

DIREITO DO CONSUMIDOR

NOVAS TENDÊNCIAS E PERSPECTIVA COMPARADA

Organizadores: Isabela Maiolino e Luciano Benetti Timm

Amanda Flávio de Oliveira
Bruno Droggetti Magalhães Santos
Carlos Affonso Souza
Cláudia Lima Marques
Diógenes Faria de Carvalho
Fernando B. Meneguin
Leonardo Roscoe Bessa
Marilena Lazzarini
Marjorie Lynn N. Santos

Nicolas Eric Matoso Medeiros de Souza
Orlando Celso da Silva Neto
Paula Farani de Azevedo Silveira
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeck
Teresa Liporace
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Victor Hugo do Amaral
Vinícius Padrão



DIREITO DO CONSUMIDOR

NOVAS TENDÊNCIAS E PERSPECTIVA COMPARADA

Organizadores

Isabela Maiolino

Luciano Benetti Timm

Editora Singular

MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019.

ISBN: 978-85-53066-25-4

1. Direito do Consumidor. 2. Novas tecnologias. 3. Direito regulatório.

Organizado por:

Isabela Maiolino

Luciano Benetti Timm

Diagramação e edição: Isabela Maiolino

Revisão: Isabela Maiolino

Capa: Luiza Ribeiro de Menezes Souza

SUMÁRIO

SOBRE OS ORGANIZADORES	5
SOBRE OS AUTORES	6
INTRODUÇÃO	11
NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	11
Isabela Maiolino e Luciano Benetti Timm	14
A DEFESA DO CONSUMIDOR EM MERCADOS REGULADOS ...	15
Thais Matallo Cordeiro Gomes.....	15
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: POLÍTICAS PARA O CONSUMIDOR BASEADAS EM EVIDÊNCIAS	35
Fernando B. Meneguin e Marjorie Lynn N. Santos	35
A NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO.....	51
Leonardo Roscoe Bessa	51
CONDUTAS E PRÁTICAS CONTRA O CONSUMIDOR MUITO ALÉM DAS PRATELEIRAS, VITRINES E BALCÕES	69
Marilena Lazzarini e Teresa Liporace	69
CONSUMO SUSTENTÁVEL E COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR	91
Diógenes Faria de Carvalho e Vitor Hugo do Amaral Ferreira	91
NOVOS CAMINHOS DO TURISMO INTERNACIONAL: perspectivas para a proteção do consumidor turista no âmbito da Conferência da Haia	
.....	108
Claudia Lima Marques e Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	108
NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO DE TERCEIROS.....	134
Carlos Affonso Souza e Vinícius Padrão.....	134
OS EFEITOS DO PREÇO ZERO SOBRE O CONSUMIDOR DE PLATAFORMAS DIGITAIS	159

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

Paula Farani de Azevedo Silveira e Bruno Droghetti Magalhães Santos.....	159
O CONSUMO SEGURO E OS MEIOS DE VEICULAÇÃO DO AVISO DE RISCO.....	185
Nicolas Eric Matoso Medeiros de Souza	185
O DESIGN IDEAL DO DIREITO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA DESCRIÇÃO DAS TÉCNICAS REGULATÓRIAS MAIS USADAS, O QUE FUNCIONA (O QUE NÃO), VANTAGENS E DESVANTAGENS	208
Orlando Celso da Silva Neto.....	208
REFORMA DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO A PARTIR DAS LIÇÕES DA <i>BEHAVIORAL ECONOMICS</i> : UMA AGENDA POSSÍVEL?.....	223
Amanda Flávio de Oliveira	223

SOBRE OS ORGANIZADORES

Isabela Maiolino é Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2017). Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Antitrust (2018 – atual). Atualmente é Assessora Técnica do Secretário Nacional do Consumidor.

Luciano Benetti Timm. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Mestre (1997) e Bacharel (1994) em Direito pela PUC-RS. Cursou Master of Laws (LL.M.) na Universidade de Warwick (Inglaterra) e realizou pesquisa de Pós-Doutorado na Universidade da Califórnia, Berkeley (Estados Unidos). É professor da UNISINOS e da FGV-SP. Foi por 20 anos advogado na área empresarial e atualmente é Secretário Nacional do Consumidor, no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

SOBRE OS AUTORES

Amanda Flávio de Oliveira. Professora associada da Universidade de Brasília – UNB. Foi professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais entre 2004 e 2019. Doutora, mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Advogada militante e parecerista, sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Membro da Comissão de Defesa da Concorrência e da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MG. Diretora da Comissão Permanente de Concorrência do BRASILCON. Foi Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Conselheira do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, Presidente da Fundação Professor Valle Ferreira, Assessora-chefe da gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, Assessora especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal e Presidente do BRASILCON. Conferencista em mais de uma centena de eventos jurídicos. Autora de livros e artigos publicados no país e no exterior.

Bruno Droghetti Magalhães Santos. Mestre (LL.M) pela University of California – Berkeley, Estados Unidos. Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (GVLaw) e Bacharel em Direito pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Trabalhou como advogado em escritórios de grande porte em São Paulo com temas relacionados ao direito da concorrência. Foi consultor do Federal Trade Commission (FTC) em Washington D.C. e, atualmente, é chefe de gabinete no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Carlos Affonso Souza. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS). Professor

Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Ottawa. Pesquisador afiliado do Information Society Project da Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Membro da Comissão de Direito Autoral da OAB/RJ.

Cláudia Lima Marques. Professora Titular de Direito Internacional Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), doutora pela Universidade de Heidelberg e mestre em Direito (L.L.M.) pela Universidade de Tübingen. É ex-presidente do Brasilcon e da ASADIP, além de presidente do Committee on International Protection of Consumers da International Law Association (Londres). Advogada e vice-presidente da Comissão Nacional de Direito do Consumidor do CFOAB.

Diógenes Faria de Carvalho. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCCGO), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás - UFG. Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) pelo biênio 2018/2020. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual.

Fernando B. Meneguin. Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-Doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade da California/Berkeley. Professor Titular do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG, CNPq/UnB. Consultor Legislativo do Senado, ocupando atualmente a função de Diretor do Departamento de

Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Leonardo Roscoe Bessa. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 1º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-Brasilcon

Marilena Lazzarini. Graduada em Engenharia Agronômica e especialista em Economia Regional e Urbana pela Universidade de São Paulo. Foi diretora do Procon-SP e é fundadora do IDEC, tendo sido presidente, coordenadora executiva e institucional, além de presidente de seu Conselho Diretor em outras gestões. Entre 2004 e 2007 presidiu a Consumers International e foi uma das principais articuladoras da sociedade civil pela criação do Código de Defesa do Consumidor.

Marjorie Lynn N. Santos. Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília e especialista em Gestão e Políticas Públicas pelo Ibmec. Atualmente é Assessora no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Nicolas Eric Matoso Medeiros de Souza. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub, detentor do título de LL.M. em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC, Coordenador de Consumo Seguro e Saúde da Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon.

Orlando Celso da Silva Neto. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), mestrado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (1997 - 2000). Possui doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2002-2005). Foi professor efetivo da UNIVALI (1998-1999), substituto da UFSC (2003-2005) e efetivo da Faculdade Estácio de Sá de Santa Catarina (2007-2012). Pesquisador líder do grupo "Direito Civil na contemporaneidade" e do "Grupo de estudos e pesquisas em Direito

empresarial” Desde 2013 é professor efetivo de Direito Empresarial do Curso de Graduação em Direito da UFSC e dos Programas de Pós-Graduação em Direito (mestrado profissional e acadêmico) da mesma instituição. É também professor convidado de diversas outras instituições, como a ESMESC, ESA/OAB-SC, UNOESC, Católica de Joinville, Esmafesc. Foi presidente (2017-2018) da ABDE - Associação Brasileira de Direito e Economia. É o atual (2019-2022) Presidente da Comissão Especial de Assuntos Regulatórios do Conselho Federal.

Paula de Azevedo Farani é mestre (LL.M) em Direito Internacional Econômico pela Georgetown University Law Center, em Washington D.C., Estados Unidos, e graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Nos últimos anos, atuou como advogada em assuntos relacionados à defesa da concorrência e comércio internacional. Em 2007 e 2008, foi coordenadora de análise de infrações nos setores de agricultura e indústria da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e foi negociadora no âmbito do Mercosul para questões antitruste. Atualmente, é Professora de Análise Econômica do Direito no Instituto Brasiliense de Direito Púlbico – IDP.

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeck. Professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia de Direito Internacional (UFU), doutora pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche junto a Universidade de Ottawa – Canadá. É mestre em Direito Público pela Unisinos, especialista em Relações Internacionais Contemporâneas e em Direito Internacional – ambas pela UFRGS.

Teresa Liporace. Engenheira Química, graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Engenharia de Produção com foco em Inovação Tecnológica e Qualidade, pela COPPE/UFRJ. Possui especialização na área de regulação pelo Programa *Brazilian Regulatory Certificate*, da *George Washington School of Business (GWSB)*. Atualmente ocupa o cargo de Coordenadora Executiva do Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, onde atuou como Gerente de Programas e Políticas entre 2017 e março de 2019. Teresa têm ampla

experiência no campo das organizações da sociedade civil no Brasil e há 20 anos vem trabalhando no monitoramento de práticas do mercado de consumo e de políticas públicas que impactam os direitos do consumidor.

Thais Matallo Cordeiro Gomes. Sócia do escritório Siqueira Castro. Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Concentra sua prática de atuação em contencioso cível, com foco nas áreas consultiva e contenciosa envolvendo Direito do Consumidor. Diretora do Comitê de Relações de Consumo do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio (IBRAC).

Victor Hugo do Amaral. Doutorando em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino Americana, linha de pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduação Especialização na Área de Violência Doméstica contra Criança e Adolescente pela Universidade de São Paulo (USP); Especialização em Processo Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (2005). Docente com atuação no Curso de Direito, da Universidade Franciscana (UNF). Professor convidado do quadro docente de cursos de pós-graduação, em especial, da Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), do Curso de Especialização O novo Direito Internacional, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Conselheiro Titular do Fundo Gestor de Direitos Difusos do Ministério da Justiça.

Vinícius Padrão. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pesquisador afiliado ao Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS). Advogado.

INTRODUÇÃO

NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor completa 29 anos em 2019. A legislação entrou em vigor num contexto no qual o Brasil transitava por um momento intervencionista na economia, caracterizado pela inflação elevada e pela adoção de uma política de controle de preços. Desde a sua promulgação, é visível a melhoria do bem-estar do consumidor, decorrente, em especial, da estabilização de preços promovida pelo Plano Real, da adoção de uma efetiva política antitruste (com a aprovação da Lei nº 8.844/94 e, posteriormente, da Lei nº 12.529/11) e da abertura da economia. Em razão dessas e de outras ações, passou-se a ter uma oferta maior de bens e serviços, um mercado mais dinâmico e, consequentemente, um consumidor à renda e mais participativo na economia.

No entanto, se antes uma das principais dificuldades era a inexistência de concorrência e, como consequência, a falta de acesso real ao mercado de consumo, passou-se a ter novos obstáculos à obtenção do bem-estar do consumidor: a infraestrutura e a oferta de serviços não acompanharam o crescimento da demanda. Além disso, a regulação de mercados e serviços não foi suficiente para garantir, de forma eficaz, o cumprimento da legislação consumerista.

Dos atuais desafios, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) considera que a economia digital é o mais importante. A organização tem endereçado os desafios da indústria 4.0 no âmbito dos mais diversos comitês – incluindo o de direito do consumidor. Esse é, inclusive, um dos motivos pelos quais a Secretaria Nacional do Consumidor busca ampliar o seu grau de participação, para que, em um futuro próximo, possa iniciar o seu processo de adesão ao referido comitê.

Nesse sentido, novas tecnologias promovem o surgimento de novos mercados, e, consequentemente, de novas formas de interagir com o mercado. Como exemplo desse impacto, podemos mencionar a transformação causada à mobilidade urbana por aplicativos de viagens

como Uber, Cabify e 99 Taxis, e a possibilidade de acesso a novos bens e serviços a partir do comércio eletrônico e de plataformas de pedidos online (como Rappi, Uber Eats e iFood) ou, ainda, de compras coletivas. Além disso, surgem questionamentos quanto à possibilidade de práticas e condutas contra o consumidor – a Senacor, por exemplo, possui alguns casos contra empresas de tecnologia em razão de supostas violações de proteção de dados.

Além dos desafios impostos pelas novas tecnologias, existem problemas específicos enfrentados pelo Brasil, sendo o maior deles, talvez, o alto desrespeito ao consumidor e a consequente judicialização das relações de consumo. Evidência desse problema é encontrada no relatório “Justiça em Números 2018”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que demonstra que o direito do consumidor foi o assunto mais demandado em 2017 no juizado especial. Nesse aspecto, cabe destacar que cada processo costuma durar de três a quatro anos, custando, em média, R\$ 1.899,32, em caso de processos estaduais, e R\$ 2.755,24, em caso de processos que tramitam na Justiça Federal. Ou seja, tem-se um alto descumprimento da legislação consumerista a um alto custo para o erário público.

Além do desrespeito ao consumidor por fornecedores, é possível elencar algumas causas para esse alto nível de judicialização: a pouca cooperação entre as agências reguladoras e os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (cada um em seu respectivo setor de atuação), a litigância estratégica de alguns agentes econômicos, a ineficiência do Poder Judiciário, dentre outros.

Algumas das causas que contribuem para a judicialização do direito do consumidor, como a ausência de cooperação entre entidades consumeristas e agências reguladoras, já estão sendo endereçadas. Exemplo disso é o esforço de aproximação e de manutenção de uma agenda comum por parte da Senacor e das demais agências do governo. Nesse sentido, pode-se mencionar o esforço conjunto entre a referida Secretaria e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), cujos esforços levaram à criação da plataforma Não me Perturbe, que na primeira semana cadastrou mais de um milhão de consumidores que decidiram não mais receber ligações de telemarketing pelas operadoras de telefone. Outra situação que demonstra que a cooperação pode ter ótimos resultados diz

respeito ao acompanhamento, pela Senaçon, da situação do mercado aéreo junto à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) após a saída da Avianca do mercado.

No que se refere aos demais desafios, ao mesmo tempo em que as novas tecnologias os impõem para os atores do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, elas também podem servir de vetores para a promoção da desjudicialização e para a transformação do perfil do consumidor. A tecnologia fez com que as pessoas passassem a viver conectadas, surgindo, assim, um consumidor engajado, que utiliza as redes sociais para falar, ser ouvido e respondido pelas empresas de forma direta.

Diante do cenário da justiça brasileira e do crescente uso de métodos alternativos de solução de disputas, surge a plataforma “consumidor.gov.br”. A plataforma digital de governo, gerida pela Senaçon, promove um espaço para que o consumidor tente resolver o seu problema em até dez dias, e conta com uma taxa de resolutividade de mais de 80%. Em agosto de 2019, a plataforma atingiu a marca de dois milhões de atendimentos, o que significa cerca de menos 1.620.000 ações judiciais a serem analisadas pelo judiciário. O esforço atual da Senaçon é para ampliar o uso da plataforma, seja pelo aumento do número de empresas cadastradas, seja pela celebração de acordos de cooperação e convênios, destacando-se, aqui, o firmado com o Conselho Nacional de Justiça, a fim de que o processo judicial eletrônico promova o uso da plataforma antes mesmo do início do processo.

Finalmente, é importante entender o comportamento dos consumidores e dos agentes econômicos e os seus respectivos vieses comportamentais, para que se desenhem políticas públicas efetivas. Exemplo disso é a realização de análise de impacto regulatório, para entender o que faz com que a regulação seja, ou não, eficiente, isto é, se ela atinge ou não os resultados esperados. Além disso, é necessário levar em consideração que os fornecedores ponderam o custo-benefício na sua tomada de decisão, mas que é possível corrigir alguns vieses e análises com *nudges* (incentivos comportamentais provenientes da regulação).

Justamente diante dos aspectos aqui tratados, surgiu a necessidade de a Senaçon organizar o Congresso Internacional de Direito do Consumidor: para tratar das novas tendências e da perspectiva comparada, ao mesmo tempo em que se comemora o aniversário de nossa principal

legislação consumerista. Os temas endereçados nesta introdução serão tratados de forma mais detalhada pelos artigos que compõem o presente livro, escritos pelos palestrantes do evento que, a nosso pedido, gentilmente transformaram as suas falas em breves trabalhos acadêmicos.

Agradecemos ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, pelo grande apoio às políticas públicas de defesa do consumidor. Por fim, agradecemos também à Editora Singular, que aceitou o nosso pedido de lançar um livro digital, para que pudéssemos compartilhar o material com os mais de 900 Procons do Brasil, sem custo para a Administração Pública, fazendo uso da tecnologia como aliada para a promoção do conhecimento dos membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Assim, diante de todas as contribuições dos palestrantes do Congresso Internacional de Direito do Consumidor, esperamos que este livro seja um instrumento de consulta e trabalho para os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, em especial aqueles que não puderam participar do evento.

Isabela Maiolino e Luciano Benetti Timm

A DEFESA DO CONSUMIDOR EM MERCADOS REGULADOS

Thais Matallo Cordeiro Gomes

1. Introdução

Nas décadas de 80 e 90, a forma de atuação do Estado na América do Norte e Europa sofre modificação substancial, na medida em que deixa de intervir diretamente na economia e passa a permitir a exploração de serviços públicos por agentes privados, levando à privatização de companhias, até então, estatais.

No Brasil, este movimento culminou com a Lei nº 8.031 de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização¹, dando início a uma reforma administrativa com a transferência da *execução* dos serviços públicos do país, até então de responsabilidade exclusiva do Estado, para entes privados. Inicia-se, neste momento, o processo de privatizações, com a estrita finalidade de universalizar os acessos aos serviços públicos em nosso país, com a prestação qualitativa dos referidos serviços². O Estado

¹ Cabe destacar que a Lei nº 8.031 foi revogada pela Lei nº 9.471 de julho de 1997, a qual regulamenta, atualmente, o Programa Nacional de Desestatização.

² Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

passa a exercer, então, a condição de regulador e fiscalizador dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada³.

Acompanhamos o processo de privatização ocorrer para, somente após, verificarmos a criação de agências reguladoras autônomas, com a finalidade de fiscalizar e garantir a prestação do serviço com qualidade, minimizando possíveis falhas. O processo de privatização de distribuição de energia elétrica, por exemplo, teve início em 1995, sendo que a Lei que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL somente foi promulgada em 26.12.1996.

Referidas agências são órgãos técnicos e especializados criados, especialmente, para fiscalização e regulação de serviços públicos prestados pelo setor privado. Para o exercício desta função concedeu-se às agências poder normativo sobre a prestação dos serviços, bem como o estabelecimento de padrões a serem seguidos pelas prestadoras desses serviços, sempre visando a qualidade e eficiência destes perante os consumidores-usuários.

A defesa do consumidor encontra-se prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII), cabendo ao Estado promover a proteção do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, data de 1990. As primeiras privatizações no nosso país ocorreram justamente na década de 90. Assim, na época em que o Código de Defesa do Consumidor estava sendo elaborado, não havia necessidade de se debruçar em regras detalhadas e específicas para os serviços públicos regulados, de maneira que as matrizes principiológicas que regem referido Código devem servir de base para análise das atividades reguladas em prol da defesa do consumidor.

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

³ O artigo 174 da Constituição Federal dispõe justamente sobre o papel de agente normativo e regulador do Estado: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

De acordo com o art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, compete ao Poder Público, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, com a obrigatoriedade de manter o serviço adequado. A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, conceitua o serviço adequado como aquele “*que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*” (art. 6º, §1º). Trata-se de características intimamente relacionadas aos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor⁴.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, cuidou no art. 4º dos princípios relacionados à Política Nacional de Relações de Consumo⁵. O inciso VII destaca como princípio a racionalização e

⁴ Art. 6º *São direitos básicos do consumidor: (...)*

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

(...)

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias e permissionárias, ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, e quanto aos essenciais, contínuos.

⁵ Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)*

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos

melhoria dos serviços públicos. Ou seja, estabelece que os serviços públicos sejam prestados com qualidade e de forma adequada, estabelecendo-se, nessa seara, notável relação com o que se encontra disposto na Lei nº 8.987/1995.

O Código de Defesa do Consumidor integra a prestação de serviços públicos como direito básico do consumidor. O inciso X do art. 6º afirma ser direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Verifica-se, portanto, que tanto a Constituição Federal, quanto a Lei nº 8.987/1995 e o Código de Defesa do Consumidor atuam de forma conjunta para reforçar o regime de proteção aos direitos dos consumidores-usuários de serviços públicos.

2. Da litigiosidade envolvendo mercados regulados.

Para o desenvolvimento do presente Capítulo utilizaremos pesquisa recente realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ)⁶ acerca dos “*maiores litigantes na Justiça Consumerista: mapeamentos e proposições*”, que teve como objetivo

quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

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

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

⁶ “A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) é uma instituição sem fins lucrativos, fundada em 2011, que tem como objetivo principal incentivar o uso da Jurimetria, estudo empírico do Direito, como ferramenta de tomada de decisão e melhora da prestação Jurisdicional Brasileira. É formada por pesquisadores das áreas do direito, da estatística e atualmente é a única organização brasileira que

“mapear quem são os maiores litigantes em ações consumeristas na Justiça Estadual, estudar as características desses litigantes e de seus litígios, avaliar os meios alternativos ao litígio e investigar como grandes empresas do setor privado veem o problema das ações consumeristas”⁷.

Separados por Estado da Federação, a pesquisa elencou os 05 maiores ofensores da economia em cada um deles. Abaixo destacamos os resultados do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Ao final, uma tabela geral com os 03 (três) maiores ofensores em cada um dos Estados da Federação.

5 setores da economia mais demandados na Justiça consumerista do Estado de São Paulo.

AREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
Instituições Financeiras	409940	40,3%	40,3%
Telecomunicações	152812	15,0%	55,3%
Companhias de seguro	32278	3,2%	58,5%
Planos de Saúde	31129	3,1%	61,6%
Concessionárias de serviços básicos	17743	1,7%	63,3%

5 setores econômicos com maior quantidade de Processos consumeristas no Distrito Federal.

AREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
Telecomunicações	13251	20,4%	20,4%
Instituições Financeiras	9538	14,7%	35,2%
Transporte Aéreo	3353	5,2%	40,3%
Companhias de seguro	2193	3,4%	3,7%
Planos de Saúde	1894	2,9%	46,6%

tem como objetivo a realização de pesquisas empíricas voltadas para a compreensão e gestão estratégica dos institutos de direito, participando de ações voltadas para a administração de tribunais, elaboração de leis, análise de carteiras e populações de processos e pesquisas acadêmicas em geral.” (fonte: <https://abj.org.br/cases/maiores-litigantes-2/>)

⁷ <https://abj.org.br/cases/maiores-litigantes-2/>

5 setores econômicos com maior quantidade de Processos consumeristas no estado do Rio de Janeiro.

AREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
Telecomunicações	574943	32,7%	32,7%
Instituições Financeiras	428275	24,3%	57,0%
Concessionárias de serviços básicos	154413	8,8%	65,8%
Varejo	113099	6,4%	72,2%
Companhias de seguro	48869	2,8%	5,0%

Setores dos litigantes em ações consumeristas.

TRIBUNAL	AREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
TJAM	Instituições Financeiras	4159	28,1%	28,1%
TJAM	Concessionárias de serviços básicos	2939	19,9%	48,0%
TJAM	Telecomunicações	1997	13,5%	61,5%
TJBA	Instituições Financeiras	3700	51,5%	51,5%
TJBA	Companhias de seguro	1141	15,9%	67,3%
TJBA	Telecomunicações	263	3,7%	71,0%
TJDFT	Telecomunicações	13251	20,4%	20,4%
TJDFT	Instituições Financeiras	9538	14,7%	35,2%
TJDFT	Transporte Aéreo	3353	5,2%	40,3%
TJMT	Instituições Financeiras	41367	24,9%	24,9%
TJMT	Telecomunicações	39941	24,1%	49,0%
TJMT	Companhias de seguro	15305	9,2%	58,2%
TJRJ	Telecomunicações	574943	32,7%	32,7%
TJRJ	Instituições Financeiras	428275	24,3%	57,0%

TRIBUNAL	ÁREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
TJRJ	Concessionárias de serviços básicos	154413	8,8%	65,8%
TJRS	Instituições Financeiras	308171	28,0%	28,0%
TJRS	Telecomunicações	246293	22,4%	50,4%
TJRS	Administradoras de Cadastro de Inadimplentes	183300	16,7%	67,0%
TJSP	Instituições Financeiras	409940	40,3%	40,3%
TJSP	Telecomunicações	152812	15,0%	55,3%
TJSP	Companhias de seguro	32278	3,2%	58,5%

Com base nos resultados apresentados, conclui-se que empresas de telefonia e instituições financeiras – que são setores da economia com mercados regulados – representam mais de 40% (quarenta por cento) dos processos em todas as unidades da federação pesquisadas.

O número chama atenção.

A partir do momento que esses são regulados e fiscalizados por agências reguladoras, à primeira vista, não haveria razões para esse grande quantitativo de processos judiciais. Ainda que a utilização dos serviços desta natureza seja bastante significativa entre consumidores, alguns aspectos sensíveis, relacionados a efetividade dos serviços prestados e atuação das agências reguladoras, devem ser analisados.

As agências estariam deixando de desempenhar a sua principal função de regular e fiscalizar empresas privadas prestadoras de serviços públicos? Qual a efetividade da atuação destas agências?

3. Possíveis razões para a alta litigiosidade envolvendo mercados regulados. Efetividade das agências reguladoras nas relações de consumo.

No passado, a doutrina cuidou de debater a real necessidade das agências reguladoras, bem como a sua real função dentro do nosso país. Hoje essa discussão parece bastante ultrapassada. Não há dúvidas de que

as agências reguladoras existem, exercem cotidianamente sua função e publicam atos normativos que criam direitos e obrigações. A questão a saber, neste momento, é se fazem isso de maneira adequada e efetiva.

As agências reguladoras são relativamente novas em nosso país. Como visto no Capítulo introdutório, as primeiras agências começaram a surgir apenas na década de 90. Assim, as agências mais antigas no Brasil sequer chegaram a completar 20 (vinte) anos. O período de maturação das agências em busca de maior efetividade talvez ainda não tenha sido suficiente e esta pode vir a ser uma primeira razão para termos, como consequência, a alta litigiosidade em assuntos relacionados ao mercado regulado em nosso país.

