de registro, comunicação e observação, que puseram em risco a salvaguarda da privacidade. O aparecimento do telefone e do telex, num primeiro momento, associados ao surgimento do computador, à evolução tecnológica, ao desenvolvimento das 'auto-estradas' de informação e comunicação, da internet e do correio electrónico, bem como a evolução da genética, transformando o mundo 'numa autêntica vitrina onde vegeta o homem...nu'".

²⁸⁶PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.155-156.

Apesar das disposições do CDC e das decisões favoráveis ao consumidor, as violações da privacidade e da honra alcançam volumes exorbitantes diante da debilidade do Estado no controle efetivo desses meios.²⁸⁷

O que se pretende enfatizar é a necessidade de criação de um modelo legal que evidencie a garantia constitucional da honra e privacidade nas relações de consumo, por meio de regulamentação e controle específicos e com sanções efetivas no que tange aos bancos de dados e às cobranças de dívidas, cujo tratamento dispensado pelo CDC não se mostrou suficiente.

2.2.1 Propostas de *lege ferenda* e o Projeto de Lei n. 5.870/2005

Inicialmente, cumpre ressaltar que a análise a ser desenvolvida, apesar de direcionar-se especificamente aos bancos de dados, tem como objetivo secundário o tratamento da cobrança de dívidas.

Isso porque, um dos meios mais comuns de cobrança vexatória e de ameaça ao consumidor, constitui justamente o uso das informações contidas nos arquivos de consumo.

O consumidor visualiza no SERASA e no SEPROC (empresas mais conhecidas), autênticas ameaças, uma vez que a mera possibilidade de ser cadastrado num desses bancos angustia-o, haja vista os efeitos que provoca na sua vida social e comercial e a antevisão das dificuldades administrativas ou judiciais que enfrentará para ter seu nome excluído.

²⁸⁷Grande parte das questões relativas aos danos advindos de arquivos de consumo e cobrança vexatória resolvem-se no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. É sabido, porém, que a celeridade, grande característica dos Juizados, há tempos não prevalece, e aqui se fala especificamente do Estado do Paraná. Na cidade de Curitiba, por exemplo, as audiências de conciliação demoram no mínimo dois meses para ocorrer. O consumidor que tem seu nome indevidamente inserido num Banco de dados precisa esperar, para uma tentativa de conciliação, no mínimo dois meses. A decisão final demorará bem mais que isso, e provavelmente será procedente. Contudo, o prejuízo causado ao consumidor, na maioria das vezes, não será remediado por uma indenização por danos morais.

O temor da inclusão não atinge só o inadimplente efetivo. Não são poucos os casos de pessoas que possuem o seu nome incluído num banco de dados, sem nunca terem inadimplido qualquer obrigação.

Assim, uma legislação completa e eficaz no que concerne aos arquivos de consumo, além de limitar a atuação indevida das empresas de bancos de dados, evitará também as violações de direitos ocasionadas pelo uso vexatório de mecanismos de cobrança que se baseiam em tais cadastros.

Analisando a carência legislativa e a insuficiente previsão legal sobre os arquivos de consumo, Arthur Badin, Bruno Carazza dos Santos e Otávio Ribeiro Damasco concluem que:

[...] a brevidade com que esses temas são tratados no CDC e a ausência de norma infralegal que detalhe esses dispositivos tornam o Código passível de questionamentos judiciais, limitam o desenvolvimento dos bancos de dados e prejudicam a proteção efetiva dos cadastros. Como resultado, a atividade dos bancos de dados não cumpre a sua missão de fomentar o mercado de crédito com informações dentro dos limites aceitáveis de preservação da privacidade dos indivíduos.²⁸⁸

Atente-se ainda para a dimensão do problema relativo à intimidade e honra do consumidor com os dados pessoais, em razão da ilimitada amplitude e alcance dos meios informáticos que não mais se limitam ao território nacional, tornando-se problema de ordem internacional.

É nesse sentido a ressalva de Eduardo Molina Quiroga:

Por outro lado, a proteção dos dados pessoais não se delineia exclusivamente por força de problemas individuais, mas também expressa conflitos que incluem a todos os indivíduos da comunidade internacional, problema que é analisado sob ótica do fluxo internacional de dados. É preciso advertir que o tratamento automatizado dos dados pessoais se converteu em uma arma estratégica de manipulação de condutas individuais e a aplicação de avançados

²⁸⁸BADIN et al., op. cit., p.29-30.

métodos telemáticos para a informação de carácter pessoal deixou de ser a exceção para converter-se em uma rotina diária.²⁸⁹

A preocupação com a proteção dos dados pessoais e a conseqüente tutela da privacidade e da honra não é recente na comunidade europeia onde se encontram inúmeras leis²⁹⁰ nesse sentido. Merece destaque a Convenção para a Proteção dos Indivíduos com relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais, conhecida como Convenção de Estrasburgo de 21/01/1981.

A título de ilustração e com o fito de evidenciar a possibilidade de aplicação de meios contundentes de controle sobre as empresas em relação às cobranças, Geraldo de Faria Martins da Costa lembra que na França, o Decreto n.º 96-1112, de 18.12.1996, regulamenta de forma minuciosa a atividade profissional das sociedades comerciais.²⁹¹

O Decreto francês estabelece as condições para a prática da cobrança, inclusive em relação ao conteúdo da carta a ser enviada ao consumidor. Esta deve indicar sob pena de multa, o nome do cobrador, seu endereço, a indicação de que ela exerce uma função de cobrança amigável, o nome e endereço do credor, o fundamento e o valor da soma principal devida, os juros e acessórios, pormenorizando os elementos da dívida.²⁹²

²⁸⁹QUIROGA et al., op. cit., p.126.: *"Por outro lado, la protección de los datos personales no se plantea exclusivamente a consecuencia de problemas individuales, sino que también expresa conflictos que incluyen a todos los individuos de la comunidad internacional, problema que es analizado bajo la óptica del flujo internacional de datos."*

²⁹⁰São exemplos: Na Alemanha "Land de Hesse" de 1970, na Áustria a Lei Federal sobre Proteção de dados informáticos de índole pessoal (18/10/1978); as leis da Dinamarca "Public Authorities Register Act (1991) para o setor público e "Private Registers Act (1987) para o setor privado, na Espanha a Lei Orgânica de Regulação e Tratamento de dados (5/92) e na Grã-Bretanha "Data Protection Act" de 1998 (QUIROGA, et al., p.127).