Desde que foram criadas, as agências reguladoras *batem cabeça* sobre a melhor forma de regular matérias, os limites dessa regulação, os impactos decorrentes de determinadas iniciativas legislativas, etc. A consequência disso é a edição de inúmeros atos normativos, das mais diversas naturezas que, muitas vezes, ao invés de promover a eficiência econômica em nosso país, criam barreiras ao comércio, à concorrência, à inovação e ao crescimento da economia, o que, por óbvias razões, traz notórios prejuízos aos consumidores.

Soma-se a isto a falta de diálogo entre as agências reguladoras do nosso país. Atualmente contamos com 10 (dez) agências federais que regulam os principais temas relacionados a serviços públicos no Brasil. Ainda que a temática de cada uma delas seja específica (telecomunicação, aviação, energia, etc.), é certo que há assuntos convergentes (por exemplo: análise de impacto regulatório pelas agências), em que a troca de experiências e conhecimento poderiam ser bastante proveitosa para a sociedade em geral (fornecedores e consumidores).

Da mesma forma, assuntos multidisciplinares – envolvendo mais de um setor econômico – demandariam uma atuação compartilhada das agências o que, hoje, pouco se vê.

Na tentativa de dirimir parte desses problemas, após mais de seis anos de tramitação, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 52/2013 do Senado Federal (PL nº 6.621/2016 na Câmara dos Deputados),

sendo vetado parcialmente pela Presidência da República⁸ e transformado na Lei nº 13.848, de 25 de julho de 2019, conhecida por *Lei das Agências Reguladoras*. Referida lei dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Estão ao alcance dessa lei todas as agências reguladoras federais⁹.

O principal objetivo do marco legal é a criação de um modelo mais claro e uniforme de atuação das referidas agências, especialmente no que diz respeito às suas produções normativas. Ainda que a necessidade dessa uniformização e transparência de atuação das agências não seja recente (muito pelo contrário!), somente agora foi possível a edição de lei com textos visando alcançar tais objetivos.

A respeito do assunto, vale destacar a observação do secretário geral da OCDE, José Angél Gurría¹⁰:

“A crise financeira e econômica mundial revelou grandes falhas em governança e regulação, o que minou a confiança em instituições públicas e privadas. Em meio à incerteza econômica, o estabelecimento de um marco regulatório nacional funcional para mercados transparentes e eficientes é primordial para a recuperação da confiança e recuperação do crescimento”.

Logo de início a lei conceitua o caráter especial das agências reguladoras ao dispor:

⁸ O veto parcial encontra-se pendente de apreciação pelo Congresso Nacional.

⁹ Agência reguladoras federais: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional do Cinema (ANCINE). Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento do Distrito Federal (ADASA), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). No Distrito Federal existe também a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento (Adasa).

¹⁰ Recomendação do Conselho Sobre Política Regulatória e Governança (2012, p. 01). Disponível em: www.oecd.org/regreform/regulatorypolicy/2012recommendation.htm.

“A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação” (art. 3º).

Em seguida, no art. 4º da Lei, há previsão do princípio da razoabilidade e proporcionalidade quando da aplicação de sanção a entes privados, como se vê: “*A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público*”.

Da mesma forma, o art. 5º prevê o princípio da motivação ao preceituar que “a agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos”.

Trata-se de princípios que, muito embora já se encontrem dispostos na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/1999, foram positivamente repetidos na Lei nº 13.848/2019, visto tratarem de princípios fundamentais à efetividade e respeitabilidade das agências.

Uma inovação que merece destaque na lei das agências reguladoras refere-se à previsão de necessidade de impacto regulatório quando da edição de atos normativos. Dispõe a lei, em seu artigo 6º: “*A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo*”.

Para a OCDE, “Regulatory Impact Assessment (RIA) is both a document and process for supporting decision makers on whether and how to regulate to achieve public policy goals”¹¹.

¹¹ “AIR é, ao mesmo tempo, um documento e um processo, que auxiliam os legisladores e os reguladores sobre ‘se’ e ‘como’ regular, para que sejam

A esse respeito, o Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação – Fonacre, já editou a Recomendação nº 04, que assim dispõe¹²:

“Recomenda-se a adoção de um critério de controle de eficiência, impondo às agências reguladoras que mantenham registros dos estudos, inclusive de impacto regulatório, que levaram à edição dos respectivos atos normativos, bem como que apresentem, com periodicidade máxima anual, relatórios dos resultados atingidos, ainda que parciais, para manutenção, aperfeiçoamento ou revogação das normas. JUSTIFICATIVA: publicização e controle dos regulamentos, bem como da transparência e eficiência da Administração”

De acordo com o Banco Mundial¹³, há dois requisitos fundamentais para AIRs bem-sucedidas: (a) as análises ficarem disponíveis em um sítio único na internet, e (ii) a presença de órgão especializado para revisão e monitoramento das AIRs.

Até o presente momento, o trabalho das agências com relação à análise de impacto regulatório, no Brasil, é tímido. Sequer é possível precisar o quantitativo de AIRs realizadas pelas agências federais nos últimos tempos. Isso porque, das agências federais hoje existentes, apenas 03 (três) delas – Anvisa, Ancine e ANTT – dispõem de espaço exclusivo com informações sobre as AIRs realizadas e respectivos resultados. Da mesma forma, não existem órgãos dedicados exclusivamente para AIR, especialmente no que diz respeito à eficácia de normas ativas.

alcançados os objetivos das políticas públicas”. Tradução livre. Fonte: OECD (2017), "Regulatory Impact Assessment", in *Government at a Glance 2017*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-56-en.

¹² <https://www.ajufe.org.br/fonacre/recomendacoes-fonacre/259-recomendacoes-i-fonacre/11281-recomendacao-n-4>. Acessado em 16.08.2019.

¹³ Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments. Disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/905611520284525814/GIRG-Case-Study-Worldwide-Practices-of-Regulatory-Impact-Assessments.pdf>. Acessado em 16.08.2019

Há muito, ainda, que ser desenvolvido em nosso país sobre esse assunto.

A Análise de Impacto Regulatório é uma ferramenta que auxilia a tomada de decisão, na medida em que é baseada em estudos de evidências, capazes de analisar as opções regulatórias e os seus respectivos impactos. Regulações excessivas podem dificultar e até mesmo inibir atividades comerciais em nosso país, especialmente quando diante de conteúdos inovadores. Ainda, podem criar barreiras altamente desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficácia econômica. Quando isso ocorre, sem dúvidas, há sérios prejuízos à sociedade, incluindo, aqui, os consumidores.

Uma AIR bem-sucedida é capaz de gerar um ambiente regulatório mais consistente e previsível, aumentando a credibilidade perante consumidores e o setor produtivo. E o marco legal das Agências Reguladoras previu parte dessas importantes características.

Importante destacar que para a efetividade da AIR é fundamental o envolvimento dos interessados¹⁴ nas consultas, bem como a transparência¹⁵ de todo o processo de formulação de normas.

¹⁴ Art. 6º, § 4º, da Lei nº 13.848/2019: *A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.*

Art. 9º da Lei nº 13.848/2019: Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

Embora louvável a previsão de que a AIR precisa da participação social, não se pode perder de vista que o seu principal objetivo é a análise de impacto de uma determinada regulação e este “*impacto*” não deve ser interpretado sobre como a regulação é percebida pelos atores afetados (na maioria das vezes, o consumidor), mas é sobretudo o custo esperado e a sua distribuição entre a sociedade.

A articulação entre as Agências Reguladoras também foi objeto de destaque na Lei nº 13.848/2019 (Capítulo IV) e vem ao encontro do que destacamos no presente artigo como possível falha, hoje, na atuação das agências federais brasileiras.

Notadamente sobre a troca de experiências e conhecimento técnico, dispôs a lei que

“As agências reguladoras poderão constituir comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), visando a estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação nas respectivas áreas e setores e a permitir a consulta recíproca quando da edição de normas que impliquem mudanças nas condições dos setores regulados” (art. 30).

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

¹⁵ Art. 8º da Lei nº 13.848/2019: As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

Art. 12 da Lei nº 13.848/2019: Os relatórios da audiência pública e de outros meios de participação de interessados nas decisões a que se referem os arts. 10 e 11 deverão ser disponibilizados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após o seu encerramento.

Ainda, para o caso de atos normativos multidisciplinares, ou seja, que envolvam diferentes agentes econômicos, a legislação previu a possibilidade de edição de atos normativos conjuntos¹⁶.

Fator relevante e que ainda merece aprofundamento nesta temática refere-se à atuação dos Poder Judiciário em assuntos relacionados direta e indiretamente às agências reguladoras.

4. O Poder Judiciário e as Agências Reguladoras

A respeito desse tema, pedimos licença para destacar a primorosa pesquisa feita pela aluna da Universidade de São Paulo, Bruna Guapindaia Braga da Silveira, em tese de doutorado intitulada *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o regulador no julgamento de casos repetitivos*, no ano de 2018.

De acordo com as pesquisas realizadas pela aluna, até 2018 havia nos Tribunais do país 94 (noventa e quatro) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, cujo objeto relacionava-se a setores regulados da economia. Dos 94 IRDRs, apenas 06 (seis) tiveram julgamento concluído, sendo que destes, 65% (sessenta e cinco por cento) a agência não

¹⁶ Art. 29 da Lei nº 13.848/2019: *No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondendo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.*

§ 1º Os atos normativos conjuntos deverão ser aprovados pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada de cada agência reguladora envolvida, por procedimento idêntico ao de aprovação de ato normativo isolado, observando-se em cada agência as normas aplicáveis ao exercício da competência normativa previstas no respectivo regimento interno.

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.

participou do processo antes da fixação da tese jurídica (SILVEIRA, 2018, p. 213).

O cenário não muda quando são analisados recursos repetitivos. Até o ano de 2018, foram julgados 104 (cento e quatro) recursos repetitivos tratando de controvérsias relacionadas a mercados regulados. Dos 104 (cento e quatro) recursos repetitivos julgados, em 76% (setenta e seis por cento) a agência não participou do recurso para a definição da tese jurídica, ou seja, em apenas 25 (vinte e cinco) casos (dos 104), a agência teve participação ativa antes do julgamento (SILVEIRA, 2018, p. 215).

Tanto os incidentes de demandas repetitivas como o julgamento de recursos repetitivos buscam aprimorar o julgamento de uma tese jurídica para fixá-la e utilizá-la em demandas de direito idênticas. Neste sentido, a participação de terceiros, capazes de auxiliar no entendimento da demanda e solução dos itens mais sensíveis relacionados a tese jurídica, é fundamental¹⁷.

Assim, a efetiva participação das agências reguladoras nesse tipo de procedimento, principalmente em razão da complexidade das matérias relacionadas à regulação de serviços públicos, é de fundamental relevância.

“Ressalte-se que a complexidade técnica das matérias sujeitas à regulação foi o que motivou a criação das Agências reguladoras, exatamente por se ter reconhecido a necessidade de um desenho cuidadoso para o desempenho dessas funções complexas – que deveria ficar a cargo de um órgão com especialidade técnica.

Ora, ao se reconhecer a especificidade (não apenas quantitativa mas qualitativa) da litigiosidade própria dos setores regulados para buscar a efetividade do julgamento dos casos repetitivos com a comunicação dos órgãos para que fiscalizem a aplicação da tese definida pelos entes regulados (inclusive, como acima exposto, com o risco de estar o Judiciário se sobrepondo à Agência), por congruência e simetria, e especialmente em respeito ao contraditório, dever-se-ia prever de forma impositiva

¹⁷ V. arts. 119, 138, 927 e 983, do CPC/15.

a participação da Agência reguladora em casos em que a solução da questão de direito importe, ao menos em tese, em interferência em matéria regulatória de competência do ente regulador.

É que não se pode aceitar o risco da decisão em um caso repetitivo, que se aplicará a todos os demais processos que versem acerca da questão decidida (em âmbito local ou nacional, a depender da competência do órgão prolator da decisão), importe em interferência nos poderes regulatórios e fiscalizatórios sem que tenha sido dada oportunidade efetiva de a Agência influenciar no julgamento” (SILVEIRA, 2018, p. 226-227).

Não se está, aqui, a negar qualquer interferência judicial em assuntos relacionados à solução regulatória adotada pela autoridade administrativa. Ainda que a lei conceda à autoridade reguladora competência para regular, esta não está livre de uma revisão pelo Poder Judiciário¹⁸.

De outro lado, também não estamos defendendo o controle judicial profundo e ilimitado de atos regulatórios, ou seja, o juiz enquanto substituto do regulador, regulando de acordo com critérios que ele elegeria como adequados. Esta seria uma clara hipótese de ativismo judicial, com o que não se concorda.

De todo modo, a não participação ativa das respectivas agências quando o tema em pauta é a fixação de tese jurídica relacionada ao setor econômico de sua responsabilidade só tem a fragilizar a decisão judicial. Ainda que o Poder Judiciário tenha liberdade de concordar ou não com um determinado entendimento exarado pelos órgãos reguladores, é de fundamental importância ouvi-los e ponderar sobre todos os aspectos eventualmente abordados. A não participação das agências poderá levar a julgamentos superficiais, deficitários, com impactos negativos a toda a sociedade, inclusive aos consumidores.

Neste sentido, estamos absolutamente de acordo com o Ministro Villas Boas Cuevas ao consignar que:

¹⁸ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, art. 5º, XXXXV).

“Não podemos ser acusados de exercer um protagonismo ou ativismo judicial que desborde da razoabilidade e das normas técnicas que são editadas pela agência (...). O fio condutor aqui é que temos, sim, seguido estritamente o princípio da deferência. Não tenho procuração, mas acho que posso falar em nome de todos: a ANS tem uma contribuição decisiva para compreender um setor tão complexo. O diálogo por vezes é mais tenso. Mas é sempre diálogo, nunca monólogo”¹⁹.

5. Conclusão

Um dos objetivos das agências reguladoras no Brasil é, sem dúvida alguma, a defesa dos consumidores. Eventuais discussões a esse respeito parecem estar ultrapassadas. Mas a sua função vai muito além disso. Referidas agências visam regular e fiscalizar entes privados que desenvolvem atividades públicas. Precisam, contudo, pensar em seus atos visando incentivar a inovação, derrubar barreiras que dificultem o comércio, a concorrência ou a eficiência econômica do nosso país.

Somente quando alcançar todos esses objetivos é que se estará diante de órgãos que efetivamente estão atuando em defesa dos consumidores. O alcance dessas metas, contudo, não é fácil. Exige das agências reguladoras a tomada de certas decisões que, em um primeiro momento, podem parecer contrárias aos interesses dos consumidores. Um determinado ato normativo pode parecer, à primeira vista, primoroso para o consumidor, mas, se não estiver precedida, por exemplo, de análise de impacto regulatório, ou seja, se não avaliado os reais impactos da legislação no mercado brasileiro, poderá trazer prejuízos nefastos à atividade econômica desenvolvida pelo ente privado. Medidas que inviabilizem a livre concorrência e a eficiência econômica só trazem prejuízos aos consumidores e não é isso que se espera!

As agências reguladoras no Brasil são relativamente novas. Apesar do bom trabalho desenvolvido até aqui, ainda há muito a ser aprimorado e acredita-se que a Lei nº 13.848/2019 poderá auxiliar nessa

¹⁹ <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/stj-adozado-deferencia-regulacao-ans-ministro>. Acessado em 17.08.2019

jornada, seja prevendo princípios fundamentais que devem ser observados pelas agências reguladores (motivação, razoabilidade, proporcionalidade), seja prevendo a intensa interação das agências com órgãos de defesa do consumidor, do meio ambiente e da concorrência.

As funções que estão sendo desempenhadas pelas agências reguladoras, hoje, podem estar deixando a desejar. O nível de litigiosidade envolvendo serviços públicos gera indícios para esta conclusão. Mas é fato que eventual falha na prestação do serviço à toda sociedade não pode ser atribuída exclusivamente às agências reguladoras.

O apoio dos poderes (em especial, o nosso Judiciário), de demais órgão de defesa dos consumidores, do meio ambiente e da concorrência podem colaborar, e muito, nesse desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades das agências, aproveitando a toda a sociedade civil, inclusive consumidores.

Espera-se que o aprimoramento das atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras faça com que tenham cada vez menos interferência do Judiciário em assuntos afetos ao órgão regulador. Mas quando a interferência se mostrar necessária, que seja oportunizada o direito de manifestação e esclarecimento das agências.

É certo que o Juiz não pode e não deve substituir o regulador no que diz respeito à fixação de parâmetros que competem às agências fazerem. Deve, contudo, garantir a legitimidade da atuação regulatória, nos moldes do que se encontra previsto na Constituição Federal e outras leis de regência. Para que a interferência judicial seja a menor possível, é fundamental que as decisões emanadas pelas agências sejam devidamente proporcionais, motivadas e razoáveis. Sempre coerentes com a finalidade regulatória do seu respectivo setor. Fundamental, ainda, a transparência nas decisões, além da participação social nos assuntos de seu estrito interesse. E é para isso que estamos caminhando.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Maiores litigantes na justiça consumerista: mapeamento e proposições*. Setembro de 2017. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/maiores-litigantes-2/>

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *Recomendações Fonacre.* Recomendação nº 4. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonacre/recomendacoes-fonacre/259-recomendacoes-i-fonacre/11281-recomendacao-n-4>.

BANCO MUNDIAL. *Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments.* Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/905611520284525814/Global-Indicators-of-Regulatory-Governance-Worldwide-Practices-of-Regulatory-Impact-Assessments.pdf>

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance.* 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>

_____. Regulatory Impact Assessment. *Government at a Glance 2017.* OECD Publishing, Paris, Disponível em: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-56-en.

SILVEIRA, Bruna Guapindaia Braga da; SALLES, Carlos Alberto de. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o judiciário e o regulador no julgamento de casos repetitivos.* 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VITAL, Danilo. *STJ exerce papel de deferência à ANS, diz ministro Villas Bôas Cueva.* Consultor Jurídico, 27 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/stj-adoptado-deferencia-regulacao-ans-ministro>

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: POLÍTICAS PARA O CONSUMIDOR BASEADAS EM EVIDÊNCIAS

Fernando B. Meneguin e Marjorie Lynn N. Santos

1. Introdução

Existem diversas situações que demandam a atuação governamental. Monopólios, assimetrias de informação e externalidades são exemplos de falhas de mercado em que o Estado precisa intervir para melhorar a alocação dos fatores produtivos, calibrar corretamente os incentivos postos à sociedade e promover a eficiência.

Na área de defesa do consumidor, também é incontestável a necessidade da presença do Estado, já que, frequentemente o fornecedor detém poder de mercado, bem como informação relevante, não compartilhada com seus clientes, sobre os produtos e serviços ofertados. O reconhecimento da hipossuficiência do consumidor faz com que a sociedade demande intervenções regulatórias nos setores em que existem relações consumeristas.

Dada a importância dessas regulações, cuidados devem ser tomados para que elas sejam concebidas de maneira a trazer mais benefícios do que custos à sociedade, evitando possíveis efeitos colaterais negativos em decorrência da intervenção. Caso contrário, pode-se ter situações em que a medida, preliminarmente destinada a ajudar o consumidor, irá prejudicá-lo. Isso acontece porque o consumo é parte de uma engrenagem complexa e ações que deveriam beneficiar o cliente podem acabar impondo custos aos fornecedores que, a depender do tipo do mercado, serão repassados ao preço, aumentando a despesa do cliente.

Esse efeito adverso é conhecido na literatura como “Efeito Peltzman”, situação em que a regulação tende a criar condutas não previstas para os regulados, anulando os benefícios almejados (PELTZMAN, 2007).

Como evitar tais efeitos colaterais indesejados gerados por intervenções estatais?

Para o estudo das consequências das normas e regulações, bem como a análise de suas implicações, tem-se o amparo dos ensinamentos da Análise Econômica do Direito (AED). Afinal, as intervenções governamentais alteram a base de incentivos na qual os cidadãos estão imersos e a Economia propicia instrumentos para se avaliar os efeitos desses incentivos.

Há que se lembrar que as regulações integram as chamadas instituições na teoria de Douglass North:

“As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições elaboradas pelos homens que dão forma à interação humana. Em consequência, elas estruturam incentivos no intercâmbio entre os homens, seja ele político, social ou econômico” (NORTH, 1990, p. 5-6).

Nessa linha, há uma ferramenta que tem sido bastante difundida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): a Análise de Impacto Regulatório - AIR (*Regulatory Impact Assessment*). A finalidade de tal instrumento é justamente subsidiar a elaboração das normas regulatórias e a formulação de políticas públicas, contribuindo para o aumento da racionalidade do processo decisório relativamente às intervenções governamentais.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é discutir a ferramenta aplicada às matérias consumeristas, permitindo ações mais acertadas no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

A metodologia para o desenvolvimento do presente capítulo, realizada numa abordagem exploratória e qualitativa, consiste, inicialmente, em descrever o referencial teórico da Análise Econômica do Direito e da avaliação de impacto das políticas públicas baseada em evidências, voltadas às relações de consumo. Após isso, discute-se um modelo específico, com passos a serem seguidos, para a elaboração de regulações em defesa do consumidor, tendo por referência material elaborado pela OCDE.

O texto está dividido da seguinte forma, além desta introdução. A seção 2 traz o embasamento teórico acerca da Análise Econômica do Direito e da ferramenta de análise de impacto regulatório. Na terceira seção, discute-se a necessidade de utilização de evidências para as decisões

que impactem as relações de consumo, sob pena de não se atingir a defesa do consumidor. A quarta seção esboça um modelo simples que pode oportunizar decisões mais efetivas e eficientes nas regulações de mercado em prol do consumidor. Por fim, a quinta seção tece as considerações finais e as conclusões do trabalho.

Pretende-se assim contribuir com o alicerce de melhores políticas públicas na área de defesa do consumidor, com aplicação tanto em âmbito federal, quanto estadual e municipal, gerando ações mais acertadas e ajudando no desenvolvimento do País.

2. Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito consiste na aplicação das teorias e métodos empíricos da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para compreensão de fenômenos sociais e auxílio na tomada de decisão racional de decisões jurídicas. De forma objetiva, pode-se afirmar que a economia é a ciência que estuda a tomada de decisões e o comportamento do ser humano em um ambiente de recursos escassos. Já o direito é a arte de regular o comportamento humano. A AED é, portanto, uma metodologia que utiliza os ferramentais econômicos e de ciências afins¹ para melhorar a aplicação e avaliação de normas jurídicas, assim como suas consequências (GICO JR., 2012, p. 20).

O método econômico foi construído com base em algumas premissas. A principal delas é a de que existe escassez e, por conta disso, a sociedade deve fazer escolhas que, em muitos casos, são excludentes. Como alternativas devem ser descartadas em prol de uma decisão, os agentes devem ponderar custos e benefícios de cada alternativa e adotar a que lhes traz mais bem-estar. Dessa maneira, é nítida a existência de uma estrutura de incentivos vigente na sociedade, bem como a certeza de que alterações nessa estrutura podem modificar as escolhas dos agentes. Em resumo, pessoas respondem a incentivos (GICO JR., 2012, p. 20).

¹ Com relação à AED, Salama (2017, p.23) afirma que “a Economia ilumina problemas e sugere hipóteses, mas se torna mais rica quando conjugada com outros ramos do conhecimento, notadamente a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia”.

O Direito, assim como a Economia, foi construído sobre essa premissa de que as pessoas reagem a incentivos. Por exemplo, as sanções funcionam como preços. Se o preço for mais alto, o consumo do bem será menor. Se o preço for mais baixo, haverá maior consumo do bem ou serviço, mantidas idênticas as demais condições. Assim, na presença de sanções mais elevadas, os cidadãos terão menos incentivos para cometer as condutas sancionadas. Espera-se que eles sejam mais criteriosos.

A partir da primeira metade do século XX, surgem movimentos² no meio jurídico que reivindicam a interdisciplinaridade do Direito com as demais ciências para aproximar-lo da realidade social. Entre estes movimentos, a Análise Econômica do Direito é apresentada como alternativa composta de arcabouço teórico abrangente, método de análise robusto e flexibilidade de atuação a situações reais específicas (GICO JR., 2012). Dessa forma, os estudiosos da AED entendem que:

Existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*) ” (GICO JR., 2012, p. 30).

Da fusão dos conceitos de Economia com os de Direito é que se pode falar da norma enquanto estrutura de incentivos. Sobre o tema, tem-se o comentário de Andrés Roemer ao afirmar que a Análise Econômica do Direito introduziu uma teoria mais abstrata segundo a qual as normas jurídicas são visualizadas como incentivos para a ação e as respostas dependem e variam em função dos tipos de incentivos envolvidos (ROEMER, 2001).

Com o embasamento da Análise Econômica do Direito, surge um instrumento já bastante difundido nos países associados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): a ferramenta chamada *Regulatory Impact Analysis* – Análise de Impacto Regulatório (AIR). Trata-se de uma análise aplicada com a finalidade de subsidiar a elaboração das normas regulatórias e a formulação de políticas públicas,

² Realismo Jurídico (Escandinávia), Jusrealismo (EUA), Teoria Realista da Interpretação (França), etc.

contribuindo para o aumento da racionalidade do processo decisório acerca das potenciais opções governamentais (MENEGUIN; BIJOS, 2016).

Segundo Relatório intitulado “*OECD Regulatory Policy Outlook 2015*” (OCDE, 2015), uma boa regulação deve: servir claramente aos objetivos definidos na política governamental; ser clara, simples e de fácil cumprimento pelos cidadãos; ter base legal e empírica; ser consistente com outras regulações e políticas governamentais; produzir benefícios que compensem os custos, considerando os efeitos econômicos, sociais e ambientais disseminados por toda a sociedade; ser implementada de maneira justa, transparente e de forma proporcional; minimizar os custos e as distorções de mercado; promover inovação por meio de incentivos de mercado; e ser compatível com os princípios que promovam o comércio e o investimento, tanto em nível nacional quanto internacional. (MENEGUIN; BIJOS, 2016). A AIR visa servir como um instrumento que permita o atingimento dessas premissas de forma mais eficiente.

Em 2018, com a finalidade de estimular a utilização dessa ferramenta e nortear futuras análises no âmbito do Governo Federal Brasileiro, a Casa Civil lança o Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (GOVERNO FEDERAL, 2018). Por esse material, a AIR pode ser definida como:

Processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes (GOVERNO FEDERAL, 2018, p. 23).

A AIR, portanto, vai além da comparação entre possíveis soluções para determinado problema. Antes, busca-se compreender de fato qual é o problema em questão, a sua origem e a sua extensão. Em seguida são traçados os objetivos pretendidos pelo agente governamental, de forma que seja definido se uma intervenção é necessária. Apenas após essas considerações, as alternativas de resolução do problema devem ser analisadas, para que seja definida a melhor opção ao final do processo.

Nas duas seções seguintes, discute-se uma adaptação da avaliação de impacto regulatório voltada especificamente para questões de relações de consumo.

3. Políticas para o consumidor baseadas em evidências

O mercado de bens e serviços têm passado por grandes transformações nas duas últimas décadas ocasionadas principalmente por mercados globais mais abertos, crescimento na oferta de serviços aos consumidores, inovações tecnológicas que evoluem em velocidade exponencial e reformas regulatórias (OCDE, 2010). Muitas dessas mudanças geraram benefícios para o consumidor como maior diversidade de bens e serviços ofertados, mais competitividade no mercado e, consequentemente, maior preocupação por parte das empresas com o bem-estar do consumidor.

Entretanto, tais transformações também trouxeram à tona novos desafios que consumidores e agentes de proteção e defesa do consumidor precisam enfrentar. Para os consumidores, o maior leque de produtos e serviços à disposição e as especificidades de alguns mercados (telecomunicações e transportes, por exemplo) os expuseram a um aglomerado de informações cada vez maior. Isso significa que para realizar boas escolhas em um mercado mais amplo, o consumidor possivelmente precisará lidar com informações mais complexas. Porém, de acordo com pesquisa realizada pela OCDE (2000, p.18), apesar de um nível de instrução crescente na população, o nível necessário para analisar corretamente contratos mais complexos ainda é baixo na maioria dos países.

Evidências apresentadas no estudo³ de Wilson e Waddams (2005) comprovam ainda que, em mercados complexos, o consumidor pode se comportar de formas que contradizem a busca pela melhor escolha possível. Na pesquisa foram observados três cenários recorrentes: i)

³ Wilson e Waddams (2005) realizaram em sua pesquisa, estudo sobre o mercado de eletricidade nos Estados Unidos. No mercado de eletricidade americano, diferentemente do Brasil, as geradoras de energia não são mais reguladas, enquanto a transmissão e a distribuição continuam reguladas.

consumidores que optam por não mudar de fornecedor apesar de opções mais baratas disponíveis; ii) consumidores que mudam para um fornecedor mais barato, mas não o mais barato disponível; e iii) consumidores que mudam de um serviço mais barato para um mais caro.

Entende-se, portanto, que o número crescente de produtos e serviços, assim como a quantidade de informação transmitida por cada tipo gera uma sobrecarga que pode confundir os consumidores, resultando em frustração, estresse e decisões desfavoráveis a ele próprio (SILVA, 2014). Em outras palavras, o crescente dinamismo do mercado pode gerar vulnerabilidades nas relações de consumo.

Nessa configuração, torna-se necessário para os agentes do governo avaliar possíveis intervenções que criem incentivos para o consumidor tomar decisões que melhorem o seu bem-estar de forma eficiente. Com as mudanças no mercado e no perfil do consumidor, a demanda para atuação estatal cresce a cada dia, assim como a expectativa de respostas rápidas e efetivas para o cidadão (OCDE, 2010). Para atender a tais necessidades, é necessário tomar decisões de forma assertiva, com base em evidências, buscando mitigar o risco de inserir políticas que possam prejudicar o ecossistema das relações consumeristas e, principalmente, evitando que intervenções possam causar maiores danos para o consumidor, seja de forma direta ou indireta.

A Análise Econômica do Direito pode fornecer o instrumental analítico necessário para que o agente responsável pela proteção e defesa do consumidor identifique áreas onde deve ser feita uma intervenção estatal, assim como quais tipos de intervenção serão mais efetivas para cada situação. Timm e Meneguin (2019) discutem como a legislação consumerista pode se beneficiar do ferramental teórico da AED: “o Direito do Consumidor ganha um poderoso instrumental para o planejamento e a avaliação de políticas públicas voltadas para o cidadão, lembrando que o consumidor é parte integrante de mercados complexos com diversas engrenagens conectadas”.

Numa situação de informação assimétrica, em que o consumidor não detém todas as informações sobre os atributos e preços de todos os produtos no mercado, o olhar econômico sobre as normas já vigentes e as normas que podem vir a vigorar pode permitir: i) avaliar acontecimentos do mundo real, a fim de determinar quando e quanto prejuízo os

consumidores sofreram; ii) desenhar a melhor definição de arranjo do mercado de forma a maximizar o bem-estar do consumidor; e iii) avaliar os impactos prováveis das intervenções nos mercados em geral e especialmente para os consumidores (OCDE, 2010, p.33).

Com base em preceitos econômicos para avaliar e propor melhorias para o consumidor, a OCDE lançou em 2010 o *Consumer Policy Toolkit*⁴, um guia que direciona em seis passos como o agente estatal pode realizar o processo de tomada de decisões baseado em evidências sólidas e considerando os impactos dessas decisões para empresas e consumidores. Na seção a seguir, estes seis passos serão elucidados sob a ótica de políticas públicas voltadas para o consumidor.

4. Análise de Impacto Regulatório focada em questões de consumo

Sabe-se que nem sempre o mercado consegue entregar os melhores resultados para o consumidor. Monopólios, abuso de poder no mercado, assimetria de informações, fatores comportamentais ou práticas injustas ou ilegais podem levar o consumidor a tomar decisões ruins para seu bem-estar (OCDE, 2010, p.113). Nessas condições, o agente responsável pela proteção e defesa do consumidor pode considerar intervir em um dado mercado. Como já mencionado, para que a decisão de intervenção seja efetiva e não agrave a situação do consumidor é preciso realizar um processo de tomada de decisão baseada em evidências.

O *Toolkit* da OCDE sobre política do consumidor propõe um método objetivo, em seis passos, para detectar problemas do consumidor, definir se tal problema precisa ou não de uma intervenção e, caso seja definido intervir, qual melhor maneira de propor soluções e acompanhar a efetividade da política. No Quadro 1 a seguir esses passos são apresentados de forma sucinta.

⁴ <https://www.oecd.org/sti/consumer/consumer-policy-toolkit-9789264079663-en.htm>

Quadro 1: Seis passos para tomada de decisão em políticas do consumidor

Passo I	Qual é o problema? Definir o problema do consumidor e sua origem
Passo II	O quanto sério ele é? Mensurar o prejuízo do consumidor
Passo III	É necessário intervir? Determinar se o prejuízo do consumidor requer uma intervenção
Passo IV	Quais são as opções? Definir o objetivo da intervenção e identificar as possibilidades de soluções
Passo V	Qual é a melhor opção? Avaliar opções e escolher uma solução
Passo VI	A intervenção é efetiva? Desenvolver um processo de monitoramento e avaliação da efetividade da solução escolhida

Fonte: OECD (2010), Consumer Policy Toolkit, OECD Publishing.

Passo I: Definir o problema do consumidor e sua origem

Ao detectar um problema relacionado ao consumidor, o primeiro passo que as autoridades responsáveis devem realizar é definir a natureza e fonte da situação em questão. Fontes comuns de problemas são falhas de mercado, falhas regulatórias e problemas comportamentais tanto do consumidor quanto de empresas.

Após ser determinada a raiz do problema, será possível identificar a autoridade melhor posicionada para examiná-lo e abordá-lo, assim como os demais atores que podem se envolver no processo de solução.

Em seguida, é preciso que a autoridade do governo que esteja analisando o problema defina se é pertinente ou não uma intervenção estatal e até que ponto as possíveis soluções podem entrar em conflito com outros objetivos de política pública.

Passo II: Mensurar o prejuízo do consumidor

Após identificar a natureza e fonte do problema do consumidor, o próximo passo é identificar e mensurar o prejuízo sofrido.

O consumidor pode sofrer prejuízos estruturais ou pessoais. O prejuízo estrutural se concentra na perda agregada do bem-estar do consumidor devido a falhas de mercado ou regulatórias e pode limitar escolhas e/ou resultar em preços inflacionados por um produto ou serviço. O prejuízo pessoal consiste em resultados negativos que consumidores vivenciam individualmente (OCDE, 2010, p. 52).

Para avaliar a magnitude do prejuízo do consumidor, o órgão responsável deve saber diferenciar o tipo de prejuízo causado e buscar meios de quantificá-lo. Dessa forma, a análise feita neste segundo passo deverá considerar tanto efeitos econômicos quanto não-econômicos (custos financeiros, tempo despendido, estresse, danos físicos, etc.).

A depender do tipo do problema tratado, diferentes formas de mensurar os danos causados podem ser utilizadas. Para determinar o nível de prejuízo do consumidor de forma qualitativa, por exemplo, pode ser relevante trabalhar com grupos focais ou análise de reclamações. Já uma análise quantitativa demandaria coleta de dados por pesquisas, estudos de mercado ou análises econométricas.

Seja no âmbito qualitativo ou no quantitativo, desafios serão enfrentados para mensurar o prejuízo do consumidor. Entretanto, é de suma importância que a autoridade responsável busque no mínimo estimar o alcance total desses prejuízos, pois, sem essa informação não será possível tomar decisões sensatas e bem embasadas quanto a intervenções no mercado.

Passo III: Determinar se o prejuízo do consumidor requer uma intervenção

Após ter uma visão mais aprofundada do problema e do impacto causado aos consumidores, a autoridade governamental deverá definir se será necessária ou não uma intervenção por parte do Estado. Tal determinação deve levar em consideração alguns pontos importantes como a escala de prejuízo sofrido, quem está sendo afetado, qual a previsão desse

prejuízo, as consequências de se manter o *status quo* e os custos econômicos de uma intervenção.

Quanto à escala de prejuízo do consumidor, a intervenção pode ser necessária tanto em casos onde o prejuízo seja pequeno, mas atinge uma grande quantidade de pessoas, quanto em situações onde o prejuízo seja grande, mas atinge um pequeno grupo de indivíduos.

Também é preciso verificar se existem impactos desproporcionais para grupos ou classes de consumidores que podem ser tidos como mais vulneráveis, como crianças, idosos ou grupos socialmente desfavorecidos.

Para identificar e justificar a relevância de uma intervenção é importante, ainda, buscar prever se o prejuízo causado tende a diminuir, aumentar ou se manter o mesmo com o passar do tempo.

Avaliar as prováveis consequências de manter o *status quo*, ou seja, definir se o problema tende a melhorar ou piorar caso nenhuma intervenção seja feita também embasará a decisão de intervir ou não no problema.

Por fim, o agente do governo também deve considerar possíveis custos econômicos que a intervenção pode causar a outros atores envolvidos como por exemplo empresas ou até todo um segmento econômico.

Passo IV: Definir o objetivo da intervenção e identificar as possibilidades de soluções

Caso seja estabelecido que uma intervenção deverá ser realizada, o próximo passo é deixar claro qual é seu o objetivo, ou seja, quais os resultados esperados que a política pública quer alcançar para os consumidores e o mercado de maneira geral. É importante que esse objetivo seja definido da forma mais precisa possível (métricas, indicadores e metas), de forma que seja mais fácil selecionar a solução adequada para resolver o problema.

Quanto às soluções disponíveis, o principal desafio da autoridade responsável será identificar e avaliar quais são as ferramentas mais promissoras para tratar do problema em questão.

Para isso, é possível identificar a natureza de algumas das soluções disponíveis em políticas públicas do consumidor que poderiam ser utilizadas a depender do foco do problema tratado (Figura 1).

Se o foco da solução for no consumidor pode-se considerar iniciativas de educação e conscientização, fornecimento de informações, períodos de reflexão (*cooling-off*) e regulação de termos contratuais.

Se a estratégia de resolução se adequar mais ao fornecedor, pode-se utilizar de persuasão moral, códigos de conduta, normas, licenciamento e acreditação, assim como proibições.

Ferramentas intermediárias também são uma possibilidade, como por exemplo métodos de resolução de conflitos⁵ e instrumentos financeiros (incluindo multas e outras sanções financeiras).

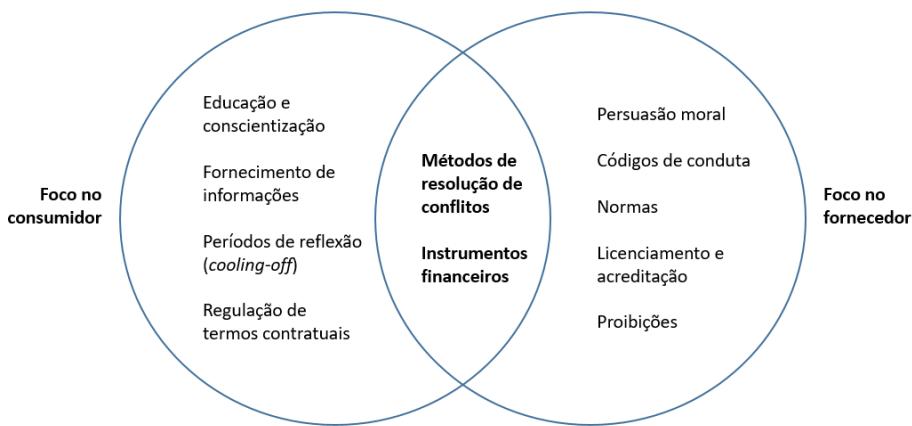


Figura 1: Ferramentas de políticas do consumidor

Fonte: OCDE, 2010

É importante lembrar que nesse quarto passo, considerar o reforço de soluções já implementadas também pode poupar custos e esforços. Também deve ser levado em consideração quem será o ator

⁵ A Secretaria Nacional do Consumidor coordena uma ferramenta de Resolução de Disputas Online (*Online Dispute Resolution - ODR*), o Consumidor.gov.br, plataforma que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet.

responsável pela implementação e execução da solução, os custos dessa ação escolhida e de que forma a mesma será comunicada para os envolvidos.

Passo V: Avaliar opções e escolher uma solução

Após a identificação das soluções possíveis, as mesmas deverão ser avaliadas para determinar qual será a mais adequada e economicamente viável.

Na maioria dos casos, deve ser realizada uma análise de custo-benefício, na qual os aspectos quantitativos e qualitativos deverão ser levados em conta. Essa análise deve fornecer aos tomadores de decisão informações sobre todos os efeitos positivos e negativos de uma proposta regulatória. Fatores como viabilidade política e administrativa, valores e expectativas da comunidade, considerações éticas, questões de bem-estar e equidade e o efeito de uma medida em outras áreas políticas, tais como a concorrência e o meio ambiente devem ser considerados nessa fase. Os recursos dedicados para a análise de custo-benefício das prováveis soluções devem ser proporcionais ao provável impacto das opções em consideração. Assim, é racional esperar que a análise de regulações que tenham maior impacto na sociedade exijam mais pessoal e recursos do que regulações que tenham menor impacto.

O desenvolvimento de políticas do consumidor efetivas também está relacionado à interação e colaboração dos demais atores envolvidos, incluindo organizações de consumidores, empresas afetadas e associações industriais. Essa consulta pode contribuir para que os reguladores tenham acesso a informações e perspectivas que, de outra forma, não estariam disponíveis. Também pode ajudar a garantir que as políticas sejam claras e abrangentes.

Passo VI: Desenvolver um processo de monitoramento e avaliação da efetividade da solução escolhida

O último passo geralmente é o mais negligenciado pelos implementadores de regulações. No entanto, é um dos mais importantes. No contexto atual de mudanças dinâmicas do mercado e do comportamento do consumidor, monitorar e avaliar políticas para o

consumidor é essencial para garantir a efetividade da solução escolhida e se os objetivos traçados estão sendo atingidos.

Entretanto, assim como pode ser difícil medir o prejuízo do consumidor com exatidão (Passo II), medir as melhorias de uma política também pode ser um trabalho árduo. Desde a implementação de uma solução é possível que o problema mude, diminua ou cresça, por motivos não relacionados à solução escolhida.

Ao desenvolver um processo de monitoramento e avaliação de políticas do consumidor, é preciso considerar os prazos, os elementos do processo, assim como possíveis mudanças na natureza do problema.

Os métodos e técnicas para a realização de avaliações pós-implementação, podem variar de um monitoramento provisório a uma revisão em escala total. De todo modo, essa etapa se assemelha à avaliação prévia dos custos e benefícios esperados (Passo V) e podem ser realizados de várias maneiras, incluindo: i) automonitoramento pela comunidade regulamentada; ii) avaliações periódicas por parte de governos, autoridades competentes ou terceiros; e iii) acompanhamento de reclamações pelo público.

A partir do acompanhamento contínuo da solução implementada será possível definir se é necessário continuar, modificar ou encerrar a intervenção realizada, de acordo com os objetivos traçados anteriormente no Passo IV.

5. Considerações finais e conclusões

Abertura de mercados, crescimento na oferta de serviços aos consumidores, inovações tecnológicas e reformas regulatórias estão entre os fatores que geram recorrentes mudanças no comportamento do consumidor e dos fornecedores. Tais mudanças trouxeram vantagens, mas também, novos desafios para os atores envolvidos nas relações consumeristas.

O consumidor se vê sobrecarregado com a crescente quantidade de produtos, serviços e informações geradas diariamente, o que pode fazer com que ele tome decisões sub-ótimas. Para os agentes do governo, o desafio é avaliar e propor intervenções de proteção e defesa do consumidor de forma assertiva, com base em evidências, de forma que se distancie do

risco de inserir políticas prejudiciais aos atores envolvidos e, principalmente, ao consumidor.

Como disciplina que utiliza preceitos econômicos para avaliar o ordenamento jurídico e propor melhores normas, a Análise Econômica do Direito é apresentada como apropriada fonte teórica e instrumental em relação a outros instrumentos para que o agente do governo identifique o momento mais adequado de realizar intervenções estatais, assim como o tipo ideal de intervenção para cada circunstância. Sob o alicerce da AED, passa a ser difundida em diversos países a ferramenta Análise do Impacto Regulatório com o intuito de orientar e subsidiar a tomada de decisão de forma efetiva e eficiente.

Nesse contexto, a OCDE elucida de forma objetiva como avaliar um problema sofrido pelo consumidor e definir se intervenções devem ser feitas e, caso devam, qual a melhor solução a ser escolhida pelo agente estatal responsável e como acompanhar seus resultados.

O presente texto traz à tona, assim, o uso da racionalidade econômica na avaliação das regulações governamentais como forma de aperfeiçoar as políticas públicas voltadas para proteção e defesa do consumidor, difundindo, por meio de base teórica e instrumental, práticas que permitam ir além da intuição do agente tomador de decisão e passem a ser fundamentadas em análises estruturadas.

Referências Bibliográficas

- GICO JR., I. (2012). Introdução ao Direito e Economia. In Timm, L. B. (Ed.) *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo, SP: Editora Atlas.
- BRASIL. Governo Federal. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília, 2018.
- MENEGUIN, F. B.; BIJOS, P. R. S. (2016). Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas. *Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão nº 193)*. Recuperado de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD193>.
- NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Consumer Policy Toolkit*, OECD Publishing, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/consumer/consumer-policy-toolkit-9789264079663-en.htm>.

_____. Statistics Canada. *Literacy in the Information Age: Final Report of the International Adult Literacy Survey*, OECD Publishing, Paris, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264181762-en>.

_____. *OECD Regulatory Policy Outlook 2015*. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>

PELTZMAN, S. Regulation and the Wealth of Nations: The Connection between Government Regulation and Economic Progress. *New Perspectives on Political Economy*, v. 3, n. 3, 2007.

ROEMER, A. (2001). *Introducción al análisis económico del derecho (3^a ed)*. México: Fondo de Cultura Económica.

SALAMA, B. M. *Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba, PR: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>.

SANTOS, R. V. Planejamento do Preço de Venda. *Caderno de Estudos – FIPECAFI*. São Paulo, v.9, n.15, 1997.

SILVA, J. T. M. A Confusão do Consumidor no Processo de Escolha de Produtos. XXXVIII Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, RJ, setembro de 2014.

TIMM, L. B. & Meneguin, F. B. Direito e Economia desmistificado: o caso do consumidor. *Portal Jota*. 10 de maio de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/direito-e-economia-desmistificado-iii-o-caso-do-consumidor-10052019.

WILSON, C.; PRICE, C. W. *Irrationality in consumers' switching decisions: when more firms may mean less benefit*. ESRC Centre for Competition Policy. 2005. University of East Anglia August.

A NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO

Leonardo Roscoe Bessa

1. Introdução

Com a recente edição da Lei Complementar 166/19 pode-se afirmar que há uma Nova Lei do Cadastro Positivo.¹ Alterou-se substancialmente a Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo): mais da metade da norma foi modificada, ao lado de acréscimo de cinco novos artigos.

No último ano, aliás, a edição de duas importantes normas indica que o Congresso Nacional tem percebido a importância e necessidade de conferir concretude ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) no seu aspecto mais sensível: a proteção de dados pessoais.

Em agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), cuja vigência se inicia em agosto de 2020. Em julho de 2019, entrou em vigor a Lei 166/2019 que altera substancialmente a Lei 12.414/2011

Entre as motivações de mudança da Lei do Cadastro Positivo, a percepção da fraca adesão ao cadastro. Passados aproximadamente 8 (oito) anos, a inclusão voluntária ao cadastro, por meio de consentimento do interessado – representou menos do que 10% (dez por cento) dos potenciais tomadores de crédito no Brasil. Foi adotado o modelo *opt in*, ou seja, o consumidor deveria fazer a opção para integrar o cadastro.

A Nova Lei do Cadastro Positivo altera o modelo para *opt out*, ou seja, todos estão incluídos no cadastro positivo até a manifestação de vontade em sentido contrário (cancelamento do cadastro). Acredita-se que

¹ A alteração da Lei 12.414/2011, que é lei ordinária (art. 47 da CF), se deu por meio de lei complementar (art. 69 da CF) unicamente pela necessidade de modificar pontualmente a Lei Complementar 105/2001, que trata de sigilo bancário das instituições financeiras. A Nova Lei do Cadastro Positivo, todavia, permanece com status de lei ordinária perante o ordenamento jurídico brasileiro.

– só agora – o cadastro positivo poderá ser realmente testado e beneficiar milhões de pessoas com a redução da taxa de juros.

Na verdade, antes mesmo de 2011, quando se editou a Lei 12.414, as entidades de proteção ao crédito já estavam num processo de ampliação do número e espécies de informações pessoais que são coletadas, armazenadas e divulgadas para o mercado. O argumento principal: quanto maior o volume e a variedade dessas informações, melhor será a avaliação do risco da concessão de crédito (*more is better*), destacando-se a possibilidade de redução do *spread* bancário e concessão de taxa de juros menor para consumidores com um bom histórico de crédito.

O tema, que foi objeto de diversos projetos de lei, gerou, e ainda propicia grandes polêmicas na área econômica e jurídica. Alguns órgãos e entidades de defesa do consumidor são contrários ao cadastro positivo tanto por não acreditar na promessa de redução da taxa de juros, como por visualizar invasão indevida no direito à privacidade do consumidor (proteção de dados).

Os contornos jurídicos do tratamento de *informações positivas* e negativas pelos arquivos que armazenam informações úteis para decisão de concessão de crédito são delineados a partir de *diálogo das fontes* entre vários diplomas legais. Ao lado de análise da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), da Nova Lei do Cadastro Positivo e da LGPD (Lei 13.709/2018).

O presente artigo contextualiza e aborda aspectos da edição da Nova Lei do Cadastro Positivo. Destaca dois pontos: a mudança do modelo *opt in* para *opt out* e eventual ofensa ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e a disciplina inicial da pontuação de crédito (*credit scoring*).

2. A importância das entidades de proteção ao crédito

Não se concebe a concessão de crédito sem informações do potencial beneficiário do empréstimo. A obtenção de dados pessoais é necessária para propiciar conhecimento mínimo do consumidor e, num segundo momento, avaliar o risco de concessão de crédito. Almeja-se ganhar confiança, grau favorável de *segurança* em relação a determinado

negócio jurídico. O crédito ampara-se na crença de que o mutuário (consumidor) cumprirá as obrigações assumidas.

Assim, presente a intenção de se conceder crédito, há, simultaneamente, o legítimo interesse de colher informações do consumidor para análise do risco de concessão de crédito.

Os bancos de dados de proteção ao crédito – denominados *gestores* pela Nova Lei do Cadastro Positivo – surgiram no Brasil, na década de 50, como resposta a um sensível aumento das vendas a crédito. Inicialmente, o trabalho de levantamento de informações sobre o consumidor – candidato à obtenção do crédito – era demorado e relativamente prolixo. As grandes lojas acabaram criando setores próprios com a única função de realizar pesquisa sobre os hábitos de pagamento do pretendente a realizar a compra de determinado produto ou serviço por intermédio de crediário (STÜRMER, 1992, p. 59).

O surgimento e progressivo aumento da relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito estão vinculados diretamente à massificação e anonimato da sociedade de consumo e, mais recentemente, à expansão da oferta de crédito. Quanto menos se conhecem os consumidores, potenciais tomadores de empréstimos, maior a importância e dependência dos arquivos de consumo. Quanto maior a oferta de crédito, mais necessárias são as atividades próprias das entidades de proteção ao crédito.

A confiança, no sentido do grau de segurança em relação ao recebimento futuro do que foi emprestado, decorre diretamente do nível e qualidade de informação e conhecimento que se possuem sobre a pessoa, potencial tomadora do crédito. A necessidade de informações sobre o candidato ao crédito é intensivamente destacada pela literatura econômica, principalmente a partir da década de 70. O objetivo central desses trabalhos é demonstrar que, sob enfoque econômico, a *assimetria de informações* impede, dificulta

Em que pese a identificação dos tempos atuais como *era da informação*, os atores do mercado são anônimos, raramente se conhecem ou encarece o crédito.²

As relações de compra e venda de produtos e serviços são fugazes e automáticas. É justamente neste contexto de *anonimato* dos atores do mercado de bens e serviços que se destacam as atividades exercidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, vale dizer, das entidades que têm por principal objeto a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros (credores potenciais) de informações pessoais dos pretendentes à obtenção de crédito. Tal relevância é amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 2018, destaca a função social dos bancos de dados de proteção ao crédito ao mitigar a assimetria de informações existente no mercado de consumo: “A essência – e, por conseguinte, a função social dos bancos de dados – é reduzir a assimetria de informação entre o credor/vendedor, garantindo informações aptas a facilitarem a avaliação do risco dos potenciais clientes, permitindo aos credores e comerciantes estabelecer preços, taxas de juros e condições de pagamento justas e diferenciadas para bons e maus pagadores.”³

No item seguinte, discorre-se sobre a justificativa econômica para o tratamento de informações positivas.