²⁹¹COSTA, op. cit., p.75.

²⁹²COSTA, op. cit., p.75.

A lei francesa de 06.01.1978 criou uma Comissão Nacional da Informática e das Liberdades (CNIL) responsável pela elaboração de regras e recomendações a fim de assegurar a segurança dos sistemas de tratamento de informações, por meio da possibilidade, inclusive, de destruição dos bancos de informação e denúncias ao Ministério Público.²⁹³

No Brasil, o PL n.º 5.870/2005 é um esforço nesse sentido, já que justamente visa a um equilíbrio entre as perspectivas econômicas e jurídicas.

O referido projeto tem por objetivo preencher as lacunas da Lei n.º 8.078/90 quanto aos bancos de dados e cadastros de consumidores. Busca também a complementação das normas de atuação desses arquivos, tratadas com certa brevidade pelo CDC.

Em razão do propósito de elencar-se novos meios de efetividade dos direitos de privacidade e honra, o conteúdo do PL n.º 5.870/90 será aqui explorado unicamente no que toca tais direitos.

Nesse sentido, a primeira inovação do Projeto é justamente a vedação do registro de informações não condizentes com a finalidade de concessão de crédito ou de realização de transações comerciais. Também não são permitidas referências à *“origem social e étnica, convicções políticas, religiosas, filosóficas, ideológicas e pessoais, saúde, orientação sexual e quaisquer outras que possam afetar os direitos de personalidade dos cadastrados”* – art. 4º § 2º, I e II²⁹⁴.

²⁹³COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superindivíduo**..., p.77.

²⁹⁴Art. 4.º As informações, para fins de coleta, armazenamento e circulação pelos bancos de dados devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão.

[...]

§ 2.º É vedado o registro de informações:

I - excedentes ou desvinculadas da finalidade de concessão de crédito ou de realização de transações comerciais;

II - referentes à origem social e étnica, convicções políticas, religiosas, filosóficas, ideológicas e pessoais, saúde, orientação sexual e quaisquer outras que possam afetar os direitos de personalidade dos cadastrados.

Em relação às inovações do artigo supra e sua consonância com o CDC é a exposição de Arthur Badin, Bruno Carazza dos Santos e Otávio Ribeiro Damasco:

O princípio estabelecido no Código de Defesa do Consumidor de que as informações devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão foi detalhado no PL (art. 4.º, § 1.º), dirimindo assim algumas dúvidas de interpretação que eram levantadas nas discussões judiciais sobre o tema.²⁹⁵

O art. 18²⁹⁶, na mesma toada, ressalta que o acesso às informações dos bancos de dados somente poderá ocorrer se o interessado na consulta mantiver ou pretender manter relação comercial ou creditícia. O parágrafo único esclarece que os dados do cadastrado só poderão ser aproveitados para identificação de clientes potenciais ou pesquisas mercadológicas, se houver expressa anuência do cadastrado em contrato específico para tal fim.

Ao se limitar a utilização das informações pessoais do consumidor, evitar-se-á, justamente, as reiteradas violações da privacidade do consumidor. No modelo atual, a partir de uma informação disponibilizada ao fornecedor e repassada ao banco de dados, outros aspectos de sua vida privada, que não as relativas à crédito, são expostas pela via digital por meio dos bancos de dados.²⁹⁷

²⁹⁵BADIN et al., op. cit., p.32.

²⁹⁶Art. 18. Os consulentes somente poderão acessar informações constantes dos bancos de dados do cadastrado que com estes mantiver ou pretender manter relação comercial ou creditícia.

Parágrafo único. As informações somente poderão ser utilizadas para fins de identificação de clientes potenciais ou pesquisas mercadológicas, inclusive por empresas de **marketing** direto, mediante autorização expressa do cadastrado ao banco de dados em instrumento contratual específico ou com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, assegurado o seu cancelamento a qualquer momento.

²⁹⁷Figurou-se anteriormente a situação do consumidor que passa a ser ostensivamente abordado pelo fornecedor a partir de informações paralelas sobre suas preferências e hábitos, condição financeira, posição social etc., disponibilizadas pelos bancos de dados que em muitos casos, ou na maioria, não tem conhecimento que integra tal cadastro. Também não são poucos os casos de empresas que para a contratação de novos funcionários se utilizam desses bancos para averiguar se o candidato tem ou não o “nome sujo” e a partir dessa informação contratam ou não.

Na mesma orientação, com a proibição de informações sobre origem social e étnica, convicções pessoais, saúde e orientação sexual do consumidor, evita-se a segregação e exclusão do consumidor a abalar diretamente a sua honra quando tais informações são utilizadas indevidamente.

Outra inovação importante aplicável à tutela da honra e privacidade é o estabelecimento de uma forma específica e detalhada para a comunicação da inclusão no banco de dados. Evidencia-se amplo respeito à dignidade do consumidor que em caso de eventual violação daqueles direitos, poderá tomar as medidas necessárias para salvaguardá-los antes que a violação se concretize.

Apesar de o CDC anteriormente exigir a prévia comunicação do consumidor, não indicava a forma a ser respeitada gerando uma série de dúvidas e inseguranças no consumidor. Uma vez que o art. 9.^o²⁹⁸ estabelece regras para o aviso do consumidor, o banco de dados só se eximirá da responsabilidade pela não comunicação do consumidor se, efetivamente, tiver cumprido os ditames do referido artigo. A demonstração efetiva de que o mesmo foi avisado da futura inclusão passa a ser requisito indispensável.

O compartilhamento de informações pelos bancos de dados é prática comum atualmente e inclusive tem gerado intervenções do Ministério Público com o fito de impedi-la, também foi tratado no Projeto em análise.

²⁹⁸Art. 9.^o As comunicações previstas neste Capítulo serão realizadas pelo banco de dados ou pela fonte, conforme pactuado entre estes, sem prejuízo da responsabilidade solidária prevista no art. 24.

§ 1.^o A comunicação ao cadastrado será efetuada por:

I - carta ou telegrama, com postagem comprovada, para o endereço informado por escrito pelo cadastrado;

II - intimação do tabelião de protesto de títulos; ou

III - carta com aviso de recebimento.