² De fato, foi-se a época em que fornecedor e consumidor se conheciam e estavam unidos por uma relação de confiança mútua. “As relações de consumo não mais se processam esporádica e lentamente (em dias certos de feira pública), assumindo, ao contrário, um caráter de continuidade, de imprevisibilidade e de velocidade: o consumidor, em um único dia, adquire produtos e serviços os mais diversos, dos mais diferentes fornecedores e com muitos jamais teve, com certeza, qualquer contato ou nunca mais voltará a tê-lo.” (BENJAMIN, 2007, p. 420).

³ REsp 1.630.889/DF, Rel. Min. Nancy Andrade, j., em 11.09.2018, DJe 21.09.2018. Na mesma linha, consigne -se antiga decisão do Superior Tribunal de Justiça. O Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao julgar o REsp. 22.387, em fevereiro de 1995, destacou a importância do sistema de proteção ao crédito: “É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar -se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados de que dele dispõe”.

3. Tratamento de informações positivas

Antes mesmo da edição, em 2011, da Lei 12.414, era nítida a tendência das entidades de proteção ao crédito (gestores) em ampliar o número e qualidade de informações tratadas para fins de análise do risco de concessão de crédito. Como justificativa principal, a ideia de que a referida análise resta otimizada se disponível um maior número de informações pessoais, que não devem se restringir a dívidas vencidas e não pagas (informações negativas).

Em favor do tomador do empréstimo (consumidor), o principal argumento é a possibilidade de redução de juros em face de um bom histórico de crédito. A literatura econômica sustenta que, para afastar a assimetria de informações e reduzir o valor da taxa de juros para os bons pagadores, é importante que as entidades de proteção ao crédito realizem o tratamento de informações positivas.

A grande promessa nessa tendência de tratamento de informações positivas é a possibilidade de redução da taxa de juros, sob a premissa de que, quando as informações são precárias, reflexos apenas de dívidas vencidas e não pagas, não há como distinguir adequadamente o bom pagador daquele que costuma falhar no cumprimento das obrigações, forçando a distribuição entre todos os consumidores do custo da inadimplência do conjunto de devedores. Ao revés, quando viável, por meio de informações positivas, a identificação do bom pagador, é possível cobrar dele uma taxa reduzida de juros, considerando que o custo de eventual inadimplência será menor ou até inexistente.

Túlio Jappelli e Marco Pagano ressaltam que, na área de proteção ao crédito e sob uma perspectiva econômica, quanto maior a quantidade de informações melhor é a análise dos riscos de concessão de crédito (*more is better*). Os autores classificam as entidades de proteção ao crédito em três grandes grupos, conforme o conteúdo e a variedade das informações tratadas: 1) aquelas que operam unicamente com dívidas vencidas e não pagas; 2) as que, além das dívidas vencidas, possuem informações concernentes ao total de endividamento da pessoa; 3) as entidades de proteção ao crédito mais sofisticadas, que incluem outras informações positivas, como as características dos tomadores de empréstimos, dados demográficos e contábeis etc.

Defendem que um maior número de informações (entre elas profissão, rendimentos pessoais, hábitos de consumo, patrimônio, comprometimento do orçamento mensal em razão de outros empréstimos) possui importantes efeitos nas atividades vinculadas ao crédito, destacando-se: (1) melhora da avaliação dos riscos de eventual inadimplência do tomador do empréstimo; (2) possibilidade de se estabelecer uma taxa de juros menor para o consumidor com um bom histórico creditício; (3) constituição de “dispositivo” de disciplina do consumidor; (4) educação do comportamento do consumidor, evitando situações de superendividamento (JAPPELLI; PAGANO, 2003, p. 17-18).

A Exposição de Motivos da Nova Lei do Cadastro Positivo utiliza tais argumentos econômicos. Acredita-se na diminuição de aproximadamente 40% (quarenta por cento) do nível de inadimplência dos empréstimos e, consequentemente, na redução da taxa de juros do consumidor final. Destaca que a lei anterior e seu modelo *opt in* dificultaram enormemente o funcionamento do cadastro positivo. A essência da Nova Lei do Cadastro Positivo é justamente a opção pelo modelo *opt out*.

Destaque-se o seguinte trecho: “De acordo com o relatório de Política Monetária, Operações de Crédito do Banco Central (dados até nov/16), a taxa média de empréstimos para pessoas físicas é de 42,7% ao ano e o spread bancário PF é de 33,1% ao ano. Conforme levantamentos do próprio BC, a inadimplência representa cerca de 30% do spread e, de acordo com estudo do Banco Mundial (2003, Majnoni, Miller, Mylenko and Powel), a implantação do Cadastro Positivo no Brasil poderia reduzir a inadimplência de cerca de 40%. A previsão do setor é que a redução da inadimplência diminua a taxa final média de empréstimos e com a taxa de juros mais baixa haveria uma alavancagem tanto na concessão de novos empréstimos aos consumidores que já possuem acesso ao crédito, por um menor comprometimento de sua renda, como para os novos ingressantes ao mercado de crédito, e que hoje estão fora desse mercado, não por alguma eventual negativação, mas sim pela insuficiência de informação a seu respeito. São os ‘falsos negativos’, pois merecem receber o crédito, mas por falta de dados não são aprovados.”

Sob a ótica econômico-financeira, é possível justificar que não apenas o histórico de crédito do candidato ao empréstimo, mas também

outras informações são auxiliares para uma melhor definição do perfil da pessoa e, consequentemente, para possibilitar análise de risco mais precisa, evitando a inadimplência, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de taxa de juros menor.

O tratamento de informações sobre histórico de crédito dos consumidores é, sem dúvida, fator que permite e estimula a redução do *spread* bancário, com benefícios ao consumidor. Existem experiências exitosas.

Entretanto – e esta discussão não é nova –, para uma efetiva redução das taxas de juros ao consumidor, há necessidade paralela de medidas que promovam uma real concorrência entre os bancos. Não é facilmente compreensível que a permanente redução da taxa Selic nos últimos dois anos (principal custo dos bancos) não apresente qualquer mudança na taxa de juros que é cobrada do consumidor. Em que pese a realização de algumas medidas, como estímulo às *fintechs*, a regulamentação da portabilidade e o acordo BC-Cade (para análise de atos de concentração), é necessária atuação mais contundente do Banco Central.

Também, não há dúvidas de que o aumento do volume de crédito responsável é auspicioso para a economia e dinâmica do mercado. Apresenta benefícios ao consumidor, particularmente o de baixa renda que, em regra, não tem condições financeiras de adquirir bens essenciais (geladeira, fogão, eletrodomésticos, móveis) sem a obtenção de empréstimo.

Todavia, outros elementos devem ser considerados, pelo legislador e pelo intérprete, em qualquer discussão sobre a regulamentação e disciplina do mercado de tratamento de informações (positivas ou negativas) para o crédito: aspecto da privacidade relativa à proteção de dados do consumidor, particularmente após a edição da Lei.

No item seguinte, aborda-se justamente a tensão das atividades das entidades de proteção ao crédito em relação à privacidade no aspecto do direito à proteção de dados pessoais.

4. As entidades de proteção ao crédito e o direito à proteção de dados pessoais

No debate relativo à aprovação da Lei do Cadastro Positivo e de sua recente modificação promovida pela Lei 166/19, sempre esteve presente a tese de que o tratamento de informações de adimplemento histórico de crédito ofenderia o direito à proteção de dados pessoas (privacidade) e, em última análise, a própria concepção de dignidade da pessoa humana.

Tal argumento não prospera. Na verdade, as atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, ao mesmo tempo que tensionam aspectos da dignidade da pessoa humana (privacidade e honra), promovem a obtenção de crédito para aquisição de bens e produtos diversos, contribuindo, em consequência, para o bem-estar material e uma vida melhor do consumidor. Ademais, o tratamento de informações positivas, particularmente de históricos de créditos, enseja – ao menos em tese – taxas de juros menores na concessão de empréstimos, facilitando o acesso a meios materiais para uma vida digna.

Nesse debate, é preciso pontuar que bens materiais são necessários para viver com dignidade, ou seja, ao lado de autonomia, liberdade, respeito à integridade física, projetos espirituais e intelectuais, é fundamental assegurar um mínimo existencial ou seja de “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna” (BARCELLOS, 2008, p. 229-230).

Os arquivos de consumo, em sociedade massificada e anônima, possibilitam a concessão de crédito e, com o tratamento de informações positivas, a obtenção de taxas de juros menores. Para as populações de baixa renda, traduz-se no efetivo acesso a bens e serviços.

Outro aspecto da dignidade da pessoa humana que ganha importância na análise do tratamento de informações positivas relaciona-se à autodeterminação consciente e responsável da própria vida, o que significa, dentro da liberdade possível em ambiente de convívio com outras pessoas, definir rumos individuais, saber o que é melhor para si próprio, como alcançar a felicidade pessoal (SARLET, 2007, p. 45-46).

A proteção conferida pelos direitos da personalidade deve sempre ser vista no sentido de promoção da pessoa e não de imposição de padrões do que pode ser considerado *melhor* ou mais *adequado*. Afinal, “num Estado não paternalista, como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional” (NOVAIS, 2006, p. 286-287). Em outros termos, a autonomia, a possibilidade de escolhas do indivíduo em busca da felicidade integra o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, o direito à proteção de dados pessoais deve ser concebido como a *possibilidade* de limitar algumas informações pessoais e não o *dever* de manter estes dados sob restrição.

A Nova Lei do Cadastro Positivo se estrutura a partir dessa ideia. A vontade e liberdade do consumidor estão preservadas, na medida em que se permite, a qualquer tempo, mesmo antes do início do tratamento informações relativas a histórico de crédito, optar por não integrar o cadastro positivo.

Antes da modificação da lei, o início do tratamento de informações positivas exigia a “autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado” (art. 4º revogado). Atualmente, todos estão incluídos “no cadastro positivo”, até manifestação de vontade em sentido contrário (cancelamento), a qual, reitere-se, pode ser apresentada antes mesmo do início do tratamento de dados. Ambas as opções são legítimas e constitucionalmente válidas.

5. Mudança para o modelo *opt out*

A existência do cadastro positivo significa a possibilidade de as fontes (credores) oferecerem informações periódicas sobre pagamento das parcelas da dívida do consumidor para vários gestores de bancos de dados.

Passados mais de sete anos de vigência da versão original da Lei do Cadastro Positivo, constatou-se que poucos consumidores aderiram ao referido cadastro. A principal alteração promovida pela Lei Complementar 166/19, como já adiantado, é a inclusão automática de todos consumidores no cadastro positivo. Até manifestação em sentido contrário

(cancelamento), as informações de histórico de crédito serão enviadas periodicamente às entidades de proteção ao crédito (gestores).

O art. 4º da Lei 12.414/2011 – que previa o consentimento informado do consumidor para ingressar no cadastro positivo – foi totalmente alterado. Na redação antiga, cabia ao consumidor decidir, de modo livre e racional, sobre a formação cadastral do seu histórico de crédito (*modelo opt in*). A atual redação do art. 4º autoriza o gestor a tratar informações de adimplemento do consumidor independente de qualquer manifestação prévia do consumidor (*modelo opt in*).

A nova redação do dispositivo está em consonância com a LGPD (Lei 13.709/2018), cujo artigo 7º II e X. O inciso II dispõe que o tratamento de dados pode ser realizado “para o cumprimento de obrigação legal”. O inciso X remete o tratamento de dados para proteção ao crédito à legislação específica que é justamente a Nova Lei do Cadastro Positivo, ou regulatória pelo controlador”. O legislador, com a nova redação, não deixa de prestigiar o direito à privacidade e proteção de dados e, particularmente, a vontade do consumidor.

Destaque-se que a autonomia do consumidor permanece prestigiada. Se o titular de dados não desejar a abertura do cadastro positivo, basta manifestar sua vontade assim que for comunicado (art. 4º, § 4º). Realizada a abertura do cadastro, deve o gestor, no prazo de 30 dias, comunicar ao consumidor a referida abertura. Na mesma comunicação, o titular dos dados deve ser informado “de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados” (art. 4º, § 4º, III). Esclarece a lei que a comunicação deve ser “sem custo” e que pode ser realizada diretamente pelo gestor ou por intermédio de determinada fonte (credor).⁴

⁴ A comunicação de abertura de cadastro positivo é única e, feita por um banco de dados (gestor), tem validade para todos. O § 5º do art. 4º, dispensa expressamente a comunicação “caso o cadastrado já tenha cadastro aberto em outro banco de dados.” Em relação à forma, a comunicação pode ser encaminhada por carta para o endereço residencial ou comercial. Admite-se também que seja enviada para o endereço eletrônico, com base em informações oferecidas pelo consumidor à fonte (art. 4º, § 4º).

Além de prestigiar a vontade do consumidor – em permanecer ou não no cadastro – a Nova Lei do Cadastro Positivo e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) estabelecem uma série de direitos e mecanismos de controle do adequado e legítimo tratamento de dados.

A atual redação do art. 4º, ao dispor que o gestor (entidade de proteção ao crédito) está autorizado, atendidas determinadas condições, “abrir cadastro em banco de dados com informações de inadimplemento de pessoas naturais e jurídicas”, fez opção – juridicamente – válida. O direito à privacidade, além de não ser direito absoluto, é disponível. Não há dúvida de que a opção do legislador é compatível com a Constituição Federal (art. 5º, X).

Com a Nova Lei do Cadastro Positivo, muda-se a perspectiva. Sai do modelo *opt in* para o *opt out*. Ambas as opções são legítimas e constitucionalmente válidas. Ambas prestigiam a autonomia do consumidor. Diante da promessa de redução de taxas de juros e consequentes benefícios materiais, cabe ao consumidor a escolha em integrar ou não o cadastro positivo. Tanto no modelo antigo como no atual, não se sustenta argumento de ofensa à privacidade na perspectiva de proteção de dados pessoais.

6. A pontuação de crédito (*credit scoring*) na Nova Lei do Cadastro Positivo

Até a edição da Lei Complementar 166/19, a única referência normativa ao sistema de pontuação de crédito estava no inc. IV do art. 5º (ainda em vigor). O dispositivo estabelece que o consumidor possui direito de “conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco”. A Nova Lei do Cadastro Positivo apresenta, no art. 7º-A, disciplina mínima para a pontuação de crédito. Antes de comentar o dispositivo, é importante compreender o referido sistema, também conhecido como *credit scoring*.

O objetivo dos bancos de dados de proteção ao crédito é oferecer informações úteis para análise de risco de concessão de crédito. A análise de risco é realizada pelo conselente, ou seja, pelo fornecedor que pretende conceder o crédito ao consumidor. Todavia, com o passar do tempo, as empresas e entidades do setor passaram a oferecer serviço que realiza

avaliações quanto ao risco de determinada concessão de crédito. Por meio de pontuação (1 a 1.000) ou classificação, do tipo situação normal, risco de atraso, risco de perda, o banco de dados (gestor) emite opinião sobre os riscos de um negócio específico.

A Serasa, por exemplo, informa, em seu sítio na internet, que “o score de crédito é o resultado dos hábitos de pagamento e relacionamento do cidadão com o mercado de crédito” e que, desde abril de 2019, “todos os brasileiros já podem conhecer gratuitamente seu Serasa Score, pontuação que resulta do relacionamento do consumidor com o mercado. O score está disponível na internet e vai de 0 a 1.000 pontos. Cada usuário é pontuado de acordo com a análise de uma série de fatores, como: pagamentos de contas em dia, histórico de dívidas negativadas, relacionamento financeiro com empresa, dados cadastrais atualizados.”⁵

A preocupação em torno da pontuação recebida pelo consumidor é óbvia porque afeta diretamente sua legítima pretensão de obter crédito no mercado de consumo. Pode afetar, também, o limite disponível, bem como a taxa de juros que será cobrada. Como se trata de avaliação com evidentes impactos materiais, é fundamental a transparência nos critérios utilizados para que se possa, inclusive, questionar a nota.

Antes da promulgação da Nova Lei do Cadastro Positivo, houve importante julgamento do Superior Tribunal de Justiça que, com base no CDC e na Lei 12.404, reconheceu a legalidade do sistema de pontuação ao mesmo tempo em que se estabeleceram alguns parâmetros. Ao final do debate, editou-se Sumula 550 que possui o seguinte teor: “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo”⁶

⁵ Disponível em: [www.serasaconsumidor.com.br/ensina/aumentar -score]. Acesso em: ago. 2019.

⁶ O debate (Tema 710), se deu, inicialmente, a partir do Recurso Especial 1.457.199/RS,17, julgado como repetitivo. A ementa da decisão possui a o seguinte teor: “RECURSO ESPECIAL REPRESERATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543 -C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA ‘CREDIT SCORING’. COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO

MORAL. I – TESES: 1) O sistema ‘credit scoring’ é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema ‘credit scoring’, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor foi – de modo inovador – precedido de ampla discussão em audiência pública, a qual foi bastante útil para compreensão do sistema. II – CASO CONCRETO: A) Recurso especial do CDL: 1) Violação ao art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Aplicação analógica do óbice da Súmula 284/STF. 2) Seguindo o recurso o rito do art. 543 -C do CPC, a ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos ‘erga omnes’) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida nos recursos especiais representativos de controvérsia, atingindo todos os processos em que se discuta a mesma questão de direito em todo o território nacional. 3) Parcial provimento do recurso especial do CDL para declarar que ‘o sistema “credit scoring” é um método de avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)’ e para afastar a necessidade de consentimento prévio do consumidor consultado. B) Recursos especiais dos consumidores interessados: 1) Inviabilidade de imediata extinção das ações individuais englobadas pela presente macro -lide (art. 104 do CDC), devendo permanecer suspensas até o trânsito em julgado da presente ação coletiva de consumo, quando serão tomadas as providências previstas no art. 543 -C do CPC (Recurso Especial n. 1.110.549 -RS). 2) Necessidade de demonstração de uma indevida recusa de crédito para a caracterização de dano moral, salvo as hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011). 3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas para afastar a determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão. III – RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS” (REsp 1.457.199/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12.11.2014, DJe 17.12.2014).

Muitas questões fáticas e jurídicas se apresentaram para o Superior Tribunal de Justiça no referido precedente: 1) Trata-se de um novo banco de dados? 2) É legal a existência do referido serviço? 3) Quais informações são utilizadas para pontuar o consumidor? 4) É necessário o consentimento prévio do consumidor para utilização do sistema? 5) O consumidor pode ter acesso a tais informações e questionar a nota que lhe foi atribuída? 6) O método ofende a privacidade do consumidor? 7) A coleta ilegal de informações utilizadas para o sistema macula sua utilização?

A Corte respondeu adequadamente as principais perguntas (legalidade do sistema e necessidade de transparéncia).⁷ Todavia, alguns questionamentos permanecem em aberto e são agora enfrentados pela Nova Lei de Cadastro Positivo (art. 7º-A).

O Tribunal, além de conceituar, com acerto, que se trata de método de análise de crédito – e não um banco de dados –, destacou a legalidade do serviço desde que observados os parâmetros normativos. Todavia – até pela limitação inerente ao julgamento do recurso especial –

⁷ Destaque-se importante passagem do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do recurso especial: “No caso específico do ‘credit scoring’, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011. O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos, devendo-se apenas ressalvar dois aspectos: De um lado, a metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito (‘credit scoring’) constitui segredo da atividade empresarial, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas (art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011: [...] ‘resguardado o segredo empresarial’). De outro lado, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico. Com isso, não se aplica a exigência de obtenção de consentimento prévio e expresso do consumidor consultado (art. 4º). Isso não libera, porém, o cumprimento dos demais deveres estabelecidos pelo CDC e pela lei do cadastro positivo, inclusive a indicação das fontes dos dados considerados na avaliação estatística, como, aliás, está expresso no art. 5º, IV, da própria Lei nº 12.414/2011”.

a definição de todos os pressupostos jurídicos para legitimar o funcionamento do sistema não foi enfrentada.

Afinal, quais informações podem ser consideradas na pontuação de crédito do consumidor?

O art. 7º-A proíbe expressamente que algumas informações do consumidor sejam utilizadas para compor sua nota de crédito (*credit scoring*). No inciso I, na primeira parte, são proibidas “informações que não estiverem vinculadas à análise de crédito.” Aqui há reforço e destaque ao princípio da finalidade (art. 7º e art. 6º, I, da LGPD⁸). Na sequência, proíbe-se o tratamento de dados sensíveis para fins de pontuação. Não podem ser consideradas informações relativas à “origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”

O inciso II, por seu turno, proíbe que, na composição da nota, sejam consideradas informações de pessoas “que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica”. A *contrario sensu*, permite-se que informações financeiras sobre parentes de primeiro grau (pais e filhos) e de pessoas que dependem economicamente do consumidor sejam consideradas. A limitação é razoável. Em tese, quanto maior o número de informações melhor é a avaliação de crédito (*more is better*).

Todavia, a lei pode legitimamente estabelecer tais limites, até porque se trata de informações da situação financeira de terceiro e não do consumidor. No caso, mostra-se razoável, para atribuir pontuação de risco de crédito, possuir alguns elementos concernentes à situação financeira de pessoas que, pela proximidade parental ou econômica, podem afetar as despesas mensais do consumidor.

O inciso III, por fim, estabelece regra salutar. Não se deve considerar na nota de crédito eventual exercício de direito do consumidor

⁸ “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;”

em relação ao acesso de informações sobre ele existentes nas bases de dados dos gestores de crédito (art. 5º, II)

6.1 Política de coleta e utilização de dados pessoais:

Outro ponto que não foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça diz respeito à coleta de dados que servem para compor a nota de crédito. Merece elogios o § 1º do art. 7º-A que exige da entidade de proteção ao crédito (gestor) que disponibilize “em seu sítio eletrônico, de forma clara, acessível e de fácil compreensão, a sua política de coleta e utilização de dados pessoais para fins de elaboração de análise de risco de crédito”.

Várias e diferentes informações são consideradas pelos arquivos de proteção ao crédito para pontuar o consumidor. Na verdade, existe um verdadeiro mistério de como e quais informações coletadas do consumidor são utilizadas pelas entidades de proteção ao crédito na pontuação do consumidor. Além das tradicionais informações negativas – dívidas vencidas e não pagas – as entidades consideram o histórico de pagamento, entre tantas outras. Em tese, é possível que elas sejam obtidas nas mais diversas fontes, como nos órgãos públicos e, até mesmo, em redes sociais.

A coleta das informações, todavia, deve ser legítima, sob pena de macular a nota atribuída ao consumidor. Em outros termos, deve observar os pressupostos indicados pela LGPD, entre os quais cabe destacar o princípio da boa-fé objetiva, finalidade, adequação e necessidade.⁹ Ademais, “o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização” (art. 7º § 3º, da LGPD).

⁹ “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;”

Um dos grandes desafios da implementação da Nova Lei do Cadastro Positivo será conciliar o segredo empresarial com a necessidade de transparência ao consumidor sobre os critérios utilizados para pontuação do titular de dados. A política, exigida pelo dispositivo, deve indicar as informações e como são coletadas, além de elementos que são considerados para compor a nota do consumidor.

É direito do consumidor saber quais comportamentos e dados pessoais elevam ou reduzem sua pontuação. A salutar necessidade de transparência, exigida pelo art. 7º-A, deve, como consequência natural, sugerir atos e condutas financeiramente saudáveis que, ao final, elevam a pontuação do consumidor, ensejam a obtenção de taxa de juros mais reduzida. O consumidor deve ser informado sobre em que medida seu histórico de crédito (cadastro positivo) pode afetar a sua nota. Tal informação, entre tantas outras, é importante para decidir por se manter ou se retirar do referido cadastro.

Por fim, o § 2º do art. 7º-A dispõe que “a transparência da política de coleta e utilização de dados pessoais de que trata o § 1º deste artigo deve ser objeto de verificação, na forma de regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo”.

A lei não se contentou em limitar as informações para composição da nota de crédito e exigir política do uso de dados. Foi além para estabelecer a necessidade de verificação (fiscalização) da transparência da política. Na verdade, deve o órgão fiscalizador verificar mais do que a transparência da política de tratamento de dados para o *credit scoring*. Deve, por óbvio, averiguar o cumprimento das normas jurídicas brasileiras que disciplinam o tratamento de dados pessoais, particularmente a observância da própria Lei do Cadastro Positivo em diálogo com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Cabe observar que não está excluída a possibilidade de fiscalização antes do ato regulamentar referido pelo dispositivo. O art. 17 da Nova Lei do Cadastro Positivo institui sistema de controle e fiscalização do tratamento de dados do consumidor pelos órgãos públicos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, particularmente na área de proteção ao crédito (BEssa, 2019, p. 139-142). O regulamento deve, ao

final, apenas auxiliar na verificação de cumprimento da lei e da política de tratamento de dados divulgada pelo gestor.¹⁰

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro Positivo:* comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar 166/2019 e de acordo com a LGPD. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JAPPELLI, Túlio; PAGANO, Marco. *Information sharing in credit markets: a survey.* Working paper, Universidade de Salerno, Itália, n. 36, mar. 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais.* In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976.* Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STÜRMER, Bertram Antônio. Banco de dados e habeas data no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 59, mar. 1992.

¹⁰ O Decreto 9.936, de 24 de julho de 2019, que regulamenta a Nova Lei do Cadastro Positivo, não trouxe disciplina mais minuciosa relativa ao disposto no art. 7º-A. Em seu art. 5º apenas estabelece que “Os bancos de dados apresentarão, para fins de composição do histórico de crédito, informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para a avaliação da situação econômico-financeira do cadastrado e da composição de sua nota de crédito.” (grifou-se)

CONDUTAS E PRÁTICAS CONTRA O CONSUMIDOR MUITO ALÉM DAS PRATELEIRAS, VITRINES E BALCÕES

Marilena Lazzarini e Teresa Liporace

O Código de Defesa do Consumidor não é um instrumento de revolução social; é, antes de tudo, um caminho para a modernização do capitalismo brasileiro. Sua ratio é a busca de compatibilização entre os interesses dos consumidores e dos fornecedores, sempre com os olhos voltados para o fortalecimento da livre iniciativa. Aliás, a defesa do consumidor, nos termos da Constituição de 1988 (art. 170, inciso V), é um dos princípios formadores da economia de mercado.

Cada aplicação do Código será, então, uma oportunidade de purificação, mais que de ruptura, das relações entre consumidores e fornecedores. O saneamento do mercado é o seu destino: da cura do problema específico do consumidor, chega-se à cura do mercado. (BENJAMIN, 2001)

No Brasil, a aferição das condutas e práticas contra o consumidor tem sido feita principalmente por meio dos *rankings* de reclamações publicados pelos órgãos públicos (PROCONS), pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e por associações de consumidores. Segundo dados do Consumidor em Números (SENACON, 2019), publicação que reúne informações do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) e da plataforma online consumidor.gov.br, os segmentos de telecomunicações e serviços financeiros responderam por mais de 50% de todas as reclamações registradas em ambos os sistemas em 2018. Ano após ano, esses dois setores se mantêm nas primeiras posições do *ranking*.