§ 2.^o A intimação na forma do inciso II poderá ser feita em conjunto com a intimação a que se refere o art. 11, inciso II, da Lei n.^o 8.935, de 18 de novembro de 1994.

§ 3.^o A informação de inadimplemento só poderá ser registrada no banco de dados após quinze dias da postagem da comunicação efetuada nos termos do inciso I ou do recebimento da comunicação enviada nos termos dos incisos II e III do § 1.^o.

Apesar de permitir o compartilhamento, o art. 10²⁹⁹ exige a expressa comunicação do cadastrado, com o rigor do art. 5.º, 8.º e 9.º. O aviso do compartilhamento deverá ser efetuado por carta, com prova do envio ou do recebimento, aguardando-se o prazo de 15 dias após a postagem. O agente que recebe as informações por meio do compartilhamento será solidariamente responsável pelos danos causados ao cadastrado, bem como pelas retificações ou exclusões a serem feitas.

A responsabilização solidária e objetiva do banco de dados, da fonte e do consulente pelos danos materiais e morais eventualmente causados ao cadastrado é outra inovação importante trazida pelo PL 5.870/90.

Estabelece o art. 24³⁰⁰ que os bancos de dados são responsáveis pela integridade das informações, conforme recebidas das respectivas fontes e estas pelos danos causados ao cadastrado, decorrentes de informações inverídicas fornecidas a bancos de dados. Assim, o banco de dados passa a ser responsável a partir do momento que a nova informação sobre o consumidor lhe é repassada, cabendo a ele o cuidado na administração e controle das informações.

²⁹⁹Art. 10. É permitido o compartilhamento de informações entre bancos de dados, ressalvadas as protegidas por sigilo.

§ 1.º O compartilhamento de informações deverá ser comunicado ao cadastrado na forma prevista nos arts. 5.º, 8.º e 9.º.

§ 2.º O banco de dados que receber informações por meio de compartilhamento equiparase, para todos os efeitos desta Lei, ao banco de dados que registrou originariamente a informação, inclusive quanto à responsabilidade solidária por eventuais prejuízos causados e ao dever de receber e processar impugnação e realizar retificações.

³⁰⁰Art. 24. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado pela inobservância das disposições desta Lei.

Parágrafo único. Na hipótese de ação de regresso e na resolução de controvérsias entre o banco de dados, a fonte e o consulente, são responsáveis:

I - os bancos de dados, pela integridade das informações, conforme recebidas das respectivas fontes;

II - as fontes, pelos danos causados ao cadastrado, decorrentes de informações inverídicas fornecidas a bancos de dados; e

III - os consulentes, pela não-observância da confidencialidade e pelo uso das informações obtidas junto a banco de dados para fins alheios à sua relação comercial com o cadastrado.

Os consulentes ou fornecedores que adquirem as informações, respondem pela não-observância da confidencialidade e pelo mau uso das informações obtidas. Está vedada a utilização de dados pessoais para fins alheios ao objetivo comercial com o consumidor, devendo evitar ainda que as informações sejam difundidas indevidamente.

Resta evidente o objetivo do legislador em ampliar a regulamentação concernente aos bancos de dados. Isto se dá por meio de extensa disposição sobre o funcionamento, o acesso dos consumidores e a responsabilização das empresas arquivistas, em conformidade com os ditames principiológicos do CDC a propiciar a harmonia entre o bom andamento do mercado e os direitos do consumidor.

É sabido, porém, que a edificação de novas leis não garante o respeito aos direitos aqui invocados, uma vez que a exaustiva promulgação de leis nunca foi garantia de justiça em nosso país. O CDC é exemplo dessa realidade.

Nessa perspectiva, Cláudia Lima Marques assevera que "o CDC representa uma reforma importante no direito brasileiro, trata-se de um Código bem estruturado, com uma técnica legislativa avançada e um amplo campo de aplicação"; contudo, ressalta a autora, uma "bela lei não é a segurança de um mercado harmônico, é apenas o primeiro passo, pois usa força renovadora dependerá de utilização e sua imposição em casos práticos".³⁰¹

A criação de novas leis e a busca da sua aplicabilidade pelas demandas judiciais, meios tradicionais de tutela, não se mostram suficientes para reprimir os abusos cometidos contra o consumidor, justamente na esfera que lhe é mais cara, a sua dignidade.

No que toca à regulação dos bancos de dados e a tutela dos dados pessoais, Guido Alpa enfatiza não serem suficientes o esforço da magistratura, seja ela civil ou penal, uma vez que os entendimentos divergem. Impõem-se a necessidade de

³⁰¹MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.17, p.36, 1996.

criação de autoridade administrativa independente³⁰², dedicada à tutela dos direitos de personalidade nesse setor³⁰³.

2.2.2 A necessidade de agentes reguladores

O desenvolvimento de agências reguladoras é potencializado a partir da ineficiência do Estado no desempenho de suas atividades e na necessidade de incremento dos mecanismos de controle e fiscalização das atividades empresariais.

No campo específico das relações de consumo, caracterizada pelo modelo relacional, evidenciam-se "novos e difíceis" desafios ao tradicional direito do consumidor, conforme enfatiza Ronaldo Porto Macedo Júnior. Por tal razão, o fortalecimento do Estado e o conseqüente controle dos abusos contra o consumidor, sobretudo nas prestações de serviços, dependerão de agências reguladoras e monitoradoras do mercado. A criação de agências como o CADE, Anatel, ANEEL, Susep entre outras, releva-se imprescindível para o direito do consumidor diante do atual mercado globalizado.³⁰⁴

Nesse aspecto, Leila Cuéllar observa que:

No que tange às atividades econômicas em sentido estrito que se submetem à fiscalização dos entes reguladores, saliente-se que a missão das agências é regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público (...) e defesa dos interesses dos consumidores, almejando a manutenção da qualidade dos serviços e produtos ofertados, os preços justos, o respeito aos menos privilegiados e às minorias etc³⁰⁵.

³⁰²A ênfase à autoridade administrativa feita por Guido Alpa, se dá em razão da criação de um órgão administrativo denominado "*Garante*" pela Lei italiana n.º 675 de 31 de dezembro de 1996, que regula justamente o armazenamento de dados pessoais.