Via de regra, o consumidor apresenta uma reclamação ao PROCON quando não obteve sucesso na resolução do seu problema diretamente junto ao fornecedor, como preconiza o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Intuitivamente pode-se concluir que, caso houvesse um indicador de avaliação sobre a implementação do CDC pelo segmento

empresarial como um todo, o resultado seria insatisfatório, após quase três décadas da sua promulgação.

Um segundo elemento de aferição é fornecido pelo elevado número de processos judiciais, em ações propostas por consumidores, quando não há solução satisfatória pelos meios administrativos. O Judiciário brasileiro está abarrotado de processos de consumidores e, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (2019) e da Associação Brasileira de Jurimetria (2018), os assuntos que mais foram demandados em 2017 são contratos de consumo/bancários e responsabilidade do fornecedor, com pedidos de indenização de danos materiais e morais.

Em ambos os casos, há uma incidência significativa de reclamações relativas a problemas idênticos, ou seja, referem-se a condutas e práticas lesivas que são praticadas em âmbito coletivo, afetando, mesmo que potencialmente, não apenas aqueles consumidores que se mobilizaram para reclamar, mas todos os que adquiriram ou contrataram aquele determinado produto ou serviço. E significativa parcela desses problemas está sob a tutela de agências reguladoras, evidenciando-se falhas na efetividade desses órgãos.

Outra observação pertinente refere-se aos elementos que levam o consumidor a reclamar. De modo geral, percebe-se que essa decisão está diretamente relacionada ao valor do produto ou serviço adquirido ou contratado, como a aplicação de índice abusivo no reajuste de um plano de saúde, ou relacionada a uma situação emergencial, como a negativa de cobertura de um determinado tratamento pelo plano de saúde. Problemas com produtos ou serviços cujo impacto ocorre no médio ou longo prazo, por exemplo, efeitos à saúde, usualmente têm incidência muito baixa nos *rankings* de reclamação, assim como aqueles que têm impacto econômico reduzido, diluído em prestações, ainda que possa significar um valor significativo no médio e longo prazo.

Observa-se ainda que aqueles consumidores que persistem na busca de solução para seus conflitos de consumo, usualmente tem que lutar muito, precisando eventualmente enfrentar a demora do recurso ao Judiciário. Ou seja, o processo de cura – mencionado pelo Ministro Herman Benjamin – é sofrido, muitos desistem antes do final. São sábias as palavras do Ministro Benjamin: a defesa do consumidor, nos termos da Constituição de 1988 (art. 170, inciso V), é um dos princípios formadores

da economia de mercado e, se a *ratio* do Código é compatibilizar os interesses dos consumidores e fornecedores, fortalecendo a livre iniciativa, devemos reconhecer que estamos longe de um modelo de capitalismo moderno.

A vulnerabilidade do consumidor, primeiro princípio e conceito fundamental do CDC, que afirma que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, é patente. É certo que a efetivação dos direitos reconhecidos pelo Código avançou nestas quase três décadas de sua vigência, graças à persistência dos consumidores, ao apoio das entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e da mídia. Mas é certo que ainda há muito a ser feito, que estamos “derrapando” para que a efetivação dos direitos seja satisfatória.

A resistência de representantes do setor privado contra a consolidação de direitos dos consumidores no País já se iniciou durante as discussões no Congresso Nacional (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010). O Código, lei de interesse público reconhecida internacionalmente, foi aprovado graças à dedicação de juristas renomados e ao apoio da sociedade. Mas a forte pressão exercida por representantes do setor produtivo sobre os parlamentares e agentes do Poder Executivo impediu que institutos jurídicos valiosos para o consumidor fossem introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro. Os autores do anteprojeto do Código registraram 42 vetos ao projeto original, alguns oriundos de *lobbies* que não conseguiram sensibilizar a Comissão Mista instituída para analisá-lo e que, mesmo vencidos nas audiências públicas, voltaram à carga na instância governamental (GRINOVER *et al*, 2017, pgs. 2 e 3).

Já em vigor, o próprio CDC foi alvo de ataque judicial por parte das instituições financeiras. Em 2002, por exemplo, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) promoveu perante o Supremo Tribunal Federal (STF) uma ação direta de constitucionalidade (ADI) questionando a utilização do CDC nas relações entre bancos e consumidores (ADI 2591). Na época, muitos consumidores já vinham obtendo respostas favoráveis do Judiciário na defesa dos seus direitos contra abusos contratuais dos bancos. Essas vitórias passaram a ser vistas como ameaças aos negócios pelas instituições financeiras. O STF consolidou, no julgamento dessa ADI, o entendimento que as instituições financeiras estão submetidas às normas de defesa do consumidor.

Na análise sobre as más condutas e piores práticas contra o consumidor, pretende-se trazer para o debate aquelas práticas que não se fazem presentes nos balcões dos estabelecimentos comerciais ou no momento da assinatura de um contrato. Elas acontecem ativamente nos corredores do Parlamento e palácios de Brasília, locais muito distantes das lojas, supermercados, vitrines e agências bancárias. E são praticamente invisíveis para o cidadão comum, mas influenciam decisões referentes a políticas públicas, que afetam nossas vidas.

1. A interferência de agentes do mercado na efetivação de direitos do consumidor

O conceito de Conflito de Interesses (CDI) vem sendo amplamente problematizado na literatura internacional com diferentes terminologias para o mesmo fenômeno: interferência da indústria, táticas da indústria, ação corporativa, atividade política corporativa, dentre outras. O CDI é definido como a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que pode comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. Há uma variedade de artigos científicos e documentos publicados por organismos internacionais que abordam a ação de grupos de interesse contra a implantação de medidas regulatórias e políticas públicas, sobretudo das indústrias de tabaco, alimentos, bebidas e seus aliados. Conhecer esses mecanismos e as práticas adotadas pelas corporações e seus representantes, já mapeados por pesquisadores de diversas partes do mundo, é muito importante para a compreensão das dinâmicas que ocorrem em torno dos processos de tomada de decisão em políticas públicas e na regulação dos mercados, e que muitas vezes resultam no benefício de interesses privados em detrimento do interesse público na promoção da saúde, do bem-estar e do acesso a direitos básicos.

A experiência do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) no monitoramento de setores que têm grande impacto para o consumidor brasileiro mostra o quanto é importante revelar e expor essas práticas e questionar processos que sofreram influências perversas da indústria de alimentos, das operadoras de planos de saúde, das instituições financeiras, dentre outras, denunciando-as em âmbito administrativo e

judiciário e tornando públicas as manobras que ameaçam o direito do consumidor e minam oportunidades para o amadurecimento e o equilíbrio do mercado de consumo. Em geral, as mesmas práticas estão presentes em diferentes setores e seguem uma mesma lógica: manobras para sequestrar o processo político e legislativo; exageros sobre a importância econômica da indústria, impactos no número de empregos e riscos de desinvestimentos; manipulação da opinião pública para obter a aparência de respeitabilidade; construção de apoio por meio de grupos de fachada; descrédito da ciência embasada e comprovada, bem como tentativa de macular a imagem de pesquisadores independentes; e intimidação de governos com litígios ou a ameaça de litígio (WHO, 2012).

Neste texto pretende-se explorar a influência sobre políticas públicas exercida por entidades representantes de fornecedores, por meio de condutas praticadas por grandes grupos econômicos ou entidades empresariais nos bastidores da política. Essas condutas, invisíveis para os cidadãos comuns, resultam em retrocessos e/ou impedem a efetivação de direitos conquistados e são, sem sombra de dúvida, as mais lesivas aos cidadãos consumidores. Serão analisadas algumas modalidades de CDI, *lobby* e influência política de entidades representantes da indústria de alimentos, que vem impedindo avanços em políticas públicas de interesse do consumidor. Essa análise decorre, em grande parte, da experiência acumulada pelo Idec - organização civil sem fins lucrativos - em seus 32 anos de existência e trabalho nessa temática. Relaciona-se, em especial, à campanha mais recente empreendida para aperfeiçoar a rotulagem nutricional dos alimentos ultraprocessados.

2. Revisão da informação ao consumidor nos rótulos de alimentos processados e ultraprocessados¹

É direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de

¹Alimentos processados são fabricados pela indústria com a adição de sal ou açúcar ou outra substância de uso culinário a alimentos *in natura* para torná-los duráveis e mais agradáveis ao paladar. São produtos derivados diretamente de alimentos e são reconhecidos como versões dos alimentos originais. São usualmente consumidos como parte ou acompanhamento de preparações

quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (CDC, art 6º, inc III). No caso dos alimentos, obviamente esse dispositivo inclui as informações nutricionais. Na grande maioria dos rótulos de alimentos processados e ultraprocessados, contudo, enquanto é utilizado significativo espaço da embalagem para a publicidade e promoção do produto, há pouco espaço e destaque para as informações nutricionais, que ficam escondidas na parte de trás da embalagem. Sua apresentação não é clara e adequada, como exige o Código, tornando difícil a compreensão do consumidor. Falta informação clara sobre a quantidade de açúcar presente nos alimentos e não há padronização para a tabela nutricional que informa os nutrientes contidos em cada alimento, que atualmente é feita por porção.

Diante do atual cenário de transição epidemiológica e nutricional no Brasil, a revisão das normas de rotulagem nutricional, para facilitar a compreensão do consumidor sobre a composição dos alimentos e os riscos à saúde que o consumo inadequado pode acarretar, é premente. É alarmante o quadro das doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), como as doenças cardiovasculares e o diabetes, e os fatores de risco relacionados à alimentação não saudável, como o excesso de peso e a hipertensão, estão entre as principais causas de mortalidade e morbidade no Brasil (GBD, 2018). Junto com outras estratégias, a rotulagem nutricional adequada é uma das medidas necessárias no combate ao excesso de peso e às DCNT, ao informar o consumidor sobre a presença de nutrientes potencialmente nocivos e assim facilitar escolhas alimentares mais saudáveis (OMS, 2014).

culinárias feitas com base em alimentos minimamente processados. Alimentos ultraprocessados são formulações industriais feitas inteiramente ou majoritariamente de substâncias extraídas de alimentos (óleos, gorduras, açúcar, amido, proteínas), derivadas de constituintes de alimentos (gorduras hidrogenadas, amido modificado) ou sintetizadas em laboratório com base em matérias orgânicas como petróleo e carvão (corantes, aromatizantes, realçadores de sabor e vários tipos de aditivos usados para dotar os produtos de propriedades sensoriais atraentes). Técnicas de manufatura incluem extrusão, moldagem, e pré-processamento por fritura ou cozimento. (BRASIL, 2014).

Atualmente, essa informação está regulamentada pelas Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) 360/03 e 359/03 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e impõe a declaração das quantidades por porção e a porcentagem do valor diário do valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans, fibras alimentares e sódio, bem como o estabelecimento de medidas caseiras e porções. Mas há consenso que as resoluções estão ultrapassadas e devem ser revistas.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2014) reconhece que a rotulagem nutricional é uma ferramenta útil para orientar os consumidores nas melhores escolhas alimentares. A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS, 2015) preconiza a rotulagem adequada de alimentos e bebidas como mudança ambiental para a redução do excesso de peso e melhoria do consumo alimentar e defende a regulação da publicidade de alimentos ultraprocessados direcionada a crianças e adolescentes, inclusive aquelas apresentadas nas embalagens.

Em 2014, a Anvisa criou um grupo de trabalho (GT) para auxiliar na elaboração de propostas regulatórias relacionadas à revisão da rotulagem nutricional, constituído por representantes do governo, da sociedade civil, pesquisadores e do setor produtivo. Pelos mesmos motivos, outros países também se mobilizaram para melhorar a informação para o consumidor. Em 2016, no Chile, os alimentos passaram a exibir, na parte frontal das suas embalagens, advertências que indicam alto teor de açúcar, sódio, gorduras saturadas e calorias, e no ano seguinte uma pesquisa indicou que 37% dos consumidores já haviam modificado suas escolhas alimentares a partir da informação clara e adequada (MINSAL, 2017). Esse modelo está se disseminando, sendo que Israel, Uruguai e Peru já aprovaram essa mudança e estão em fase implementação de modelos semelhantes ao chileno, e o Canadá já selecionou o modelo de advertência para a rotulagem frontal, a ser especificado ao final do processo regulatório.

No Brasil, no final de 2016, os membros do GT da Anvisa foram convidados a apresentar propostas para a revisão das normas de rotulagem nutricional brasileiras. A Associação Brasileira da Indústria de Alimentos (ABIA), a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN), a Fundação Ezequiel Dias (FUNED) de Minas Gerais (MG) e

o Idec, em parceria com *designers* da informação da Universidade Federal do Paraná (UFPR), apresentaram propostas. A proposta do Idec/UFPR incluiu mudanças na informação da tabela nutricional: a inclusão da informação sobre a quantidade de açúcar e a padronização da informação nutricional por 100g do produto. A adoção de um modelo de rotulagem frontal foi incluído em todas as propostas, tendo havido divergências: a ABIA recomendou o modelo de semáforo nutricional enquanto as demais propostas, alinhadas com os interesses da saúde pública, apresentaram o modelo de advertências.

A premissa básica do modelo de rotulagem frontal de advertências atende exatamente os preceitos do CDC, de oferecer informações adequadas e claras ao consumidor, facilitando a identificação dos produtos com perfil de nutrientes inadequado - sódio, açúcar e/ou gorduras -, e de propiciar escolhas alimentares mais saudáveis. Estudo realizado com a população brasileira comprovou que o uso da advertência em formato de triângulo (modelo proposto pelo Idec/UFPR) é a melhor opção para atender aos objetivos regulatórios e proteger a saúde da população quando comparado com o modelo do semáforo nutricional (KHANDPUR *et al*, 2018).

Em novembro de 2017, as propostas apresentadas e as evidências científicas foram debatidas publicamente em um Painel Técnico sobre Rotulagem Nutricional Frontal organizado pela Anvisa. Com base em todas as discussões realizadas, nas evidências científicas apresentadas e em modelos de rotulagem nutricional desenvolvidos e adotados em outros países, a Anvisa elaborou um Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório (AIR) de Rotulagem Nutricional de Alimentos, publicado em maio de 2018 e submetido à consulta da sociedade, pelo processo de Tomada Pública de Subsídios (TPS). No relatório, a Anvisa avaliou toda a literatura científica disponível, os impactos econômicos, aspectos jurídicos e regulatórios sobre o tema e concluiu que o modelo de rotulagem frontal de advertências é o mais apropriado para fornecer informações nutricionais (BRASIL, 2018).

3. Práticas de interferência adotadas pela indústria de alimentos

A atividade de acompanhamento e participação na formulação de políticas públicas por uma organização de consumidores exige de seus profissionais um conjunto de competências, não apenas o conhecimento técnico e científico sobre o tema envolvido em cada política. Identificar e estar preparado para atuar face às várias estratégias e táticas usadas pelos representantes do setor produtivo é uma delas. Como mencionado anteriormente, entre os vários estudos que tratam dessa matéria, o de Mialon, Julia e Hercberg (2018) apresenta a taxonomia das condutas adotadas pela indústria de alimentos para influenciar políticas públicas a seu favor, com a descrição de 29 mecanismos, agrupados em 15 tipos de práticas as quais, por sua vez, estão compiladas em quatro grupos de estratégias: gestão de coalizões, gestão da informação, envolvimento direto e influência na política, além de ações legais. O Quadro 1, em anexo, é uma tradução desse trabalho.

Neste tópico, vamos apresentar alguns exemplos dessas estratégias, práticas e mecanismos adotados pela indústria de alimentos no Brasil, com o objetivo de impedir o avanço no direito do consumidor à informação sobre os alimentos processados e ultraprocessados.

Iniciando pela estratégia do uso de ação legal (ou a sua ameaça) contra políticas públicas ou oponentes, imediatamente após a divulgação do relatório de AIR pela Anvisa, a ABIA reagiu e obteve na Justiça Federal a aprovação da extensão do prazo da TPS por mais 15 dias, totalizando 60 dias. Alegando a falta de tempo para apresentar estudos e não ser ouvida pela Anvisa, a medida judicial representou uma clara estratégia para protelar o andamento do processo e adiar uma medida que, uma vez implementada, traria benefícios à saúde do consumidor. Mais que isso, sinalizou que fará uso de todas as estratégias para impedir o avanço no direito do consumidor à informação, em claro desrespeito ao processo regulatório legitimamente conduzido pela Anvisa.

Essa não foi a primeira vez que o setor produtivo adotou essa estratégia. Publicação do Idec de 2014 ilustra essa mesma tática (Idéc, 2014), adotada pela indústria de alimentos à época da aprovação da RDC 24/2010. Essa regulamentação estabelecia regras e limites para a publicidade de alimentos não saudáveis dirigida ao público infantil, com

destaque para um mecanismo de advertências nas propagandas sobre os riscos causados pelo consumo excessivo dos produtos anunciados. Normas dessa natureza existem, há décadas, em vários países desenvolvidos. Aqui, após a aprovação da RDC 24/2010, que seguiu os padrões vigentes de boas práticas regulatórias, a norma sofreu um ataque da ABIA e de multinacionais do setor de alimentos. Conquistando apoio, por meios desconhecidos, de agentes da administração direta, no contexto de eleições presidenciais, e com uma organizada onda de ações judiciais, tais fornecedores conseguiram impedir que a norma entrasse em vigor (*Idem, ibidem*). A Anvisa recuou, notoriamente, diante de tamanha força econômica perante o Estado.

Ao atender as demandas do setor produtivo sem levar em conta a necessidade de preservação dos direitos do consumidor, o governante e agente político não apenas deixa de cumprir o interesse público, mas viola os fundamentos da Constituição Federal e atenta contra a democracia. Conforme dizem os autores do anteprojeto do CDC, *não se busca uma tutela manca do consumidor* (GRINOVER *et al*, 2017). O judiciário também não pode ser refém desses grandes violadores de direitos dos consumidores, que insistem em não respeitar tais direitos. Além disso, valores éticos e sociais devem ser respeitados pelos representantes de todos os Poderes, caso contrário, a saúde, a segurança, o bem-estar e os interesses econômicos dos consumidores, maior grupo na economia, estará sempre em risco.

Em relação à estratégia de *gestão da comunicação*, a autora do livro “Uma Verdade Indigesta”, Marion Nestle (2019), demonstra que pesquisas financiadas pela indústria invariavelmente favorecem os interesses comerciais do patrocinador. É comum surgirem estudos enviesados custeados por entidades dos setores econômicos que são apresentados em processos regulatórios com o objetivo de influenciar resultados a seu favor.

No âmbito científico, é comum o estabelecimento de relações com profissionais de saúde e universidades e a busca de envolvimentos na comunidade, orientando resultados controversos em pesquisas científicas e opostos ao que vem sendo afirmado pelos centros de produção de conhecimento mais consolidados, para estabelecer relações com os decisores políticos baseadas em falsas premissas ou diagnósticos alterados

da realidade (NESTLE, 2019), normalmente alarmando cenários catastróficos na economia, quando determinadas políticas em prol dos consumidores são planejadas.

Matéria publicada pelo jornal norte-americano *The New York Times*, em 2017, sob o título “Como a grande indústria viciou o Brasil em *junk food*”, apresenta várias evidências dessa interferência. A matéria traz a declaração de Mike Gibney, consultor da Nestlé e professor emérito de alimentação e saúde na *University College Dublin*, alegando que não há outra opção para as pessoas a não ser basear sua alimentação em produtos ultraprocessados, como os fabricados pela Nestlé: *Se eu pedisse para 100 famílias brasileiras pararem de consumir alimentos processados, teria que perguntar o que elas comerão? Quem as alimentará? Quanto isso vai custar?*. Essas perguntas representam muito bem as falsas premissas que tais empresas e os acadêmicos a sua disposição fazem chegar aos tomadores de decisão: que o Estado deve fazer nada contra os interesses dessa indústria, caso contrário, todos morrerão de fome.

Outro exemplo trazido pela referida matéria mostra a adoção do sistema de vendas “porta a porta” de bebidas e açucarados da empresa Nestlé, na periferia de Fortaleza, uma mudança mais ampla na estratégia comercial das indústrias alimentícias, para chegar aos rincões mais isolados da América Latina, África e Ásia, e compensar suas quedas nas vendas nos países mais ricos.

A matéria mostra ainda que o consequente aumento da obesidade foi admitido pelo chefe de pesquisa e desenvolvimento de alimentos da Nestlé, Sean Westcott, que o considerou *um efeito colateral inesperado* surgido depois que alimentos processados de baixo custo se tornaram mais acessíveis. *Não sabíamos qual seria o impacto*, disse ele.

Essa mesma reportagem inclui a citação do presidente da Coca-Cola, Ahmet Bozer, em 2014, para seus investidores: *Metade da população mundial não tomou uma Coca nos últimos 30 dias [...] há 600 milhões de adolescentes que não tomaram uma Coca na última semana. Então temos uma enorme oportunidade*. Tal afirmação, vinda do representante da maior fabricante de refrigerantes do mundo, produto cujo consumo excessivo está relacionado diretamente ao diabetes, à obesidade e a outras doenças crônicas, de acordo com evidências científicas (MALIK *et al.*, 2010), ignora por completo os efeitos de reduzir cada ser humano na

face da Terra a um consumidor de Coca-cola, contabilizando desde as crianças famintas até as obesas. Quem administra negócios sob essa premissa certamente passará por cima de qualquer interesse público para atingir seus objetivos, inclusive dos evidentes custos sociais.

Por meio de estratégias de comunicação, é enfatizada a prioridade da relevância econômica da indústria, ao mesmo tempo em que é delimitado o debate sobre as questões relacionadas à saúde pública e à nutrição, e moldada a base de evidências sobre essas questões, em que os interesses e as preocupações legítimas dos consumidores não estão incluídos.

As entidades empresariais e as grandes empresas deixam rastros de seus métodos de convencimento. Como resultado, são notórios, por exemplo, os benefícios e incentivos financeiros que recebem do Poder Público para ampliar seus ganhos, que não representam ganhos para a sociedade, muito pelo contrário. São uma verdadeira excrescência às políticas de benefícios fiscais concedidos a fabricantes de agrotóxicos e refrigerantes no Brasil.

Outra estratégia catalogada é a *atuação em coalizões* das entidades empresariais, o que é legítimo, desde que essa atuação não adote táticas que busquem fragmentar, desestabilizar ou se apropriar da opinião ou da voz dos consumidores, avocando para si a capacidade de falar em nome de seus clientes, ou até mesmo criando ou cooptando entidades (mediante patrocínios, por exemplo) de consumidores. Indústria não é instituição filantrópica, nem instituição de saúde, muito menos de defesa dos consumidores. Deve participar e contribuir nas discussões estritamente dentro do seu papel na sociedade. Não se pode permitir que as vozes do setor produtivo sejam ouvidas como se tivessem outro papel. Os interesses devem ser claros.

Em outubro de 2016, as organizações da sociedade civil e instituições científicas independentes de interesses empresariais se reuniram legitimamente para a defesa dos direitos do consumidor e da saúde na Aliança pela Alimentação Adequada e Saudável², para uma atuação conjunta no âmbito das discussões de políticas públicas pela

² <https://alimentacaosaudavel.org.br/>

alimentação saudável. O Idec é membro da Aliança, onde converge a defesa da causa dos consumidores com dezenas de outras organizações e institutos de pesquisa, levantando evidências científicas, produzindo conhecimento técnico e contribuindo para o debate em prol do direito humano à alimentação adequada e saudável.

As entidades representantes das indústrias de alimentos e bebidas ultraprocessados formaram, por sua vez, a “Rede Rotulagem”³, para incidir no processo regulatório da revisão das normas de rotulagem nutricional conduzido pela Anvisa. À primeira vista pode parecer que esse grupo se preocupa com os direitos do consumidor e defende a ampliação do seu direito à informação. Porém, essa não é a intenção real dessa rede. A criação de uma nova norma para os rótulos é uma demanda dos consumidores, que são enganados e induzidos a erros pelas alegações falsas ou fantasiosas nas embalagens de alimentos e bebidas, que têm como objetivo confundir ao apresentar atributos de qualidade incoerentes com sua composição nutricional⁴.

Diversas entidades integrantes da Rede Rotulagem, como a ABIA, já vinham participando das discussões na Anvisa desde 2014 sendo que, até o momento, não contribuíram para o debate relacionado à defesa da saúde pública ou do direito à informação do consumidor. É pública e notória sua oposição a qualquer mudança que possibilite informação clara e objetiva aos consumidores sobre o alto teor de nutrientes críticos como sódio, açúcar e gorduras, e sua insistência em defender a adoção de um modelo que vai na contramão desse propósito. Em maio de 2019, Flávio de Souza, vice-presidente da Nestlé, afirmou em um evento público que a empresa não vai aceitar mudanças no sistema de rotulagem frontal de alimentos baseadas em advertências (O ZOCCHIO, 2019). Assumindo para si o papel de dizer o que é melhor para a sociedade e o que deve fazer

³ <http://www.rederotulagem.com.br/>

⁴ Vários são os casos de grandes fabricantes penalizados por práticas enganosas nos rótulos de produtos, a exemplo dos noticiados em: <https://www.justica.gov.br/news/tang-multada-em-r-1-milhao-por-propaganda-enganosa>; e <http://www.asbran.org.br/noticias.php?dsid=1429>

o Estado regulador, sua posição demonstra não importar que o propósito da medida e o objetivo regulatório seja proteger a saúde da população.

A Rede Rotulagem, em outubro de 2018, passou a contar com o apoio público da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - PROTESTE⁵, seguindo prática internacional das entidades de fornecedores, de promover interações com organizações da sociedade civil a fim de camuflar seus interesses e posições. Publicamente, a PROTESTE, que inclusive recebe patrocínios de indústria de alimentos para seus eventos⁶, vem defendendo a proposta apresentada pela Rede Rotulagem, ou seja, das entidades representantes dos fornecedores. Aparentemente, para os integrantes da Rede Rotulagem, o que importa é transparecer que contam com o apoio dos consumidores:

O posicionamento da entidade, uma das mais conceituadas do País na área de defesa dos consumidores, mostra o crescimento do apoio social à proposta da Rede Rotulagem, que aposta na oferta de mais informações nutricionais e utiliza cores para facilitar sua compreensão. (REDE RODULAGEM, 2018)

A estratégia de *envolvimento direto para influenciar determinadas políticas públicas* inclui até o uso de *ameaças*, como é o caso da retórica sobre a possibilidade da redução do número de empregos gerados e dos tributos pagos ao governo, como consequência da queda nas vendas, caso uma regulação que contrarie os interesses da indústria venha a ser adotada. Em 25 de julho de 2018, a ABIA protocolou na Anvisa o relatório “Estudo de impactos socioeconômicos da implementação de modelos de rotulagem nutricional no painel frontal das embalagens de alimentos e bebidas”, amplamente divulgado na mídia, em que alega que *serão perdidos na economia como um todo quase R\$ 100 bilhões em produção, R\$ 1,9 bilhões em postos de trabalho, R\$ 14,4 bilhões em massa*

⁵<https://www.valor.com.br/patrocinado/rede-rotulagem/seminarios-valor/especialistas-defendem-rotulagem-de-alimentos-informativos>;

<http://www.vivalacteos.org.br/imprensa/newsletter-semanal-15-10-2018/>;

<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/leis-e-normas/industria-e-representantes-da-sociedade-discutem-modelo-de-rotulagem-nutricional/>

⁶ <http://portaldautopeca.com.br/proteste-discute-futuro-varejo-em-seminario/>

salarial e R\$ 8,9 bilhões em tributos na economia como um todo, além dos impactos nas exportações⁷.

Esses cenários futuros alarmantes passam a moldar o debate, em que por um lado são enfatizadas as características positivas da indústria, afastada a culpa dos empreendedores e de seus produtos, e por outro lado são atribuídos todos os danos e efeitos ruins às escolhas do consumidor, com foco na responsabilidade do indivíduo. Demonizam o “Estado babá”, concluem sempre que o melhor para o consumidor será o afastamento do Estado das relações de consumo e a livre atuação do mercado.

Esse debate ilustra também o quanto é comum o uso de narrativas que têm o propósito de desviar a atenção dos problemas centrais que devem nortear regulamentações e políticas públicas. Tais argumentos ignoram a premissa básica sobre a qual foram construídos os direitos dos consumidores: a intervenção do Estado para a proteção dos interesses dos consumidores é, além de interesse público primário, um dever constitucional fundamental expresso. E o desenvolvimento econômico no Brasil e o exercício da liberdade econômica somente são possíveis a partir da defesa do consumidor pelo Estado.

Ainda em relação à estratégia de *envolvimento direto para influenciar determinadas políticas públicas*, cabe mencionar a proximidade entre executivos de multinacionais de alimentos e bebidas com as mais altas autoridades do País. Recentemente, os cidadãos brasileiros ficaram escandalizados com os privilégios dos executivos da fabricante de alimentos JBS no relacionamento com a Presidência da República. Independente dos crimes praticados e investigados, é impossível dissociar o quanto próximo estão os dirigentes das multinacionais de alimentos e bebidas ultraprocessados daqueles que tomam decisões em nome do Estado.

As falhas de mercado que geram concentração de poder na economia também proporcionam falhas graves de representação de interesses na construção das políticas de defesa do consumidor. Aqueles

⁷ Impactos sócio econômicos da implementação de modelos e rotulagem nutricional no painel frontal das embalagens de alimentos e bebidas”. GO Associados, julho 2018.

que controlam os sistemas produtivos, da produção ao consumo, determinam as decisões políticas que influenciam na construção das normas que os regulam. Nessas relações de poder, o ímpeto de maximizar o lucro a qualquer custo vem provocando uma série de impactos negativos à modernização dos direitos do consumidor.

Se as portas do Poder Executivo estão se tornando cada vez mais fechadas para organizações da sociedade civil, no Poder Legislativo, as instituições que, como o Idec, buscam contribuir para a construção e preservação de direitos do consumidor têm enfrentado ainda o obstáculo da relação entre um significativo grupo de parlamentares com os fornecedores. Relatório da Transparência Brasil indicou que, pouco antes da proibição de doações de empresas para campanhas eleitorais, as indústrias de alimentos doaram dinheiro para a campanha de mais da metade dos legisladores federais, sendo a JBS a campeã de doações, além de milionários pagamentos em doações da Coca-Cola e do McDonald's (TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2016).

4. Considerações finais

Resumidamente, pode-se apontar alguns elementos que decorrem das discussões aqui apresentadas.

A implementação do CDC está perto de completar três décadas, tendo passado por diferentes fases de evolução nesse período. Após um período inicial de euforia e razoável implementação dos novos dispositivos legais pelo mercado, pelo menos aqueles de mais fácil implementação, esse processo está aparentemente estagnado no presente momento. Significativa parcela de consumidores está informada sobre a existência do CDC, sabe que podem reclamar os seus direitos. Contudo, poucos conhecem quais são esses direitos, em grande parte porque o direito à educação para o consumo não chegou a ser implementado. A análise da evolução das reclamações nos PROCONS e associações, assim como no Judiciário, mostra um quadro preocupante.

No Congresso e no Executivo, políticas públicas são decididas sob forte influência de interesses empresariais, enquanto os interesses do consumidor estão representados de forma muito fragilizada, em posição francamente desfavorável. Mesmo na mídia, que tanto ajudou a divulgar o

CDC, o assunto perdeu relevância e espaço. Ou seja, configura-se um quadro sintomático de problemas de diferentes naturezas, cujos efeitos e consequências se entrelaçam, impondo-se a necessidade de um diagnóstico mais acurado para a identificação das possíveis soluções.

Além de pautar suas prioridades em função da incidência numérica das reclamações dos consumidores, as entidades públicas e privadas devem prospectar questões que, apesar de não serem objeto de reclamações, afetam a saúde e a segurança dos consumidores, inclusive a financeira. E torna-se urgente que atuem mais efetivamente na implementação do direito à educação para o consumo.

Especificamente em relação à revisão da norma de rotulagem, tratada neste texto, enquanto a equipe técnica da Anvisa cumpre seu papel e dá continuidade às etapas do processo de discussões, são preocupantes as sinalizações do Ministro da Saúde e do Presidente da Anvisa, acenando positivamente para as posições defendidas pelas entidades da indústria de alimentos, mantendo a lógica de preponderância da força dos fornecedores nas políticas de alimentos e saúde, e o compromisso dos agentes políticos com interesses puramente econômicos, ignorando em suas manifestações a prioridade que o direito à saúde tem nas discussões sobre consumo (PERES, 2018; VARGAS, 2019).

A preservação da moralidade e do interesse público nessas discussões precisa ser defendida pelos cidadãos consumidores, já que as decisões advindas dos processos que constroem políticas atingem os direitos mais fundamentais dos indivíduos. Resta saber ainda como as pessoas precisam se apropriar desses espaços. Como questiona Marion Nestle: *Todo mundo come. A comida é importante. Todos precisamos de uma recomendação nutricional saudável, destinada a promover a saúde pública - e não os interesses comerciais corporativos. Como podemos fazer isso?* (NESTLE, 2019). Esse exemplo evidencia a necessidade de maior engajamento das entidades públicas e civis em atividades que contribuam para a prevenção de problemas, como o monitoramento e a participação no desenvolvimento de políticas públicas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, nas diferentes temáticas.

É verdade que, por maior que seja o esforço das entidades públicas e civis de defesa do consumidor em organizar suas estruturas internas para levar adequadamente as reais demandas dos consumidores

aos representantes do Estado, é impossível que tais instituições consigam dar conta de fazer frente à enorme pressão que as instituições representativas dos setores produtivos fazem na incidência sobre políticas públicas. Os agentes dos poderes do Estado devem considerar em suas decisões e processos a ausência de representatividade proporcional do consumidor nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. As entidades de defesa do consumidor desempenham ao redor do mundo esse papel, mesmo antes do surgimento das primeiras leis protetivas. No Brasil, garantiu-se esse dever do Estado como um direito fundamental dos cidadãos. Nesse sentido, é tarefa das entidades públicas e civis de defesa do consumidor cobrar dos agentes públicos e dos políticos a retidão no respeito ao interesse público da defesa do consumidor pelo Estado, como dever fundamental constitucional.

O processo democrático ainda imaturo no Brasil carece ainda que líderes políticos percebam o quanto prejudicial para a economia é ouvir apenas as demandas dos setores produtivos, mais organizados e influentes na política do que os consumidores, o que já havia sido apontado no marco histórico da Mensagem Especial ao Congresso pela Proteção dos Interesses do Consumidor, de John F. Kennedy, em 15 de março de 1962:

É minha esperança que esta Mensagem, e as recomendações e solicitações contidas nela, possam ajudar a alertar toda agência e poder público para as necessidades de nossos consumidores. Sua voz nem sempre é tão ouvida em Washington quanto as vozes de grupos menores e mais bem organizados - nem o ponto de vista deles é sempre definido e apresentado. Mas, sob nossa forma econômica e política de democracia, compartilhamos a obrigação de proteger o interesse comum em todas as decisões que tomamos (KENNEDY, 1962).

E, finalmente, carece que os segmentos empresariais assimilem o que foi dito pelo Ministro Herman Benjamin há quase 30 anos: a defesa do consumidor é um dos princípios formadores da economia de mercado, como estabelece a Constituição Federal, e o Código de Defesa do Consumidor um caminho para a modernização do capitalismo brasileiro.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA (ABJ). *Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições*. Justiça Pesquisa: Políticas Públicas do Poder Judiciário: Relatório analítico propositivo. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>>. Acesso em: 12/08/2019.

BENJAMIN, Herman. Uma introdução ao Código de Defesa do Consumidor. In: RIOS, Josué de Oliveira; LAZZARINI, Marilena; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Código de Defesa do Consumidor: comentado*. São Paulo: Globo e Idec, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Idec). *Publicidade de alimentos não saudáveis: os entraves e as perspectivas de regulação no Brasil*. Cadernos Idec - Série Alimentos - Vol. 2. São Paulo: Idec, 2014. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/publicidade-alimentos-nao-saudaveis.pdf>>. Acesso em 02/08/2019.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Gerência-Geral de Alimentos. Relatório Preliminar sobre Análise de impacto regulatório sobre rotulagem nutricional. Brasília, maio de 2018. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2977862/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional_vers%C3%A3o+final+3.pdf/2c094688-aeee-441d-a7f1-218336995337>. Acesso em: 02/08/2019.

BRASIL. Guia Alimentar para a População Brasileira. 2ª edição. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 02/08/2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Guia Alimentar para a População Brasileira. 2ª edição. Brasília - DF, 2014. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Código do Consumidor resultou de amplo debate com a sociedade.* Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/150246.html>>. Publicado em 31/08/2010. Acesso em 02/08/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2018*, ref: dados de 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 12/08/2019.

GBD 2016 Brazil Collaborators. *Burden of disease in Brazil, 1990–2016: a systematic subnational analysis for the Global Burden of Disease Study 2016.* Lancet. 2018; 392 (10149): 760-775. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S014067361831221>>. Acesso em: 02/08/2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FIOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* Vol. Único. 11^a Ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2017.

KENNEDY, John F. *Special message to congress on protecting consumer interest.* 15 de março de 1962. Disponível em: <<https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>>. Acesso em: 02/08/2019.

KHANDPUR Neha e outros. *Are Front-of-Package Warning Labels More Effective at Communicating Nutrition Information than Traffic-Light Labels? A Randomized Controlled Experiment in a Brazilian Sample.* Nutrients 2018, 10(6): 688. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/nu10060688>>. Acesso em: 02/08/2019.

MALIK Vasanti S., POPKIN Barry M., BRAY George A., DESPRÉS Jean-Pierre, HU Frank B. *Sugar sweetened beverages, obesity, type 2 diabetes and cardiovascular disease risk.* Circulation 2010, 121(11): 1356-64. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2862465/pdf/nihms-189965.pdf>>. Acesso em: 16/08/2019.

MIALON Melissa, CHANTAL Julia, HERCBERG Serge. *The policy dystopia model adapted to the food industry: the example of the Nutri-Score saga in France*. WPHNA 2018, 9(2): 109-20. Disponível em: <<https://www.worldnutritionjournal.org/index.php/wn/article/view/579>>. Acesso em: 12/08/2019.

MINISTERIO DE SALUD (MINSAL). Gobierno de Chile. Informe de evaluación de la implementación de la ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. Santiago, 2017. Disponível em: <<http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-evaluaci%C3%B3n-implementaci%C3%B3n-Ley-20606-Enero-2017.pdf>>. Acesso em: 02/08/2019.

NESTLE, Marion. *Uma verdade indigesta*. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

O ZOCCHIO, Guilherme. Executivo da Nestlé diz que ‘não vai aceitar’ alertas nos rótulos de alimentos. *O joio e o trigo*. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/ojoioetrigo/2019/07/nestle-diz-que-recusa-selo-de-advertencia-nos-rotulos-de-alimentos/>>. Acesso em 02/08/2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Global status report on noncommunicable diseases 2014. Genebra: OMS; 2014. Disponível em:

<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/148114/1/9789241564854_eng.pdf>. Acesso em: 02/08/2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Ultra-processed food and drink products in Latin America: Trends, impact on obesity, policy implications*. Washington, DC: OPAS. 2015.

PERES, João. Exclusivo: presidente da Anvisa acenou à indústria de alimentos antes de nomeação. *O joio e o trigo*. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/ojoioetrigo/2018/10/exclusivo-presidente-da-anvisa-acenou-a-industria-de-alimentos-antes-de-nomeacao/>>. Acesso em 02/08/2019.

REDE ROTULAGEM. *Newsletter Semanal*. 15/10/2018, disponível em: <<http://www.vivalacteos.org.br/imprensa/newsletter-semanal-15-10-2018/>>

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (SENACON). *Consumidor em números 2018*. Brasília: Ministério da Justiça. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/consumidor-em-numeros-2018_portal.pdf>. Acesso em 12/08/2019.

THE NEW YORK TIMES. *Como a Grande Indústria Viciou o Brasil em Junk Food*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/16/health/brasil-junk-food.html>>. Acesso em 02/08/2019.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Relatório anual de atividades de 2016*. São Paulo: Transparência Brasil, 2016. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/uploads/relatoriosatividades/Relatorio%202016.pdf>>. Acesso em 02/08/2019.

VARGAS, Mateus. Ministro quer modelo oposto ao recomendado pela Anvisa em rótulos de alimentos. *JOTA*. Disponível em: <www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/ministro-rotulagem-alimentos-anvisa-16052019>. Acesso em 02/08/2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). (2012). *Tobacco industry interference: a global brief*. World Health Organization. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/70894>>. Acesso em 12/08/2019.

CONSUMO SUSTENTÁVEL E COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

*Diógenes Faria de Carvalho e
Vitor Hugo do Amaral Ferreira*

Introdução

A sociedade contemporânea vivencia uma situação paradoxal: se de um lado, há o desejo de consumir, incentivado pelo sistema capitalista, por ser dele a base, e ainda, intensificado pelos interesses individuais e imediatistas, de outro lado, torna-se visível a necessidade de preservação dos recursos naturais e a manutenção do equilíbrio ambiental, de forma a garantir a sobrevivência da espécie humana.

Se não estivermos sempre consumindo, o modelo econômico capitalista corre o risco de extinguir-se; mas se mantivermos os níveis de consumo atuais, sem uma real preocupação com o meio ambiente, então nós é que corremos o risco da extinção. Em razão disto, é que se pode pensar que se durante milênios as tarefas do homem têm sido defender-se da natureza, nos fins do século XX, a partir de uma consciência progressiva do efeito destrutivo de nossa capacidade controladora (TADEU, 2005).

Frequentemente, a solução apontada para o problema é a ideia do consumo sustentável, baseada simplesmente na conscientização dos consumidores, igualando as situações de consumidor e cidadão, como se sinônimos fossem. Entretanto, não nos parece ser esta a solução mais adequada à sociedade brasileira, por razões culturais, morais e emocionais.

No mundo em que vivemos, marcado pelo fenômeno da globalização, observa-se a instauração de modelos estruturais em que impõe, nas relações humanas e, por corolário, nas relações de consumo, a lógica econômico-financeira, bem como a satisfação pessoal em detrimento do interesse coletivo, à margem de padrões éticos e indiferente à escassez e às limitações dos recursos naturais indispensáveis à vida. Trata-se de uma sociedade consumista formada com base no pensamento à curto prazo e na busca pelo ganho imediato (AZEVEDO, 2008).

De acordo com Campbell (2009) o consumo pode estar relacionado com o propósito da existência. Desta forma, o ato de consumir se trata, do ponto de vista ontológico, da autoafirmação do consumidor como ser humano. Destarte, o “querer” e o “desejar” um determinado bem se torna necessário para a integração do indivíduo em seu grupo, numa sociedade caracterizada como “sociedade de consumo”.

O consumo adquire em nossa sociedade os contornos de um mecanismo social produtor de sentido e identidades. Os indivíduos identificam-se com marcas, tecnologias e multimídia, afirmando-se por meio delas, e, por conseguinte, diferenciando-se dos demais. O não acesso ao consumo pode representar exclusão social, marginalização e frustrações. Trata-se de um estilo de vida que cultiva o presente, o efêmero e a satisfação de todas as necessidades.

Nesse contexto, de hábitos prejudiciais ao meio ambiente, insere-se a necessidade de preservação ambiental como forma de também preservar a espécie humana. Surge, pois, a figura do “consumo sustentável”, que pode ser definido como sendo:

“[...] o uso de produtos e serviços que respondam às necessidades básicas dos indivíduos e tragam uma melhora qualidade de vida, equacionando o uso dos recursos naturais, diminuindo o emprego de materiais tóxicos, bem como as emissões de poluentes e criação de resíduos, a fim de garantir a sobrevivência das gerações futuras.” (ANDRADE, 1998, p. 63)

A proposta do consumo sustentável é marcada majoritariamente por análises que consideram que se os consumidores forem bem informados e tiverem conhecimentos suficientes, eles terão a necessária “consciência ambiental”, que os levará a ter atitudes e comportamentos ambientalmente corretos (PORTILHO, 2005). Entretanto, esta não parece ser uma conclusão acertada, porquanto é fraca a articulação da responsabilidade ambiental pelos indivíduos, que sempre tentam justificar suas condutas de consumo e minimizar, pela retórica do discurso, os prejuízos decorrentes.

A ideia de consumo sustentável não pode se resumir a mudanças no comportamento dos indivíduos, nem a mudanças no design dos produtos; é preciso que a atuação estatal seja o foco das Políticas Públicas

de Consumo Sustentável, afinal é dever do Estado buscar meios eficientes na implementação de políticas de regulação e proteção ambiental.

A própria Constituição da República de 1988 prevê a necessidade de o desenvolvimento econômico observar a implementação de políticas ambientais, impondo ao Estado que exerça o papel de agente regulador também no que diz respeito ao meio ambiente, conforme disposto no inciso VI de seu artigo 170, *in verbis*:

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

[...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar o consumo sustentável sob a perspectiva da responsabilidade estatal, e não somente da educação do consumidor, abordando, para tanto, o comportamento do consumidor brasileiro, a maneira pela qual se dá o processo decisório da compra, e a cultura presentista. Espera-se demonstrar que a estratégia comum utilizada atualmente, baseada na transferência da atividade regulatória do Estado e do mercado para o indivíduo consumidor, é ineficaz e deve ser afastada.

Sociedade de consumo e o processo decisório do consumidor

Na sociedade de consumo, o conceito de bem-estar está vinculado à posse e à aquisição de bens e serviços como forma de afirmação identitária e status social (ALCOFORADO e SILVA, 2009).

Para Barbosa (2009), a sociedade de consumo contemporânea não pode mais ser explicada pelas velhas teorias, propostas pela ciência econômica, em que as pessoas consomem apenas para satisfazer suas necessidades físicas e biológicas de acordo com as leis do mercado. Com o advento da globalização e a passagem do que Zygmunt Bauman (2008) chama de sociedade de produtores para sociedade de consumidores, as

formas de aquisição, uso e descarte de bens, não se explicam mais por meio da mera necessidade física e biológica de consumir.

O nível e o estilo do consumo tornaram-se a principal fonte de identidade cultural e de participação na vida coletiva. De acordo com o contexto, nós hierarquizamos os bens e consideramos que alguns sejam mais lícitos do que outros, e assim, certos significados culturais recaem sobre os bens e as práticas sociais, classificando as pessoas pelo que elas consomem. Barbosa e Campbell (2006) elucidam que é mais lícito ou interessante consumir livros e Cds, de modo genérico, do que roupas, sapatos e bolsas, pois o que importa é que, no primeiro caso, somos considerados intelectuais e, no segundo, fúteis e vazios.

Classificamos também os bens em “básicos” e “supérfluos”, e consideramos a compra daqueles moralmente legítima, enquanto a compra dos supérfluos exige de nós retóricas e justificativas que diminuam nossa culpa. Assim, desenvolvemos critérios de legitimidade e retóricas de justificativas sobre o que, quando, e por que consumimos. Desenvolvemos discursos justificadores: ‘se comprar agora estarei economizando mais adiante, devido ao preço baixo do momento, ou mesmo ‘foi uma ótima oportunidade, pois eu estava mesmo precisando’. Daí, quando esse tipo de retórica se esgota, recorre-se ao discurso recente do ‘eu mereço’. Mereço porque ‘trabalho muito’, ‘porque há tempos não compro nada para mim, só para os outros’, ‘porque a vida não pode ser só trabalho, tem que ter prazer’, ‘porque se for esperar sobrar dinheiro não compro nunca’ etc. (BARBOSA e CAMPBELL, 2006).

Outro alicerce da cultura do consumo é a estimulação da emoção e o pouco cultivo à razão. A aposta na irracionalidade ou na racionalidade limitada, pode estar relacionada aos baixos índices de poupança e ao alto grau de endividamento dos consumidores brasileiros.

Ocorre que nosso cérebro contém uma espécie defeito, numa linguagem menos técnica, relacionado às emoções, de maneira que tendemos a supervalorizar ganhos imediatos e despreocuparmo-nos das despesas futuras. As emoções excitam-se com as recompensas imediatas, e incomprendem as consequências de suas decisões a longo prazo. Sobre o tema, Jonah Lehrer (2010, p. 111) ensina que: “[...] Como é certo que as partes emocionais do cérebro darão menos valor ao futuro – a vida é curta, e queremos o prazer agora –, todos nós acabamos gastando demais hoje e

adiando para amanhã a economia (e para depois de amanhã e para depois de depois de amanhã)".

Assim, o imediatismo e a consequente supervalorização de ganhos ou recompensas imediatas, características da cultura brasileira, fazem com que as pessoas passem muito tempo convivendo com as consequências de suas decisões, e pouco tempo as tomindo.

Levando em consideração o conceito de Giuzi (1987), quando ele afirma que decidir é um processo de escolha entre alternativas válidas e concorrentes entre si, ou seja, deve-se ressaltar o caráter espontâneo e improvisado do processo decisório brasileiro.

A “cultura agorista” ou “apressada”, expressões do sociólogo Stephen Bertman, são acertadas para definir uma sociedade consumista marcada pela renegociação do significado e do valor do tempo (KARGER, 2009). Vivenciamos a cultura presentista: a vida de consumo é uma vida de aprendizado rápido e de esquecimento veloz. O esquecimento possui função redentora. Nesta cultura presentista a paciência e a perseverança não são bem-vindas, diferentemente da velocidade e da capacidade de promover novos começos.

A economia de escala, que busca a máxima utilização dos fatores produtivos, de forma a baixar os custos de produção e incrementar bens e serviços, exige a invenção constante novas necessidades, a criação da compra, a elaboração de produtos descartáveis e não duráveis, a criação do desperdício. O consumo excessivo é estimulado também pela promessa de realização através do consumo.

Portanto, quando pensamos no estímulo ao consumo excessivo, na notória influência das emoções/sentimentos sobre a decisão de comprar do consumidor, e ainda nas questões culturais brasileiras, relacionadas ao imediatismo e a certa despreocupação com as contas a longo prazo, torna-se lógico afirmar que a estratégia do consumo sustentável baseada na simples conscientização do consumidor pode se mostrar ineficaz.

Pois, falar de consumo sustentável é buscar uma forma de satisfazer as nossas necessidades de consumo diário sem prejudicar a capacidade das gerações futuras de satisfazer as próprias necessidades, pois agir de maneira sustentável é, acima de tudo, pensar em gerações futuras.

Ou seja, a consequência que controlaria o comportamento sustentável está num futuro longínquo, sendo que, no geral, as pessoas que se comportam hoje não entrarão em contato com as consequências nocivas no futuro, advindas dos problemas gerados pelos padrões comportamentais atuais não sustentáveis. Para Pedroso (2016):

“Concepção claramente vista no atual cenário, onde consumir mais é reforçador para o indivíduo que se comporta de forma mais imediata, mas em longo prazo as consequências serão desastrosas. Entretanto, se um possível câncer no futuro não é uma consequência forte para fazer quem fuma parar com o vício, é possível imaginar se a preocupação com as gerações futuras terá efeito sobre o aumento do número de indivíduos que apresentarão comportamento de consumir sustentável, pois consumir é reforçador para o indivíduo que consome, e no geral, oferece consequências imediatas” (PEDROSO, 2016, p.45).

E ainda acrescenta:

“Dizer que é preciso mudar a maneira de consumir devido à possibilidade de gerações futuras não terem recursos naturais para satisfazer suas próprias necessidades pode ser um slogan que não terá efeito sobre quem consome, visto que uma consequência muito a longo prazo teria pouco efeito sobre o atual consumidor, e, no geral, quem se comporta hoje provavelmente não entrará em contato com a escassez de recursos naturais no futuro” (PEDROSO, 2016, p. 45).

As escolhas que fazemos em relação a variável tempo chamamos de escolhas intertemporais. Assim, tanto o futuro pode ser subestimado, numa escolha, como o presente pode ser superestimado. Em muitos casos, observa-se a preferência por recompensas menores, que venham mais rápido, àquelas maiores, porém posteriores. Numa linguagem comportamental, recompensas mais próximas de tempo, ainda que menores em valores, podem ser preferidas a recompensas adiadas, maiores em valor. Isso ocorre porque o atraso leva à perda do valor reforçador de uma determinada recompensa (RACHLIN; GREEN, 1972):

A utilidade futura é, assim, descontada a uma taxa que se mantém

“constante ao longo do período de tempo. Se o aumento em utilidade do objeto diferido no tempo não superar a taxa a que aquela é descontada, o objeto diferido no tempo continua a ser preferido face ao objeto alocado ao presente, mantendo-se esta preferência estável à medida que o tempo avança.” (OLIVEIRA; JESUS, 2013, p. 43).

Verificações empíricas constatadas por pesquisadores da interface da Psicologia e Economia sobre as distorções como escolha intertemporal tem a função de facilitar as satisfações imediatas, mesmo com custos maiores.