³⁰³ALPA, **La disciplina...**, p.73.

³⁰⁴MACEDO JUNIOR, **Globalização...**, p.50.

³⁰⁵ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-80

Tendo em vista que a tutela dos consumidores constitui objetivo primário das agências reguladoras³⁰⁶, atuações efetivas e contundentes geram efeitos em favor do consumidor contra os interesses econômicos dos fornecedores³⁰⁷.

No que tange aos bancos de dados, a criação de agências reguladoras ou de uma autoridade independente é medida que se impõe, haja vista seu caráter lesivo pela utilização ostensiva dos dados pessoais do consumidor, sem o seu consentimento ou qualquer tipo de controle.

Enfatizando a necessidade de um órgão específico para regular a atividade dos bancos de dados, Danilo Doneda afirma que:

Das configurações possíveis para este órgão, são identificadas a princípio algumas opções possíveis: uma é a de um órgão funcionalmente independente da estrutura estatal, de perfil que genericamente associamos a uma agência; outra, a atribuição destas responsabilidades ao próprio Ministério Público; outra ainda é uma estrutura diretamente ligada ao poder executivo.³⁰⁸

A coleta de informações de cunho pessoal sem a ciência ou o consentimento do consumidor a configurar ofensas ao basilar princípio da dignidade da

³⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 292.

³⁰⁷ Sublinhe-se uma das últimas atuações da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que garantirá ao consumidor a portabilidade do número do telefone celular e possibilidade de micro recarga nos telefones pré-pagos. Ao se garantir ao consumidor o direito de manter o mesmo número de telefone caso mude de operadora, assegura-se justamente a liberdade de escolha e o direito a qualidade absoluta na prestação do serviço. Se antes, muitos consumidores continuavam cativos de operadoras de celular, apesar das altas tarifas, do mal atendimento ou de cobranças indevidas, porque não queriam perder o número do telefone que, por qualquer motivo, era-lhes importante, agora têm essa liberdade garantida. No mesmo sentido, o projeto prevendo a micro recarga, possibilita a inclusão do sujeito de baixa renda no mercado do consumo e a possibilidade de acesso aos benefícios que a tecnologia lhes pode oferecer. Em ambos os exemplos, há tutela indireta da honra subjetiva, na medida em que constituem mostras de inclusão econômica. Através delas, viabiliza-se ao consumidor que exalte a si mesmo, afastando-se de uma cotidiana auto-identificação como parte débil da relação de consumo que mantém com as empresas de telefonia.

³⁰⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.401.

pessoa humana, permeados pela honra e privacidade, não podem ser toleradas sob o argumento de serem indispensáveis ao mercado de consumo.

A sua essencialidade para o funcionamento da sociedade de consumo exige, por si só, rígido controle e fiscalização, que poderão ser efetivados a partir da criação de uma agência reguladora destinada a tal fim.

A criação de mecanismos reguladores evidencia-se, sobretudo, em razão dos altos índices de lucratividade que têm alcançado as empresas de bancos de dados³⁰⁹ às custas de ofensas aos direitos de consumidores impotentes diante da sua força econômica e de informação ilimitada.

Considerando que a ofensa à honra e à privacidade é apenas uma das faces da violação diuturna dos direitos fundamentais do consumidor, que sirvam esses direitos para encabeçar o rol das necessidades de regulação específica, sobretudo em relação aos bancos de dados e empresas de cobrança, por meio de regulação e fiscalização contundente e eficaz.

2.2.3 A Tomada de Consciência e a Conseqüente Reformulação da Cultura de Consumo

Ao se invocar a tutela efetiva do Estado no que tange à honra e privacidade do consumidor, busca-se uma transformação no mercado brasileiro e que justamente foi proposta pela Lei n.º 8.078/1990 e que muitas vezes esbarra no poderio econômico angariado por determinadas corporações. Busca-se construir uma realidade de mercado de lealdade, respeito e direitos efetivos para os consumidores.

Alcançar e efetivar esses princípios e direitos de harmonia, constituem imperativos legais, mandamentos e imposições do direito positivo brasileiro e dos

³⁰⁹A Serasa, maior banco de dados da América Latina, encerrou 2006 com lucro líquido de R\$ 103,7 milhões. Notícia publicada em 06 mar. 2007. Disponível em: <www.bb.com.br>. Acesso em: 31 maio 2007.

anseios de Justiça Social de nossos cidadãos³¹⁰que, na maioria das vezes, têm tolhido os seus mais básicos direitos no que tange à dignidade, que antes lhes é garantida constitucionalmente.

O Direito é instrumento de transformação social e cumpre a ele a reforma e efetivação pelas mãos do Estado da atual realidade dos direitos aqui defendidos.

O Código de Defesa de Consumidor desempenhou importante papel na inovação e reformulação das bases do ordenamento jurídico brasileiro evidenciando a função protetora do Estado e a superação do individualismo inerente ao Direito Privado.

A reestruturação do modelo contratual clássico, com a imposição de novas regras, evidenciou a impotência da autonomia privada e do modelo liberal em garantir verdadeira liberdade e igualdade nas relações contratuais.

A lei consumerista, que possibilitou a intervenção do Estado nas relações privadas de consumo, mostrou também a necessidade de proteção dos aspectos pessoais do consumidor. Aspectos estes, atinentes não só às questões econômicas, mas também no que concerne aos seus direitos de personalidade.

É sabido que a reformulação dos pilares contratuais se deu em razão do aparecimento da sociedade de consumo e do seu sistema de produção e distribuição em massa, gerando a despersonalização dos contratantes e a reiteração de abusos em favor da nova ordem de mercado, a evidenciar um notável desnível entre consumidor e fornecedor.

Contudo, o esforço legislativo em promover a igualdade material daqueles que participam da sociedade de consumo, por si só, não tem sido eficaz para promover a reformulação imprescindível ao equilíbrio efetivo nas relações de consumo, qual seja, uma mudança de cultura e de consciência do consumo, por parte dos consumidores e fornecedores.

³¹⁰MARQUES, Direitos básicos..., p.35.

A economia de mercado que rege as relações de consumo continua a desenvolver-se em função do lucro, sem atentar para os novos fundamentos impostos pela ordem constitucional, entre eles a proteção do consumidor, em todos os seus aspectos.

Não se pode olvidar as conquistas alcançadas pelos consumidores no campo da responsabilização civil por danos materiais, pela via da responsabilização objetiva trazida pelo CDC. Assiste-se a uma mudança de mentalidade dos consumidores no que concerne ao seu direito de adquirir produtos isentos de defeitos ou reivindicar a reparação no caso de dano proveniente desse produto.

No mesmo sentido, os fornecedores em geral não se negam a resolver os conflitos provenientes de danos materiais em razão do produto.

Contudo, no campo dos serviços a conclusão não é a mesma. Os fornecedores em geral, sobretudo as corporações, ignoram os direitos relativos à pessoa (direitos fundamentais e de personalidade) do consumidor, ignorando em consequência a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico hodierno.

Isso porque, a enorme gama de direitos que têm se destinado à pessoa não se coaduna com o desenvolvimento de uma base solidária e ética a solidificar esses direitos. Daí a sua relativização em favor de objetivos que se distanciam da sua função material (realização do homem em sociedade).

É nesse sentido a observação de José de Oliveira Ascensão ao se referir aos direitos de personalidade:

[...] em contradição com a posição privilegiada dada a estes direitos está a extensão que se vai fazendo dos direitos de personalidade a aspectos banais, em que nenhum valor ético está em causa. É um aproveitamento oportunístico que ameaça alastrar, à semelhança do que acontece com os direitos fundamentais. **Apoia-se na visão positivista dos direitos de personalidade como uma categoria formal como qualquer outra, bem**

como na tendência da sociedade dominada pelo mercado de tudo transformar em fonte de proventos.³¹¹

Se a pessoa é hoje o valor fundamental do ordenamento jurídico ou o "valor-fonte" como designou Miguel Reale³¹², esse valor deve ser ressaltado e imposto especialmente no âmbito do consumo, haja vista a hipossuficiência e vulnerabilidade características do sujeito-consumidor.

Não se pode admitir a violação da privacidade e da honra em função dos interesses econômicos do fornecedor.

Considerar o consumidor como ente vulnerável não significa impor-lhe uma condição de inferioridade. Ao revés, significa que, mesmo não controlando os meios de produção, tem direito de participar ativamente da relação de consumo, manifestando seus anseios pelo exercício da liberdade racional garantida pelo CDC.

No que toca o exercício dessa liberdade e da garantia de privacidade do consumidor, Ronaldo Porto Macedo Júnior assevera que:

[...] a proteção do consumidor e da privacidade (vista como um direito à cidadania) reporta-se a uma concepção positiva de liberdade, a saber, a liberdade enquanto autonomia e, apóia-se na idéia de que o indivíduo não pode ser utilizado como um fim social. Dentro da perspectiva do direito do consumidor e da privacidade, esta concepção da liberdade enquanto autonomia representa a demanda por igual representação do consumidor em relação a outros grupos no processo de decisão sobre o grau de informação e de risco que deve ser tolerado na sociedade.³¹³

A construção de uma nova racionalidade jurídica em favor da sociedade consumo é possível a partir da afirmação de prevalência dos direitos de personalidade

³¹¹ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.26, p.63, abr./jun. 2006.

³¹²REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. In: BRASIL. Leis, decretos, etc. **Novo código civil brasileiro**: lei 10.406/2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

³¹³MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.31, p.22-23, jul./set. 1999.

do consumidor, como a privacidade e a honra, sobre os direitos patrimoniais do fornecedor. Tal idéia deve ser reforçada em tempos de mercado globalizado, que proporciona a aceleração dos lucros ante a ausência das barreiras territoriais.

O CDC e todo o arcabouço jurídico do direito do consumidor revela essa preocupação por meio de extensa dedicação normativa nesse sentido, atento inclusive às novas formas de violação de direitos ocasionados pela revolução tecnológica e pela globalização dos mercados.

Relevante ressaltar que, com o advento do CDC, inúmeras foram as conquistas pelos consumidores nas questões relativas à responsabilidade civil por danos materiais. O consumidor passa a entender que tem direito a adquirir produtos isentos de defeitos, que eventuais danos ocasionados pelos produtos ou a mera exposição à riscos deverão ser reparados ou indenizados pelo fornecedor. Nota-se uma conscientização sobre a eficácia material do CDC, à partir da qual o consumidor entendeu que possui direito à qualidade e segurança dos produtos que adquire.

Os fornecedores, cientes dessa conscientização, passaram a desenvolver políticas internas para garantia da qualidade dos produtos por meio de mecanismos eficazes de controle e prevenção de danos, impulsionados, sobretudo, pela possibilidade de responsabilização objetiva e inversão do ônus da prova.

Contudo, o conjunto de normas protetivas trazidas pelo CDC está longe de atingir a sua eficácia plena, sobretudo no que concerne à proteção de direitos não patrimoniais, como os de personalidade privacidade e honra.

Se cabe ao Direito a criação dos meios de tutela desses direitos, a sua efetivação só se dará com a conscientização dos operadores do direito e do próprio consumidor, pois os princípios, as regras e os ideais norteadores da proteção material do consumidor já foram disponibilizados.

É nessa perspectiva a orientação de Cláudia Lima Marques:

Mister que o aplicador da lei, atualizado e atento, tenha a consciência da potencialidade e da eficiência sistemática que estes novos direitos subjetivos do consumidor possuem. Mister também que esteja consciente do perigo de deturpação ou de má-utilização deste sistema protetivo dos mais fracos na sociedade de consumo. Esta consciência e receio é que

devem guiar-nos para uma interpretação, concreção e aplicação do Código de Defesa do Consumidor cada vez mais voltada para a realização dos seus princípios motores e dos ideais antigos e atuais de igualdade material dos desiguais, de liberdade racional e informada, de solidariedade e Justiça distributiva no mercado. Apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do Direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e útil para este agente econômico privilegiado, o consumidor, modo a tornar eficaz o Código de Defesa do Consumidor e o direito do consumidor.³¹⁴

Na mesma toada, Ronaldo Porto Macedo Júnior assevera que:

Pode-se afirmar que a globalização apresenta novos e importantes desafios para o direito do consumidor. Tais desafios passam pelo acompanhamento das mudanças profundas experimentadas pela estrutura produtiva dominante, pelos mercados de consumo, pelos novos processos de exclusão social e econômica provocados pelo dualismo do capitalismo moderno e seus impactos ao saber no saber jurídico contemporâneo. [...] É nesse momento que resta confiar na capacidade de imaginação institucional e legal dos juristas brasileiros no sentido de desenhar instrumentos legais e eficazes para a defesa do consumidor de novas e de velhas ameaças.³¹⁵

A sociedade de consumo e seus aspectos sociais e jurídicos, devem ser desenvolvidos com fulcro na ética normativa do Código de Defesa do Consumidor, que tem por pilares a harmonia, a boa-fé e o equilíbrio nas relações de consumo. A relação jurídica de consumo não pode caracterizar pela luta entre consumidores e fornecedores. Ao revés, deve evidenciar a cooperação para a efetivação daqueles pilares³¹⁶.