O modelo normativo de escolha intertemporal pressupõe que a perda de valor de uma quantia atrasada segue um modelo exponencial, na forma:

$$v = V e^{-kD} \quad (1),$$

onde **v** é o valor presente equivalente a uma quantia **V** a ser recebida após um atraso **D** e **k** refere-se à taxa de desconto de **V** por unidade de tempo.

Estudos com não humanos (MAZUR, 1987) e humanos (KIRBY; MARAKOVIC, 1995; MYERSON; GREEN, 1994; RACHLIN; RAINERI; CROSS, 1991) por sua vez, tem mostrado que o modelo exponencial falha na previsão de como quantias atrasadas perdem valor e tem proposto um modelo de desconto hiperbólico geral:

$$v = V / (1 + kD) \quad (2),$$

no qual a taxa de desconto (ou a perda do valor da quantia **V**) é função inversa do atraso. Este modelo e outras variantes com expoente no denominador têm sido testados nos últimos anos e seu poder descritivo do valor descontado em escolhas intertemporais tem sido atestado, principalmente com relação à inversão na preferência com o aumento no atraso, dado não previsto no modelo exponencial (COELHO; HANNA; TODOROV, 2003). Alternativamente, uma função potência do inverso do

atraso, que também prevê a inversão na preferência, tem sido testada e seu poder preditivo tem se mostrado superior ao da hipérbole com amostras brasileiras (COELHO; HANNA; TODOROV, 2003; TODOROV, 2005), o qual pode assim ser sistematizado:

$$v = V/aD^b \quad (3),$$

modelo este compatível com a função

$$v = V \cdot aD^{-b} \quad (4),$$

tendo **b** valor negativo, correspondendo à medida de perda de valor por unidade de atraso e **a** uma medida do valor da quantia quando o atraso se aproxima de 0, tendendo assim a V.

O chamado desconto hiperbólico nada mais é que uma avaliação no tempo presente de um tempo dele afastado, em que uma desvalorização em função do grau de afastamento se impõe, caracterizando-se por intervalos e uma acentuada sensibilidade para com intervalos de tempo entre presente e momentos deles próximos, sensibilidade essa que diminui à medida que o intervalo representa maior afastamento. Nesse modelo tem descrito a perda do valor de recompensas atrasadas e apresenta vantagens sobre o modelo exponencial pois prevê reversão na preferência com o aumento do atraso (RAINERI; RACHLIN, 1992).

Pode-se, assim, verificar-se que a sustentabilidade, como algo efetivo, atualmente, torna-se difícil, porque as consequências em questão são atrasadas, e os efeitos nocivos são consequências retardadas. O fato é que quando as pessoas são convidadas a se envolverem em padrões comportamentais atuais onde as consequências prejudiciais são prováveis de ocorrer em algum momento no futuro distante e incerto, infelizmente, a mudança é muito improvável.

Do consumo verde ao consumo sustentável

A concepção dos responsáveis pela crise ambiental passou por um processo de mudança. Se até a década de 1970, a crise era atribuída ao

crescimento demográfico nos países subdesenvolvidos; com a Conferência de Estocolmo, o foco da crise tornou-se o processo de industrialização e produção levado a cabo pelos países desenvolvidos. A partir do início da década de 90, com a Rio92, a discussão ganhou novos contornos: os estilos de vida e os padrões de consumo da sociedade capitalista foram apontados como os responsáveis pela crise.

É neste contexto que surge a ideia de “consumo verde”, atrelada à noção de co-responsabilidade dos indivíduos enquanto consumidores cidadãos preocupados com o impacto ambiental de suas demandas. A noção de “consumo verde” foi concentrada, mais tarde, no chamado “consumo sustentável”. O consumidor verde preocupa-se, pois, não só com as variáveis preço e qualidade, mas também com a variável ambiental, preferindo produtos menos ou não agressivos ao meio ambiente.

A estratégia do “consumidor verde” tornou-se a mais comum. O discurso do consumidor-cidadão, responsável pelo meio ambiente saudável, é repetido por diversas vozes, que insistem na transferência da atividade regulatória para os indivíduos. Porém, tal discurso apresenta diversas falhas.

Primeiramente, há uma confusão entre os termos “cidadão” e “consumidor” por parte dos adeptos do discurso do consumidor consciente. Estes identificam uma equivalência entre os termos, porém, a relação cidadão-consumidor deve ser repensada, ante o desgastado conceito de cidadania. Quando cidadão e consumidor são considerados sinônimos, a educação, a moradia, o lazer e a saúde deixam de aparecer como direitos sociais, para aparecerem como conquistas pessoais.

Dessa forma, se o cidadão for reduzido à noção de consumidor, suas ações passam a concentrar-se na esfera privada do consumo. O discurso liberal estará apropriando-se da noção de cidadania para dizer que só quem participa do mercado consumidor será considerado “cidadão”.

Outro ponto falho da ideia de “consumo verde”, segundo Portilho (2005), é o fato dela não abordar os processos de produção e distribuição, além de transferir a responsabilidade do Estado regulador e das empresas produtoras e distribuidoras para o indivíduo consumidor. Ela ensina que a estratégia do consumo verde pode ser analisada como uma espécie de transferência da atividade regulatória, em dois aspectos: do Estado para o

mercado, por meio de mecanismos de autorregulação; e do Estado e do mercado para o cidadão, por meio das escolhas de consumo.

O consumo verde tampouco tangencia temas importantes, como a cultura consumista e a necessidade de mudança nos paradigmas da sociedade de consumo. É por essas razões que defendemos que deve ser afastada a estratégia de consumo sustentável baseada na transferência da atividade regulatória. Deve a Política Pública de Consumo Sustentável estar focada no Estado e ao que deve ser imposto à livre iniciativa, cabendo ainda ao Judiciário reprimir fortemente as hipóteses de dano ambiental.

Assim, reconhecidas as questões problemáticas do consumo verde, surge uma nova proposta, o modelo de consumo sustentável. A partir dele, a questão ambiental passa a ser enfrentada por meio de ações públicas coletivas e intervenções políticas. Ações como a redução no consumo de sacolas plásticas, a reciclagem e o reuso de matérias primas, a aprovação da Lei de resíduos sólidos, etc. passam a fazer parte de um complexo sistema que partilha a responsabilidade entre diversos setores. (SANTOS, 2005; PORTILHO, 2005).

O modelo de “consumo sustentável” ainda está em construção e é fruto de um processo contínuo e multilateral que se oferece como paradigma inovador para práticas individuais e coletivas nas relações de consumo. Portilho (2005) enfatiza a necessidade da sociedade civil, agindo de forma organizada ou não, buscar soluções para o enfrentamento dos problemas advindos do processo de globalização, considerando a possibilidade de politização da esfera privada, apostando no papel dos consumidores como sujeitos políticos portadores de um projeto de desenvolvimento rumo à uma sociedade sustentável.

Para que o consumo sustentável seja possível é preciso que haja uma mudança nos padrões de comportamento da sociedade orientada pela cultura do consumismo, mas tal mudança exige intervenção regulatória do Estado.

De acordo com Santos (2005), o consumo se afirma como uma prática individualizante, movimentada pela obsolescência programada, cujos efeitos e impactos ambientais se distribui de maneira desigual. Conforme dissemos anteriormente, a vida do consumidor é pautada pela velocidade e pelo excesso, e o desprezo pelas necessidades do ontem e pelo

que se tornou planejadamente obsoleto demonstra a cultura irresponsável pautada pelo imediatismo e pelo desperdício.

Portanto, não há como se falar em mudança no padrão de comportamento e, consequentemente, no padrão de consumo sem que se passe necessariamente por uma mudança cultural (SANTOS, 2005). A situação atual demanda uma revalorização da sociedade em seus múltiplos aspectos, enfatizando-se a necessidade de condutas éticas que estejam em conformidade com os problemas vigentes que devem ser enfrentados. Devemos, portanto, quebrar a ideia de desenvolvimento observada somente a partir do ponto de vista econômico, mas entendê-la de uma forma mais abrangente, agregando a este conceito valores e aspectos socioculturais como um todo.

O cerne da questão é que mudanças culturais não acontecem de um dia para o outro. Elas demoram, e por isso, a necessidade da atuação estatal. Assim, estratégias de eco-rotulagem e outros estímulos que visam a transferir o ônus da escolha para o consumidor tendem a perder espaço em face das ações de caráter coletivo e que não concentram toda a responsabilidade no indivíduo.

Cada vez mais fazem-se necessárias Políticas Públicas que intercedam na esfera privada e conduzam a sociedade a novos paradigmas sócio comportamentais pautados pela responsabilidade e sustentabilidade.

Assim, acreditamos que as ações e intervenções estatais, a exemplo de políticas fiscais que reduzam os impostos para produtos ecologicamente corretos, apresentar-se-iam mais eficazes que a simples conscientização do consumidor. Não desmerecemos, todavia, a educação e a informação dos consumidores. A longo prazo, elas surtem efeito e são extremamente benéficas. Porém, levando em conta a cultura presentista, do imediatismo, do desperdício, difícil defender que o “consumidor-cidadão” poderia, por si só e por sua iniciativa, amenizar a crise ambiental.

Modelo regulatório para proteção ao meio ambiente

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 174, que o Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Cabem-lhe, pois, três formas de atuação como Estado Regulador: fiscalização, incentivo e planejamento.

A função fiscalizatória implica verificação dos setores econômicos, com o fim de evitar formas abusivas de comportamento. A função de incentivo, por sua vez, representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da fixação de medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação etc. Por fim, quanto ao planejamento, este pode ser entendido como um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 incorporou a necessidade de o desenvolvimento econômico observar a implementação de políticas ambientais, conforme disposto no inciso VI do artigo 170, de forma que o Estado deve exercer o papel de agente regulador também neste aspecto.

A regulação estatal quanto à preservação ambiental deve ser vista como pressuposto para o exercício das atividades econômicas. O Estado deve tomar as medidas necessárias para evitar a degradação indiscriminada dos recursos naturais, implementando políticas de regulação e proteção ambiental, de forma a incentivar a produção e o consumo de produtos ecologicamente corretos.

Discorrendo sobre a atividade regulatória estatal quanto à proteção ambiental, Gabriel Placha (2007) enfatiza que o instrumento de conscientização e implementação de políticas ambientais é incipiente e pouco utilizado no Brasil, pois restringe-se a alguns poucos casos, como a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico instituída pelo § 4º, do artigo 177 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, a tributação ambientalmente orientada. Já, a tributação ambiental surge como um instrumento viável para aumentar a eficiência econômica de forma sustentada, não devendo, portanto, ser utilizada para fins meramente arrecadatórios.

O tributo pode, portanto, ser considerado um instrumento de regulação estatal para a proteção do meio ambiente, na medida em que transfere o montante exigido pela reparação do dano ambiental para os custos da produção. Entretanto, é preciso cuidado, pois o Direito Tributário

ainda deverá observar os princípios da legalidade, capacidade contributiva etc.

A questão da proteção ambiental não se resume, entretanto, à instituição de tributos ambientais. O direito comparado demonstra que a ela é eficiente quando benefícios fiscais são concedidos aos contribuintes que adotam políticas efetivas de gestão ambiental e departamentos de ambiência (PLACHA, 2007).

Nos termos da Constituição, o Estado, no exercício de suas competências, pode editar regras de proteção ao meio ambiente. A atividade regulatória quanto a este aspecto é imprescindível ante a necessidade de preservação dos recursos naturais, que são limitados. Ela se verifica por meio de um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial e a lógica social (GABARDO, 2003)

Assim, o Estado não pode adotar uma postura de neutralidade diante dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica e social, transferindo a responsabilidade pela preservação ambiental aos consumidores e à conscientização deles. As normas constitucionais demonstram a necessidade de atuação específica do Estado, que deve atuar para promover justiça social e proteger o meio ambiente, não devendo se limitar a corrigir falhas do mercado e reprimir abusos econômicos.

Considerações finais

A ideia de consumo sustentável não se resume a mudanças no comportamento do indivíduo, nem a mudanças no design de produtos. É preciso que haja ações e intervenções estatais no sentido de propiciar a proteção dos recursos naturais, de forma a incentivar a compra e a produção de produtos ecologicamente corretos. É preciso ainda uma atuação eficaz do Poder Judiciário para punir fortemente as hipóteses de dano ambiental.

A transferência da atividade regulatória para o consumidor é injusta e ineficaz, pois exige a identidade dos conceitos de cidadão e consumidor, cuja relação deve ser repensada após o desgaste do próprio conceito de cidadania; ignora que o processo decisório do consumidor parte de um defeito no cérebro emocional, pelo qual a compra é movida por um impulso emocional e despreocupado com as consequências do ato;

ignora as questões culturais, ligadas ao imediatismo, ao desperdício e à obsolescência programada.

Assim, se o problema da crise ambiental tem efeito sobre todos nós, é de se ressaltar o caráter urgente da adoção de novas medidas. O discurso da necessidade de um consumidor bem informado não tem se mostrado eficaz, já que tem prevalecido a cultura do agora, dos pensamentos individuais e egoísticos. Se alguém joga uma garrafa no chão, então logo se perdoa dizendo ser só uma garrafa, bem diferente das grandes empresas que despejam seus resíduos nos rios.

A ausência da noção de coletividade, característica da sociedade atual, exige intervenções estatais para possibilitar decisões ecologicamente adequadas por parte do consumidor. Além do mais, a própria Constituição demonstra a necessidade de atuação específico do Estado na proteção ambiental.

Por fim, o consumo está ligado a questões morais e culturais. Sob aspecto moral, nossa sociedade sente a necessidade de justificar a aquisição de bens, partindo de frases como “eu mereço”, “eu trabalho tanto”... No mesmo intuito, hierarquizamos os bens de acordo com critérios estabelecidos, como “básico” e “supérfluo”. No primeiro caso, a compra justifica-se moralmente, enquanto no segundo, é preciso retórica e justificativas que diminuam a culpa de quem compra.

Sob o aspecto cultural, queremos o prazer imediato, acostumamo-nos com inovações constantes dos produtos, e não podemos deixar de segui-las. Tomamos decisões influenciados mais pela emoção do que pela razão, e ignoramos os resultados advindos deste comportamento.

Além disso, pesquisas empíricas comprovam que quando as pessoas são convidadas a se envolverem em padrões comportamentais atuais onde as consequências prejudiciais são prováveis de ocorrer em algum momento no futuro distante e incerto, a mudança é muito improvável.

Como desconsiderar as questões morais e culturais para afirmar simplesmente que a informação do consumidor é suficiente para amenizar o problema da crise ambiental? Como exigir que o consumidor, ainda que informado, considere a variável ambiental, que quase sempre eleva o preço do produto, se ele mesmo não enxerga o impacto de suas ações

(individualmente) sobre o meio ambiente? Ou ainda, se ele não recebe o suficiente para suprir suas necessidades básicas e as de sua família?

É bastante claro que, na sociedade brasileira, a preocupação das empresas é com a facilitação e o incentivo às compras, e não com o impacto de seus produtos sobre o meio ambiente. Atuam por meio de publicidade que incentiva a compra parcelada em várias prestações ou qualquer outro método que minimize o efeito da compra sobre o bolso dos consumidores. Estes, por sua vez, guiam-se pelas questões morais e culturais que já expomos. Reforça-se, portanto, o argumento de que o Estado deve ser o foco das Políticas Públicas de Consumo Sustentável.

Referências bibliográficas

ALCOFORADO, Manoel Guedes; SILVA, Paulo Roberto. Reflexão sobre o estilo de vida e o padrão de consumo numa sociedade sustentável. In: II SBDS – SEMINÁRIO BRASILEIRO DE DESIGN SUSTENTÁVEL, 2009, São Paulo. *Anais do 2º Seminário Brasileiro de Design Sustentável - RBDS*. São Paulo: s. ed., 2009.

ANDRADE, Nelson Luís Sampaio de. Consumo sustentável. *Justitia*, São Paulo, n. 59 (181/184), jan./dez. 1998. Disponível na Internet em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/23666/consumo_sustentavel.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 abr. 2011.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2008.

BARBOSA, Lívia; CAMPBELL, Colin. *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COELHO, Cristiano; HANNA, Elenice Seixas; TODOROV, João Claudio. Magnitude, atraso e probabilidade de reforço em situações hipotéticas de risco. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 19, n. 3, p. 269-278, 2003.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

KARGEL, Aleli Mirelman. *Sucesos Puntuales*. Disponível na Internet em <[http://sucesesopuntuales.files.wordpress.com/2009/01/sucesospuntuales3.pdf](http://sucosesopuntuales.files.wordpress.com/2009/01/sucesospuntuales3.pdf)>. Acesso 20 abr. 2011.

KIRBY, K. N.; MARAKOVIC, N.N. *Modeling Myopic Decisions: Evidence for Hyperbolic Delay-Discouting within Subjects and Amounts*. Organizational Behavior and Human Decision Processes, v.64, n.1, p.22-30, 1995.

LEHRER, Jonah. *O momento decisivo*. Tradução de Marcelo Schild. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.

MAZUR, James E. An adjusting procedure for studying delayed reinforcement. *Commons, ML.; Mazur, JE.; Nevin, JA*, p. 55-73, 1987.

OLIVEIRA, M.; JESUS, F. *Arquitetura situacional do crédito: tempo, cognição, afeto e decisão*. Revista Crítica de Ciências Sociais - 101/2013, colocada online no dia 17 de fevereiro 2014. Disponível em <http://rccs.revues.org/5356>; DOI:104000/rccs.5356.

PEDROSO, Reginaldo. *Valor subjetivo do consumo sustentável*. Goiânia:PUCGO. 2016. 207f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia. 2016.

PLACHA, Gabriel. *A atividade regulatória do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível na Internet em <www.cipedia.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=171930>. Acesso em 18 abr. 2011.

PORTILHO, Fátima. Consumo Sustentável: Limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro, FGV, Edição Temática 2005.

PRELEC, Drazen; LOEWENSTEIN, George. The red and the black: Mental accounting of savings and debt. *Marketing Science*, v. 17, n. 1, p. 4-28, 1998.

RACHLIN, Howard; RAINERI, Andres. Irrationality, impulsiveness, and selfishness as discount reversal effects. *Choice over time*, p. 93-118, 1992.

_____, H., Raineri, A. & Cross, D. (1991). Subjective probability and delay. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*, 55, 233 – 244.

SANTOS; Luciane Lucas dos. Comunicação e consumo sustentável: das entrelinhas do capitalismo leve ao enquadramento da sustentabilidade na mídia. *Revista fronteiras*. VII (3):223-233, Setembro/Dezembro 2005.

_____. O enquadramento midiático da sustentabilidade e o papel da mídia na assimilação social do consumo sustentável. In: XXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Brasília, 2006. Anais do XXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

TADEU, Silney Alves. As dimensões do consumo: reflexões para uma teoria compreensiva. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 56, p. 202-219, out./dez. 2005.

NOVOS CAMINHOS DO TURISMO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR TURISTA NO ÂMBITO DA CONFERÊNCIA DA HAIA

*Claudia Lima Marques e
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff*

Issues of consumer law are no longer national. Market globalization has changed not only the way we produce, but also the way we consume. The new ‘global citizen’ is also a global consumer (ILA, 2010).

Introdução

A Organização Mundial de Turismo da ONU (UNWTO), sediada em Madrid, define turista como o visitante ou viajante, que fica mais de 24 horas (pernoite), porém, menos de um ano em um país ou local visitado.¹ De acordo com a referida Organização, as chegadas de turistas internacionais aumentaram de 25 milhões em 1950 para 1,4 bilhão em 2018 (UNWTO, 2018a; UNWTO, 2019).

Os destinos turísticos internacionais têm variado ao longo dos anos. As chegadas de viajantes em países em desenvolvimento aumentaram de 30% em 1980 para 45% em 2014, e a expectativa é de que esse percentual chegue a 57% até 2030, o que equivale a mais de um bilhão de chegadas de turistas internacionais em economias emergentes (UNWTO, 2018b). Em 2016, a China recebeu mais turistas do que a Itália, a Tailândia e o México, recebendo quase o mesmo número de turistas

¹ É a definição, no original: “*2.9. A visitor is a traveler taking a trip to a main destination outside his/her usual environment, for less than a year, for any main purpose (business, leisure or other personal purpose) other than to be employed by a resident entity in the country or place visited. These trips taken by visitors qualify as tourism trips. Tourism refers to the activity of visitors. [...]. 2.13. A visitor (domestic, inbound or outbound) is classified as a tourist (or overnight visitor), if his/her trip includes an overnight stay, or as a same-day visitor (or excursionist) otherwise*” (UNWTO, s/d).

internacionais que a Alemanha e o Reino Unido; a Turquia recebeu mais turistas que a Áustria; a Índia e Indonésia receberam mais turistas que Portugal; o Vietnã e a Arábia Saudita receberam mais turistas que a Suíça e a Polônia; o Brasil recebeu mais visitantes do que a Bélgica – e a lista pode continuar.

Logo, não é surpresa que hodiernamente 45% dos destinos turísticos situam-se em economias emergentes, criando uma nova massa de turistas/consumidores transfronteiriços, “que nem sempre estão bem equipados para informar, auxiliar e ajudar os turistas a ter acesso a justiça, à SAC [Solução Alternativa de Conflitos] e outros canais para resolver seus problemas de forma rápida e barata”.² Fato este que chamou a atenção do governo brasileiro, o qual terminou por apresentar em abril de 2013 uma proposta de Convenção sobre a proteção de visitantes e turistas estrangeiros à Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado (HCCH), ao reconhecer a necessidade de estabelecer uma rede mundial de organismos e autoridades de defesa do consumidor para prestar assistência *ex ante* e informações aos turistas estrangeiros no país de visita (MARQUES, 2012, p. 449-455).

A proposta é apenas uma primeira sugestão de desenvolvimento de um instrumento jurídico global, com foco no acesso à justiça e na não-

² Confira a carta do *Foro Iberoamericano de las Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor* (FIAGC) ao Secretariado Geral da Conferência de Haia, em 3 de setembro de 2018: “Vivimos en un tiempo de creciente diversificación de destinos y países generadores del turismo internacional, así como la auto-reserva de servicios turísticos. Hoy el 45% de los destinos turísticos son economías emergentes (puntos destacados de la OMT 2017), que no siempre están bien equipados para informar, ayudar y ayudar a los turistas a tener acceso a Justicia, ADR y otros canales para resolver sus problemas de manera rápida y económica. Sabemos que su institución está estudiando canales para ayudar a llenar este vacío de instrumentos internacionales o esquemas cooperativos para ayudar a los consumidores que enfrentan problemas en el extranjero en los países visitados. En la actualidad, 1.300 millones de personas que realizan turismo transfronterizo y la proyección de la OMT es que en 2030 habrá 1,8 millones: la mayoría de los destinos turísticos internacionales serán economías emergentes (57%). Este turista debería tener sus derechos respetados en todo el mundo” (FIAGC, 2018).

discriminação entre nacionais e estrangeiros na prestação de auxílio administrativo em questões privadas relativos a problemas de consumidores e viajantes, evitando-se, assim, litígios transfronteiriços entre turistas e comerciantes/empresas (especialmente aquelas situadas no Sul Global considerando a mudança dos destinos turísticos em direção a essas nações) e melhorando a confiança no turismo internacional em todo o mundo, fazendo com que este mercado cresça ainda mais (já que este é o terceiro setor mais lucrativo da economia global). Além disso, o tema da “proteção dos turistas internacionais” é realmente importante para o Brasil e outros países emergentes que apoiam esta proposta, já que não apenas mais de um bilhão de indivíduos atravessam as fronteiras nacionais anualmente para fazer turismo, mas precisamente porque existe na atualidade uma lacuna legal global para proteger turistas internacionais de percalços e micro-danos em várias situações (e não apenas em situações de emergência – cobertas pelos documentos firmados sob os auspícios da UNWTO³).⁴

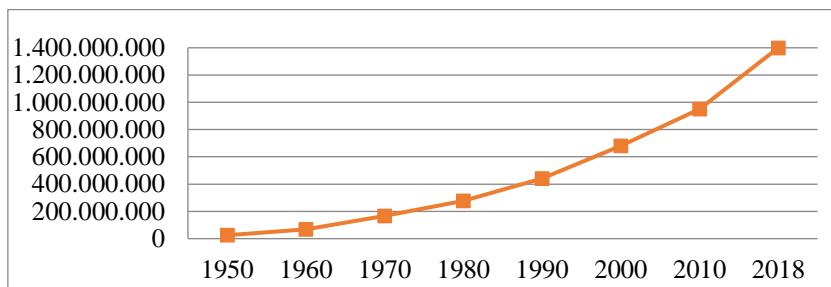
1. Incremento e Direcionamento do Turismo Global

O turismo de massas é uma realidade no mundo. Se na década de 1950 havia apenas cerca 25 milhões de turistas no globo, essas cifras aumentaram rapidamente: em 2010 já havia 950 milhões de turistas e em 2018 os números alcançaram a marca de 1.4 bilhões de pessoas (um aumento de 6% apenas quando comparado ao ano anterior!) (ROSER, 2019).

³ Afinal, a proposta brasileira na HCCH e as convenções da UNWTO são complementares: cf. MARQUES, 2013, p. 311-323.

⁴ De acordo com o *UNWTO World Tourism Barometer*, datado de janeiro de 2019, as chegadas de viajantes internacionais alcançou em 2018 1,4 bilhão de viajantes (aumento de 7% em relação aos números de 2017) (UNWTO, 2019).

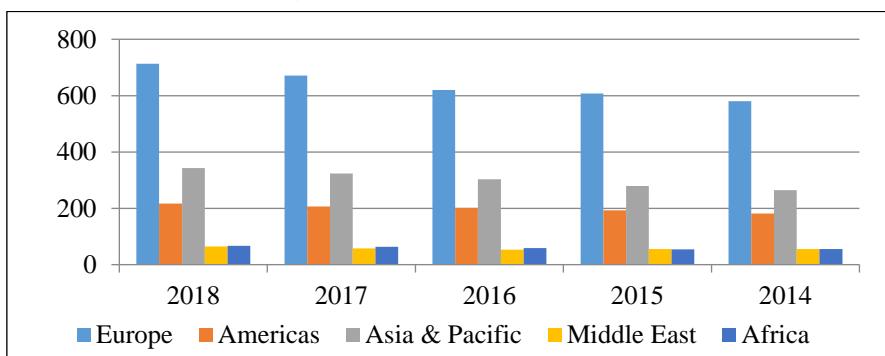
Gráfico 1 – Números de turistas ao redor do globo



Fonte: produção própria, com dados de ROSER, 2019.