Sobre esse aspecto, conclui Cláudia Lima Marques:

Boa-fé é sempre um pensar no outro, um pensar reflexivo. Liberdade é sempre a liberdade do outro, do mais fraco, do não-igual, liberdade é o caminho da verdadeira igualdade, igualdade dos desiguais. Equilíbrio é o

³¹⁴MARQUES, Direitos básicos..., p.66.

³¹⁵MACEDO JUNIOR, Globalização..., p.53-54.

³¹⁶MARQUES, Direitos básicos..., p.62.

ponto de meio, ponto de encontro, aquele que permite a realização das expectativas legítimas de ambos os parceiros.³¹⁷

A proteção da privacidade e da honra na sociedade pós-moderna de consumo exige que esforço conjunto dos operadores do direito, dos fornecedores e dos próprios consumidores. A todos cumpre entender a importância das leis consumeristas na garantia da dignidade da pessoa humana como ideal de uma sociedade justa e livre .

De outro lado, enfatiza James M. Marins e Souza que “quaisquer instrumentos jurídicos, por mais completos, precisos ou adequados que possam ser, esbarrarão, para alcançar completa efetividade na solução de problemas de cunho social, ou na solução dos problemas das relações de consumo, no vazio cultural que caracteriza a população brasileira”³¹⁸.

As perspectivas de mudança, a serem construídas no encaixo do ideal de afirmação das garantias aqui ressaltadas, só serão possíveis à partir da consideração do consumidor, por si mesmo, como peça fundamental no mercado de consumo. Esse passo só será dado após um longo e dedicado processo de educação para o consumo.

³¹⁷MARQUES, Direitos básicos..., p.63.

³¹⁸ DE SOUZA, James J. Marins, *et al. Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 49.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A preservação da privacidade e honra do consumidor, no âmbito da relação de consumo, exige a prévia exposição das razões históricas que conduziram a sua proteção legislativa, como sujeito vulnerável. O desenvolvimento da sociedade de consumo evidenciou a necessidade de revisão do modelo contratual clássico vigente no século XIX. Este modelo se pautava na exaltação da liberdade garantida pela igualdade formal dos contratantes.

Com a evolução das relações de consumo, os postulados e princípios do contrato clássico não mais garantiam a liberdade e igualdade dos contratantes. Em vista disso, exigiram um modelo de intervenção estatal contraposto ao liberalismo econômico. Nestes termos, ocorreram dois movimentos consumeristas fundamentais: o americano e o europeu.

Ambos derivam da expansão da sociedade de consumo, como efeito do capitalismo e dos mercados de massa, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. A aceleração do processo industrial, conjugada à evolução dos meios tecnológicos, ocasionou a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, detentor dos meios de produção.

O movimento americano redundou em políticas de proteção do consumidor a partir do governo Kennedy. Já o movimento de matriz europeia forjou-se por meio das Diretivas da Comunidade Europeia.

No Brasil, a aludida proteção operou-se com a Lei n.º 8.078/90, que criou o Código de Defesa do Consumidor.

2. A política de proteção do consumidor no âmbito das relações de consumo, por meio do CDC e da Constituição da República tem como fundamento sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor. A partir do desenvolvimento da sociedade pós-moderna de consumo, na qual não mais prevalece a igualdade entre os

participantes da relação jurídica, revela-se a reportada vulnerabilidade. Antes, esta igualdade foi essencial ao modelo contratual clássico.

A concepção tradicional do contrato era pautada na harmonia, respeito, boa-fé e justiça contratual que se impunha por força da igualdade de partes. Todavia, na pós-modernidade, estes pilares somente se solidificam com a intervenção do Estado como garantidor da igualdade entre os contratantes, na exata via preconizada pelo CDC.

O novo modelo de intervenção estatal tem ainda função de fazer valer em favor do consumidor, nas relações de consumo, os direitos individuais, voltados à tutela da pessoa humana e conformes às garantias fundamentais da Constituição Federal. A pesquisa foi direcionada a dois aspectos dessa tutela: os direitos de personalidade da privacidade e da honra. A violação de ambos, em prejuízo do consumidor, foi abordada a partir de dois fenômenos cotidianos: o uso intensivo de bancos de dados e a prática corriqueira de cobranças vexatórias.

3. No que concerne aos bancos de dados de proteção ao crédito, é sabido que o avanço tecnológico, notadamente o advento da internet, implicou o desenvolvimento de técnicas invasivas de privacidade, sem o acompanhamento de meios controladores desse processo.

O CDC, no art. 43, regulou os seus limites e estabeleceu regras de utilização. Contudo, o descontrole dos meios informáticos e o poder de informação angariado pelos arquivos de consumo possibilita a disseminação de informações pessoais. De regra, isto se dá sem o conhecimento e controle do consumidor, violando sua privacidade.

Além de ofender a privacidade (já que esses arquivos buscam informações por meio de convênios com cartórios de protestos, cartórios distribuidores sem nenhum conhecimento do consumidor), os bancos de dados violam também a honra. Potencializam situações de constrangimento e exclusão econômica.

Valendo-se dos bancos de dados de proteção ao crédito, o comerciante decide se o consumidor está apto ou não a consumir. Um simples registro basta para qualificar o consumidor como mau pagador e inapto para o consumo. Não há, por

parte do fornecedor, nenhum esforço em perquirir se a dívida registrada no cadastro já foi paga, se a inclusão foi indevida, se a dívida está sendo discutida em juízo.

É corriqueira a situação do consumidor que descobre, no caixa do estabelecimento comercial, que seu nome está inserido no SERASA e que por tal motivo seu cheque não poderá ser aceito, enquanto todos em sua volta assistem à situação vexatória.

Tais situações, além de tocarem a sua honra objetiva, ou seja, a visão que os outros têm de si, afeta sobremaneira sua honra subjetiva, caracterizada pela consideração que tem de si mesmo. Numa sociedade em que só se considera incluído aquele que consome, a inviabilidade do consumo significa um *capitis diminutio* do sujeito, levando o consumidor a uma visão precária de si mesmo. Daí, a violação da honra.

Por outro lado, a atuação sem controle dos bancos de dados faz com que muitas vezes o consumidor tenha que aguardar a concretização do dano à sua personalidade, para daí poder buscar alguma forma de reparação ou ordem judicial, v.g., a eventual ordem de exclusão de seus registros de um arquivo.

4. Os meio vexatórios de cobrança também ofendem a privacidade e honra do consumidor. Foram expressamente rechaçados pelo CDC nos arts. 42 e 71, que vedam: a) a exposição do consumidor à humilhação e ao constrangimento e b) a interferência em seu trabalho, descanso e lazer.

A humilhação ou constrangimento da cobrança ofende concretamente a honra do consumidor, eis que passa a ser visto pelo outro como mau pagador ou desonesto. Além disso, causa-lhe também o desconforto de exaltar sua condição de excluído do mercado de consumo, impeditiva da quitação da dívida. Repte-se, aqui, a ofensa ao sentido da honra subjetiva.

O sistema material e processual destinado à cobrança e ao adimplemento das obrigações é vasto e eficaz. Não há motivos que autorizem o fornecedor a

utilizar qualquer meio de cobrança que agrida a integridade moral do consumidor como mecanismo de coação.

O CDC garantiu ainda a reserva do espaço de trabalho, de descanso e de lazer, não permitindo a interferência nessas esferas para fins de cobranças vexatórias. Nestes termos, orienta-se pela tutela da privacidade.

5. A intervenção do Estado na relação privada de consumo é fundamental na efetividade da tutela da privacidade e da honra do consumidor. Primeiro, para assegurar a paridade entre as partes da relação e conseqüente superação da vulnerabilidade do consumidor. Segundo, como garante dos direitos fundamentais a serem respeitados também no âmbito das relações privadas.

Contudo, o cenário atual evidencia um modelo de Estado que não mais se ajusta à realidade da globalização. Anuncia-se a crise da soberania, desencadeada pela derrocada do poder estatal diante do poder econômico das organizações transglobais da economia. Na busca da concreção dos seus interesses eminentemente econômicos, tais organizações ignoram as leis do Estado e violam direitos consagrados à pessoa humana, tanto os relativos à sua integridade física quanto os concernentes aos seus aspectos morais.

Constata-se que o esforço legislativo presente no CDC e o elenco constitucional de garantias fundamentais não têm sido hábeis a impedir as reiteradas ofensas ao consumidor, ocasionadas pelos bancos de dados e pelo uso de meios vexatórios de cobrança. Revela-se a dúvida acerca da prevalência da dignidade da pessoa humana em sede de relação de consumo. Revela-se, também, uma discutível preponderância do patrimônio sobre a honra no universo dos fatos econômicos, guiada pela meta empresarial do lucro.

As decisões jurisprudenciais que reconhecem a abusividade no uso dos bancos de dados e o descabimento da cobrança vexatória, por meio de condenações por danos morais, não se mostram suficientes no sentido de limitar e diminuir as violações perpetradas. O uso do *habeas data* e o princípio da autodeterminação

informacional, desenvolvidos em consonância com a legislação internacional, como meios de garantia do indivíduo no controle de seus dados pessoais, também não os impedem.

Ao revés, o objetivo de lucro, imposto pela economia de mercado, faz com que os fornecedores repassem aos consumidores, no custo de sua atividade, o valor de eventuais indenizações às quais sejam condenados.

Nessa perspectiva, as possibilidades de mudança com real e efetiva afirmação das garantias individuais da honra e privacidade só serão possíveis com a otimização dos meios de proteção já existentes, a serem revistos e ostensivamente aplicados, bem como com a criação de novas mecânicas de proteção do consumidor.

6. Quanto aos meios a serem fomentados, ressaltou-se a tutela coletiva do consumidor como forma de garantia efetiva e prática dos seus direitos. A aglutinação de sujeitos, com idêntica pretensão e em similares condições, exerce força considerável a otimizar os mecanismos protetivos do consumidor.

Nesse ponto, a atuação do Ministério Público deve ser exercida com maior ênfase, a partir do manuseio da ação civil pública, modelo eficaz de imposição dos interesses de ordem pública.

A garantia específica da privacidade e honra do consumidor deve ser invocada pelo Ministério Público por meio de ações civis que busquem a indenização por danos morais às vítimas de bancos de dados e de cobranças vexatórias, ou ainda, em questões não usuais como o *habeas data*, com o objetivo de obter informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados de entidades públicas, bem como a respectiva retificação desses dados.

Cabe também ao Ministério Público a fiscalização da atuação das empresas de bancos de dados como forma de impedir atuações realizadas em desconformidade com os ditames do CDC, como a obtenção de dados pessoais do consumidor em cartórios de protestos, em negociações obscuras e alheias à própria relação de consumo.

A tutela coletiva, disponibilizada pelo CDC como afirmação dos direitos de terceira geração, viabiliza ainda os vínculos associativos, cujo fortalecimento garante a solidificação dos direitos dos consumidores e a efetiva tutela jurídica dos seus interesses.

Pelas associações e organizações de consumidores, além da propositura de ações coletivas, é possível o desenvolvimento de campanhas educativas a evidenciar e trazer ao conhecimento dos consumidores os meios de garantia da honra e privacidade assegurados pelo CDC, como, por exemplo, a possibilidade de acesso às informações arquivadas, o direito de eliminar informações negativas já prescritas, entre outros.

7. Numa perspectiva futura, impõe-se a necessidade de criação de mecanismos legais dedicados à imposição contundente de limites, sobretudo em relação aos bancos de dados.

O PL n.º 5.870/2005 revela a atenção e preocupação do legislador nesse sentido, pois voltado ao preenchimento das lacunas quanto aos bancos de dados e cadastros de consumidores não preenchidas pela Lei n.º 8.078/90, bem como a complementação das normas de atuação desses arquivos tratadas com certa brevidade no mesmo diploma.

Contudo, apesar do respeito devido à norma, a experiência revela que, no nosso país, a edificação de leis não é sinônimo de justiça.

O modelo relacional de contrato, pautado por uma imensa gama de serviços e não mais limitado à oferta de produtos, revela a necessidade de um controle direcionado. Tal controle deve ser exercido por organismos aptos, criados especificamente para essa fiscalização, a serem realizados sob a gerência do Estado.

No que toca aos bancos de dados, mostra-se imprescindível a criação de mecanismos reguladores hábeis a impor as regras e limitações indicadas pelo CDC. Nesse ponto, invoca-se o modelo das agências reguladoras, a exemplo de estruturas como a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANVISA (Agência Nacional de Saúde). Ambas são organismos especializados de controle.

Mesmo com atuações pontuais, fizeram prevalecer os interesses do consumidor contra os interesses econômicos dos fornecedores.

8. As vitórias em favor do consumidor, seja pela atuação do Ministério Público ou das Associações, via da ação coletiva, seja pela atuação das agências reguladoras, garantem efetividade aos direitos fundamentais e denotam que é possível equilibrar os interesses de fornecedores e consumidores na atual economia de mercado.

Além do reforço dos meios de proteção já existentes, bem como da criação de novos modelos, é premente a conscientização dos consumidores em relação à importância do papel que possuem no ciclo econômico.

Com o advento do CDC, inúmeras foram as conquistas pelos consumidores nas questões relativas à responsabilidade civil por danos materiais. O consumidor passou a entender que tem direito a adquirir produtos isentos de defeitos, bem assim que eventuais danos ocasionados pelos produtos ou a mera exposição a riscos deverão ser reparados ou indenizados pelo fornecedor. Pela percepção da eficácia material do CDC, o consumidor entendeu que possui direito à qualidade e segurança dos produtos que adquire.

Os fornecedores, cientes dessa conscientização, desenvolveram – em boa medida - políticas internas para garantia da qualidade dos produtos, mediante o controle e a prevenção de danos. Foram pressionados, sobretudo, pela possibilidade de responsabilização objetiva e inversão do ônus da prova.

Contudo, o conjunto de normas protetivas trazidas pelo CDC está longe de atingir a sua eficácia plena, sobretudo no que concerne à proteção de direitos não-patrimoniais, como os de personalidade consistentes em privacidade e honra. As perspectivas de mudança, a serem construídas no encaixe do ideal de afirmação das garantias aqui ressaltadas, só serão possíveis a partir da autopercepção do consumidor como peça fundamental no mercado de consumo. Esse passo só será dado após um longo e dedicado processo de educação para o consumo.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. **Diritto privato dei consumi**. Bolonha: Società editrice il Molino, 1986.
- ALPA, Guido. **La disciplina dei dati personali**. Milão: Edizioni Seam, 1998.
- ALPA, Guido. **Introduzione al diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 2006.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Barueri: Manole, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.3, p. 259-260, 1996.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo et al. **Código do consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.26, abr./jun. 2006.
- BADIN, Arthur et al. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.61, p.10, jan./mar. 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco: Fapesp, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

BENJAMIM, Antonio Hermann V. O direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.670, ago. 1991.

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Eduardo. Contribuições para a crítica da consciência consumista e acerca da construção dos direitos do consumidor. In: CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de direito do autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del Estado**. 2.ed. Córdoba: Advocatus, 2003.

BULGARELLI, Waldírio. Direito do consumidor. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). **O direito na década de 1990**: novos aspectos: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CALDAS, Andressa. Direito do consumidor: exigência do capitalismo ou transformação social? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v.32, 1999.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.35, jul./set. 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos do consumidor endividado**. São Paulo: RT, 2006.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 13.ed. São Paulo: Ática, 2005.

CHUEIRI, Vera Karan. Nas trilhas de Carl Schmitt: soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.80, out./dez. 1990.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superindivíduo**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DE SOUZA, James J. Marins et al. **Código do consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DONINNI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DRAY, Guilherme Machado. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

EFING, Antonio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: RT, 2002.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDES, Milton, **Os direitos de personalidade**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v.88, 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004.

FONSECA, Antônio Cesar Lima da. **Direito penal do consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GARCIA, Mário Sérgio Duarte. Direito do consumidor. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). **O direito na década de 1990**: novos aspectos: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GHERSI, Carlos Roberto. **Contratos de consumo**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia**. Tradução Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HARDT, M.; NEGRI, A. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

ITURRASPE, Jorge Mosset et. al. **Daños. Globalizacion – Estado – Economía**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.32, out./dez. 1999.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.31, p.22-23, jul./set. 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 3.ed. São Paulo: RT, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.17, p.36, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.35, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. A dignidade da pessoa: um valor fora do comércio e ínsito ao trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.40, p.123-136, 2004.

MARTINS COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MINISTRONI, Laura. **Comprendere il consumo. Società e cultura daí classici al postmoderno**. Milão: FrancoAngeli, 2006.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direito do consumidor. **Revista de direito do consumidor**, n.49, jan./mar. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra: 1993. v.4.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Trad. Eveline Bouteiller. 5.ed. Barueri: Manole, 2004.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PERIN JUNIOR, Elcio. **A globalização e o direito do consumidor**: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais. Barueri: Manole, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.60, out./dez. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUIROGA, Eduardo Molina et. alli. **Daños. Globalizacion – Estado – Economía**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.53, jan./mar. 2005.

REALE, Miguel. **Teoria do estado e do direito**. São Paulo: Martins, 1940.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. In: BRASIL. Leis, decretos, etc. **Novo código civil brasileiro**: lei 10.406/2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SASSANO, Francesca. **La tutela dei diritti della personalità**. Dogana: Maggioli Editore, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TASCHNER, Gisela. Raízes da cultura do consumo. **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n.32, dez./fev. 1996/1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1995.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Julio César Faria, 2005.

ZÜLSKE, Maria Lúcia. **Abrindo a empresa para o consumidor**: a importância de um canal de atendimento. São Paulo: Qualitywork, 1991.

SITES CONSULTADOS

www.clipping.nic.br/clopping-2006

www.bb.com.br