E apesar de a Europa persiste em receber um grande número de turistas todos os anos (ainda recebendo metade do número total de turistas no ano de 2018), outras regiões também atraíram mais turistas internacionais, especialmente a Ásia e o Pacífico, os quais, em 2018, alcançaram a marca de 24,43% das chegadas de turistas internacionais – muito mais do que os 17,66% de 2002.⁵ Ademais, vale ressaltar que a África ocupa o segundo lugar na expansão do turismo internacional, registrando um aumento de 9% quando comparados os números de 2016 e 2017 (UNWTO, 2018a).

Gráfico 2 – Chegadas de turistas internacionais (milhões)



⁵ Em 2018, os números são: África, 4,77%, Oriente Médio, 4,56%, Ásia e Pacífico, 24,43%, Américas, 15,46% e Europa, 50,78%. Em 2002, o número era: África, 4,24%, Oriente Médio 4,03%, Ásia e Pacífico, 17,66%, Américas, 16,5% e Europa, 57,66%. Para mais, cf. ROSER (2019).

Fonte: produção própria, com dados de ROSER, 2019.

Isso significa que, nos últimos anos, o turismo se desenvolveu rapidamente nos países emergentes, melhorando muito o seu desenvolvimento econômico. Dos 15 principais destinos mundiais em 2017, seis estão localizados na Ásia e região do Pacífico: Tailândia, (n. 4) Macau/China (n. 9), Japão (n. 10), Hong Kong/China (n. 11), China (n. 12) e Índia (n. 13). No entanto, outros países como a Turquia (n. 14) e o México (n. 15) mostram que pelo menos metade dos destinos que atraíram turistas internacionais não estão localizados no Norte Global.⁶ Além disso, as cinco regiões que mais crescem quando se trata de turismo internacional de acordo com a UNWTO são todas economias emergentes: o Egito observou um aumento de 55,1% em 2017, seguido por Togo, com 46,7%, Vietnã, com 29,1. %, A Geórgia, com 27,9%, e a Palestina, com 25,7% (UNWTO, 2018a).

E quando o número de destinos turísticos é comparado, essa alteração no fluxo de turismo em massa em direção aos países em desenvolvimento é ainda mais clara. Em 2016, por exemplo, a China recebeu 59,27 milhões de turistas - mais do que a Itália no mesmo período (52,37 milhões). A Tailândia recebeu 32,53 milhões de turistas em 2016, quase os mesmos números da Alemanha (35,55 milhões) e do Reino Unido (35,81 milhões), que, por sua vez, recebem aproximadamente o mesmo valor que o México (35,08 milhões). Por sua vez, a Índia recebeu 14,57 milhões de turistas em 2016, quase os mesmos números que a Indonésia (11,52 milhões), porém, mais do que Portugal (11,22 milhões). O Brasil também recebeu muitos turistas (6,58 milhões em 2016) – quase a mesma quantia que a Bélgica (7,48 milhões) no mesmo período (UNWTO, 2017).

Outros exemplos, como o Vietnã, com 10,01 milhões de turistas, recebem mais que a Suíça (9,21 milhões); Turquia, com 30,29 milhões, recebe mais turistas do que a Áustria (28,12 milhões); e a Arábia Saudita, com 18,05 milhões, recebe mais turistas do que a Polônia (17,47 milhões)

⁶ A lista completa dos 15 principais países é: Estados Unidos, Espanha, França, Tailândia, Reino Unido, Itália, Austrália, Alemanha, Macau, Japão, Hong Kong, China, Índia e México (UNWTO, 2018a).

– dados que mostram que as economias emergentes são os principais destinos internacionais e realmente encaminham-se à superar as economias avançadas no futuro próximo, tal como já divulgado pela UNWTO:

Tabela 1 – Comparação entre países desenvolvidos e desenvolvimentos quanto ao recebimento de turistas

Destination	1995	2010	2016	2017	2030
<i>Advanced economies</i>	342m	515m	686m	726m-55%	43%
<i>Emerging economies</i>	189m	437m	554m	597m-45%	57%

Fonte: UNWTO, 2018a

As receitas anuais com turismo no Sul Global também estão aumentando: dos 1.340 bilhões de dólares gastos em viagens internacionais em 2017, 29% vieram da Ásia e do Pacífico (390 bilhões de dólares – 3% a mais que no ano anterior), e Américas, com 24% (US\$ 326 bilhões – 1% a mais que no ano anterior). Ao destrar esses números, a Tailândia, por exemplo, atraiu 57,5 bilhões de dólares, enquanto a França, classificada em terceiro lugar na lista de destinos da UNWTO em 2017, recebeu 60,7 bilhões de dólares. Outro exemplo é a China, uma vez que, se todas as três localidades forem adicionadas (Macau, US\$ 35,6 bilhões, Hong Kong, US\$ 33,3 bilhões, e China continental, US\$ 32,6 bilhões), o montante recebido totaliza a cifra de US\$ 101,5 bilhões – muito mais do que a Espanha (68 bilhões de dólares) e a França (recebendo 60,7 bilhões de dólares), classificados em segundo e terceiro lugar, respectivamente, na tabela citada (UNWTO, 2018a).

Outro número impressionante que sugere essa “massificação” do turismo internacional para localidades “não tradicionais” é o valor médio gasto em um país por viajante. Surpreendentemente, o Líbano é a terceira nação em que turistas internacionais gastam mais dinheiro: cerca de US\$4.099 por visita. O Catar, classificado em sexto, e o Panamá, em sétimo lugar, também apresentam números expressivos: 2.647 dólares e 2.416 dólares, respectivamente – valores próximos ao gasto realizado por viajantes internacionais nos Estados Unidos por visita, cerca de US\$2.819, comprovando que os turistas gastam uma quantia expressiva de dinheiro sempre quando se destinam a essas localidades (sem incluir a passagem

aérea) (UNWTO, 2018a). Logo, esses dados são um indicador importante que confirma que o montante gasto por viajantes internacionais em países em desenvolvimento não é baixo.

Ainda, mesmo se os chineses são os que mais gastam quando viajam para o exterior – quase um quinto dos US\$1,34 bilhão gastos pelos turistas internacionais em 2017, ou seja, US\$ 258 bilhões foram feitos pelos chineses – nacionais dos Estados Unidos vêm em segundo lugar, gastando US\$ 135 bilhões em visitas internacionais no mesmo período (UNWTO, 2018a), indicando a sua idêntica suscetibilidade a sofrerem micro-danos. Em atenção a isso, parece importante mencionar também de onde vêm esses viajantes internacionais, quando informado pelos turistas: 48% da Europa, 25% da Ásia e do Pacífico, 17% das Américas, 3% do Oriente Médio e 3% da África – consoante os dados de 2017 (ROSER, 2019).

Portanto, o que esses dados sugerem é que fica claro que mais atenção deve ser dada à proteção desses turistas internacionais quando no exterior, pois, se o consumidor habitual em si, devido à sua vulnerabilidade, já necessita de proteção dentro do seu país de residência habitual, os consumidores internacionais também precisam ser minimamente protegidos extraterritorialmente quando consumirem (VIEIRA, 2015, p. 159-181), particularmente se considerarem essas mudanças de padrão do turismo internacional em direção ao Sul Global. Afinal, não apenas o turismo se tornou mais acessível a todas as classes sociais, implicando diretamente no crescente número de viagens internacionais e transformando essa indústria no terceiro maior setor econômica global⁷, mas as pessoas estão viajando mais para destinos “incomuns” e também estão gastando mais dinheiro em suas viagens (considerando todos os tipos de turismo, incluindo a nova indústria turística de elite que está florescendo), o que indica que eles estão participando ainda mais no mercado do local de destino e,

⁷ O setor do turismo vem logo após a indústria de produtos químicos e combustíveis, ficando à frente dos setores automotivo e de alimentos, representando um em cada dez empregos no mundo, e sendo equivalente a 10% do PIB global (contemplando setores diretos, indiretos e induzidos) (HCCH, 2018, p. 12).

consequentemente, podem ser eventualmente submetidos à situações de abuso por não estarem familiarizados com leis locais, costumes, idioma, cultura, geografia social, etc (KOLANI, 2016, p. 104). “Um círculo vicioso é, portanto, criado onde os turistas são os dois principais alvos de fraude, dadas suas vulnerabilidades [...], e os menos capazes de fazer valer seus direitos, criando, assim, poucos inconvenientes para os fraudadores”.⁸

Como outrora afirmado (MARQUES, 2012, p. 451), estudiosos do direito do consumidor também alertam para outros desafios apresentados ao Direito por este turismo internacional de massas (TONNER, 2000, p. 205), que derivam do progresso tecnológico (reservas eletrônicas, mapas e informações sobre serviços *in locu* para estrangeiros e reservas remotas), e da enorme diversidade em que os contratos de turismo podem hodiernamente se apresentar (pacotes dinâmicos de turismo, time-sharing, turismo de aventura, turismo educacional de jovens, turismo para conferências, turismo profissional, cursos de idiomas e treinamento religioso, turismo de baixo custo, etc.).

Os dados empíricos brasileiros demonstram que o desenvolvimento de novas tecnologias impactou largamente os contratos à distância, pois muitos turistas não usam mais agências de viagens (ATHENIENSE, 2002, p. 17), optando por outros intermediários públicos e privados ou, até mesmo, contratando serviços diretamente no país de visita (por exemplo, hoje, 65,4% dos turistas estrangeiros que visitam o

⁸ Os turistas muitas vezes se encontram “em situação de vulnerabilidade adicional em comparação com o consumidor local por motivos que incluem o curto período de permanência no país visitado e a ignorância do idioma, cultura, leis e costumes locais e geografia social. Estas últimas características tornam o país visitado particularmente atraente para quem procura uma mudança de cenário. Eles também constituem grandes obstáculos para a execução de seus direitos. A ignorância da cultura local, incluindo a cultura legal, significa que, na grande maioria dos casos, o turista pode não conhecer seus direitos sob a lei local, quem são as autoridades de proteção ao consumidor (se houver), onde obter assistência, acessar à justiça, etc. A incapacidade de comunicar na língua local pode até ter a consequência de que o turista é incapaz de responder a essas questões, sem mencionar mal-entendidos” (HCCH, 2018, p. 18 – tradução livre).

Brasil não utilizam agência de viagens em seu Estado de origem).⁹ Como demonstrou a Comissão Européia em um estudo que contempla 30.000 entrevistados em todos os 28 Estados membros do bloco, somado à Turquia, Macedônia, Islândia, Montenegro e Moldávia (UE, 2016, p. 4), os europeus também estão mudando suas preferências, pois, em sua maioria, em vez de reservar suas viagens de férias através da escolha de pacotes de viagem *all inclusive*, eles geralmente tem contratado todos os serviços turísticos separadamente, impossibilitando-os de se beneficiar da proteção concedida àqueles que compram junto a agências (em termos de procedimentos de reparação, incluindo mediação ou arbitragem¹⁰) em seus respectivos países em caso de algum infortúnio.¹¹

Assim, é possível afirmar que esses desafios não podem mais ser respondidos por uma simples mudança no direito interno, ou apenas serem respondidos por leis supranacionais de processos de integração econômica como os da UE (TONNER, 2000, p. 207) e do Mercosul (PFEIFFER, 2009, p. 414) – particularmente se considerarmos os dados apresentados e todos os países que estão intrinsecamente envolvidos. Portanto, existe uma clara necessidade de desenvolver-se uma proteção internacional focada na resolução de conflitos para turistas quando viajando ao exterior, sendo esta a razão pela qual o governo brasileiro elaborou uma proposta de Convenção Internacional para proteger turistas internacionais como consumidores apresentados na Conferência de Haia de Direito Internacional: o projeto relativo a uma possível e futura Convenção sobre

⁹ Uma pesquisa do governo brasileiro em preparação para a Copa do Mundo de 2014 diz que “a maioria dos turistas que visitam o Brasil em 2010 não utilizou agências de viagens (65,4%)” (BRASIL, 2014).

¹⁰ Para mais detalhes sobre o procedimento de reparação, cf. LATIL, 2017, p. 199.

¹¹ Deve-se notar que, a partir de julho de 2018, a diretriz da UE no. 2015/2302 sobre viagens organizadas é aplicável em vez da Diretiva n. 90/314/EEC do Conselho da União Europeia de junho de 1990. No entanto, apesar de ter ampliado consideravelmente as proteções dos viajantes em relação a pacotes de viagem, agora incluindo pacotes customizados, ele é aplicável para casos de insolvência do prestador de serviço, não contemplando toda a evolução do setor de turismo (HCCH, 2018, p. 18 – nota de rodapé n. 56).

Cooperação e Acesso à Justiça para Turistas Internacionais (o chamado 'Projeto de Turismo') (HCCH, 2013).

2. Proposta Brasileira de Convenção para a Proteção do Consumidor Turista e a sua viabilidade.

O governo brasileiro apresentou uma primeira versão do projeto de Convenção sobre Cooperação e Acesso à Justiça para Turistas Internacionais à HCCH em 2013 buscando diminuir não apenas a existência de ações interjurisdicionais, as quais são custosas e ineficientes para todas as partes envolvidas, mas também para edificar estruturas competentes que pudessem auxiliar o consumidor turista em situações *ex ante*, informando-o plenamente dos seus direitos e de suas possibilidades administrativas e legais em casos de infortúnios, assim como em casos *ex post facto*, através da criação de formulários-modelo, disponibilizados em diversos idiomas para facilitar a ajuda concedida aos turistas-consumidores que possam vir a enfrentar problemas durante a sua visita a outra nação que não a sua de residência habitual, na medida em que possibilitam a coleta das informações necessárias e o registro de reclamações, aumentando a confiança dos consumidores e, assim, fortalecendo a indústria do turismo e seu crescimento.

Ademais, a proposta brasileira, que inicialmente contemplava nove artigos, igualmente objetiva promover a cooperação entre os diversos Estados através da indicação/estruturação de autoridades centrais para organizar uma rede de proteção internacional ao consumidor, assegurando assistência mútua, informação e ações combinadas para ajudar os turistas-consumidores a mitigar seus problemas preferencialmente no estado visitado, ou mesmo no estado de origem do visitante (MARQUES, 2018, p. 453-456). Por isso, inclusive, da escolha do governo brasileiro pela Conferência da Haia enquanto local para o debate e a possível estruturação de tal documento legal, vez que este foro apresenta um grande *know-how* na construção, na capacitação e na assistência de redes globais organizadas como estas.

Outrossim, cabe citar que, ciente dos gastos que incorreriam com essas estruturas, a proposta brasileira também fomenta o aproveitamento dos órgãos já existentes nos Estados para o desempenho dessas atividades,

tanto que o projeto visa assegurar que os turistas estrangeiros possam se beneficiar de sistemas de proteção ao consumidor já estabelecidos em todos os Estados e regiões signatários, como o sistema ECC-Net da União Européia e o Acordo Mercosul de 2005.

Um segundo rascunho da proposta foi apresentado em 2015 após a divulgação em abril de 2014 das Conclusões e Recomendações sobre a primeira versão (HCCH, 2015). Agora com dez artigos, esse documento foi circulado e depois de outras Conclusões e Recomendações terem sido feitas em março de 2015 e em março de 2016 nas Reuniões do Conselho da HCCH, um relatório preliminar sobre a Proposta foi apresentado na reunião de 2017, levando à solicitação de um estudo concreto sobre a conveniência e viabilidade da Proposta relativa ao Projeto de Convenção sobre Cooperação e Acesso à Justiça para Turistas Internacionais a fim de responder a algumas preocupações levantadas pelas partes na Conferência de Haia, a qual foi conduzida pelo Sr. Emmanuel Guinchard. Em seguida a reunião de março de 2017 do Conselho da HCCH, o consultor do ‘Projeto de Turismo’, Sr. Guinchard, apresentou seu relatório preliminar sobre a proposta demonstrando a necessidade de um estudo mais aprofundado, o qual foi divulgado em março de 2018, evidenciado a viabilidade do documento.

De acordo com o Relatório Final (HCCH, 2018), a possível Convenção sobre Cooperação e Acesso à Justiça para Turistas Internacionais é considerada desejável por três razões principais: para superar as lacunas informacionais, para aprofundar a comunicação entre as nações (e suas estruturas) e para promover o acesso palpável de turistas a processos administrativos/judiciais. Afinal, o estabelecimento de uma rede de segurança para contrabalançar as vulnerabilidades adicionais que o turista-consumidor apresenta no exterior parece ser um passo bastante necessário ao notar-se que os três motivos para a viabilidade do documento estão ligados à corrente denegação de justiça quando da ocorrência de micro-danos durante uma viagem – o que de modo algum parece aceitável ao considerar que o turismo é o terceiro maior setor industrial do mundo e que precisa de turistas para continuar lucrando/crescendo.

Em particular, a primeira motivação para a adoção de tal documento legal está relacionada a uma profunda lacuna informacional que os consumidores têm com relação ao conhecimento de seus direitos e

dos recursos jurídicos disponibilizados a eles sempre que visitam outro país. A falta de divulgação explícita e sistemática de informações relevantes e de assistência ao consumidor-turista no exterior pode, em última análise, levar a uma negação de justiça e, portanto, gerar uma grande decepção dos viajantes em relação a tal nação/região, o que pode levar a um aumento de casos transfronteiriços/interjurisdicionais e, até mesmo, à uma retração deste mercado em particular no futuro.

Em seu relatório, o Sr. Guinchard explicou que o mecanismo de proteção previsto pelo ‘Projeto Turismo’ é voltado à agir para evitar a insatisfação dos visitantes (*ex ante*) ao invés de criar alguma satisfação (*ex post facto*). Assim, ao conhecer a lei e os mecanismos disponibilizados ao consumidor em caso de necessidade é muito importante. Nesse sentido, ele demonstrou que apenas algumas nações fornecem tais informações “prévias” para consumidores-turistas, como a Europa, Islândia e Noruega, através da Rede ECC-Net (embora não aplicável àqueles que residam fora desses países e quando o comerciante não está baseado na UE)¹²; o Brasil, a Argentina e a Coréia ao providenciar um panfleto com os direitos básicos do turista-consumidor – os dois últimos permanentemente em sites oficiais; a Suíça, ao disponibilizar uma linha direta durante o Eurofoot de 2008; e a Grécia, oferecendo uma linha de apoio 24h em vários idiomas (HCCC, 2018, p. 28-31).

¹² A Rede CEC existe especificamente para casos transfronteiriços (viagens ou compras) nos 30 países envolvidos, mas apenas se o consumidor tiver residência na Europa. Atua preventivamente ajudando e aconselhando (profissionalmente) consumidores na Europa. A Rede CEC tem uma aplicação (ECC-Net Travel - consulte: <<http://ec.europa.eu/ecc-net>>), através da qual fornece aos turistas europeus ‘palavras relevantes’ nestes 30 países para explicar os problemas aos turistas e para que estes possam ‘exercer os seus direitos noutras países da EU’. O site oficial informa: “*The ECC-Net offers free consumer help and advice, not only by giving information (travel advice and buyers' guide for European consumers), but also by helping to avoid problems and, if necessary, it makes available for the consumer an expert who provides free services to help in settling complaints against an EU-based foreign trader*”. Dos 100.000 casos estimados por ano (a rede ECC-Net não informa o número total de casos em cada ano), 30% são de turistas e 70% são de compras online (que também podem estar ligadas ao turismo) (UE, s/d).

Assim, a expansão dessas práticas voltadas a turistas internacionais às Partes-Contratantes é desejável, especialmente porque é do interesse do Estado visitante evitar a frustração dos viajantes. De fato, deve-se ressaltar que esta melhoria informacional *ex ante* não é coberta pelas práticas de ajuda consular existentes nos Estados de origem, vez que estes apenas guiam seus cidadãos através dos canais oficiais para buscar soluções *após* a ocorrência de um acidente e somente se eles têm uma representação dentro o Estado visitado pelo turista (seu nacional). Assim, se considerarmos que a parte mais interessada é o Estado receptor – e não o Estado remetente – não apenas por almejar receber novamente os visitantes no futuro, mas também por aumentar a sua fatia deste mercado à nível global, informar os turistas sobre seus direitos e disponibilizar canais de ajuda através de órgãos de defesa do consumidor/autoridades para responder a perguntas antes da ocorrência de micro-danos (como o que é feito pela ECC-Net e em outros países através de folhetos e linhas diretas) mostra-se imperativo.

E esse tópico em particular é previsto pelo artigo terceiro da Proposta Brasileira (HCCH, 2015), que pretende promover a informação de direitos básicos em vários idiomas e a divulgação de mecanismos para prestar maior assistência e resolver disputas (pelos vias judiciais e/ou administrativas), se necessário. Não está prevista nenhuma forma específica para os países implementarem essa regra, tornando mais fácil (e mais barato) usar as estruturas e arranjos já existentes nos Estados, de modo a apenas expandi-los para todos os visitantes estrangeiros.

Outra razão pela qual tal Convenção é considerada desejável é tornar o acesso à justiça tangível para os consumidores-turistas. Com respeito a este tópico, o Sr. Guinchard listou muitas questões que podem ser superadas caso a Proposta seja aceita na HCCH, tais como: a incapacidade de os visitantes usarem arranjos de mediação/conciliação; a negação persistente do acesso à justiça em processos transfronteiriços devido a *cautio judicatum solvi*, a incapacidade de estar fisicamente presente durante o início do processo e/ou a impossibilidade de permanecer no país visitado durante toda a duração do processo; e, finalmente, a inexistência de tribunais de pequenas causas adaptados para situações de consumo transfronteiriças.

No que diz respeito a estas questões proibitivas, o Consultor destacou expressamente os desenvolvimentos positivos acerca da mediação na Coréia do Sul, cujo mercado de viagens está em ascensão, com o objetivo de criar um “ambiente turístico ideal” para que os visitantes retornem. A nação asiática inaugurou no final de 2016 a Organização de Turismo da Coréia oferecendo ajuda *ex ante* e *ex post facto* aos visitantes em vários idiomas e, até mesmo, possibilitando a realização de denúncias as quais podem compensar/reparar os turistas que sofrem micro-danos em 30 dias (caso este de sucesso, com 569 casos apresentados em meros três meses de trabalho) (HCCH, 2018, p. 20). Outro exemplo positivo que foi ressaltado pelo consultor foi a Argentina e seu dedicado mediador de disputas voltadas aos consumidores – *Defensor del Turista* – que, juntamente com profissionais da área jurídica, funcionários bilíngües e profissionais do setor turístico, ajudaram a resolver várias situações, pessoalmente ou por telefone/e-mail, o qual concedeu mais de 30.000 informações à turistas nacionais e internacionais, atuando principalmente em situações *ex ante* (HCCH, 2018, p. 21).

Estes exemplos, entre outros trazidos¹³, mostram que, ao possibilitar aos turistas-consumidores o acesso a qualquer tipo de estrutura administrativa *ex ante* ou *ex post facto*, através do qual se institui uma rede de segurança adequada e soluções eficientes, uma imagem positiva de o país é criada, terminando por potencialmente influenciar o visitante a voltar. Além disso, acredita-se que estes acordos formais levam à diminuição drástica dos casos interjurisdicionais, cujo maior beneficiário é a própria indústria do turismo, devido aos custos incorridos com tais procedimentos internacionais – sem contato o próprio consumidor, que se utiliza de um modelo mais eficiente.

Este avanço está previsto nos artigos 4º e 6º da Proposta Brasileira, que prevê não apenas a criação de um formulário-modelo de reclamação a ser preenchido pelo turista-consumidor em sua própria língua, fornecendo sua identidade, para descrever a disputa (incluindo

¹³ Outros exemplos de sucesso que fomentam a adoção da Convenção foram na Colômbia (com o *Grupo de Protección al Turista*) (HCCH, 2018, p. 22).

contra quem) sempre que ele sofre de um micro-dano^{14/15}, mas também que tal formulário deve ser apresentado a uma autoridade competente (a ser designado por cada parte contratante). Este organismo, que será responsável por fornecer as informações devidas aos visitantes, deverá também tomar “todas as medidas necessárias, incluindo o fornecimento de informações, assistência prática e encaminhamento à instituição responsável [...] ou procedimentos alternativos, ou mesmo ao tribunal competente, para tentar resolver a questão relativa ao serviço turístico que é objeto de uma queixa” (HCCH, 2015). Nesse sentido, esses órgãos podem ter um duplo objetivo: agir antes e depois de um acidente acontecer com o turista-consumidor.

Entretanto, mesmo que a mediação deva ser especificamente prevista/permitida na legislação nacional para garantir sua legitimidade, nenhuma fórmula particular para tomar tais medidas é prescrita pelo Projeto de Convenção, podendo, então, incluir não apenas ajuda presencial, mas também ajuda remota através do uso de novas tecnologias de comunicação – o que já está disponível dentro do Estado seria melhor (devido a custos!) – a fim de resolver as situações havidas durante a viagem, mas em total equiparação às condições conferidas aos nacionais, como sugerido pelo Sr. Guinchard (HCCH, 2018, p. 31-32). No entanto,

¹⁴ Como o Relatório Final indica, a Colômbia instituiu tal formulário: “[the consumer] will have to prove the usual information: name and addresses of the parties as well as a document providing his identity and of course a description of the dispute along with relevant evidence. The complaint may only be submitted in writing by post. No email or phone number or online form is provided. The authority will investigate the case and, accordingly, impose or not, administrative sanction, which may ultimately be challenged before the administrative courts after the exhaustion of international recourses within the administration” (HCCH 2018, p. 22).

¹⁵ O Brasil também tem um exemplo similar de 2019 do uso de tal formulário na Copa América, quando os formulários foram usados em algumas cidades-sede (por exemplo, Porto Alegre e Rio de Janeiro) por turistas para queixas de micro-danos civis sofridos durante sua permanecia nestas cidades - formulários estes que foram submetidos aos PROCONs locais (à luz do Código de Defesa do Consumidor), haja vista serem estes responsáveis por investigar as situações e, se necessário, aplicar multas aos prestadores de serviços.

deve-se notar que, no caso de falha na prevenção de danos através de oferta adequada de informação *ex ante*, a Convenção promove que medidas sejam tomadas ainda dentro da nação visitada, tal como acima sustentado (por ser de seu interesse que a questão seja resolvida antes do retorno do viajante ao seu país de origem) e, como resultado, prescreve a necessidade de as ações serem imediatas e rápidas (HCCH, 2018, art. 6[4]), devido ao curto período de tempo que os turistas têm disponível no país de visita.

Por essa razão, o estabelecimento de autoridades/órgãos parece ser essencial, para que eles possam realizar a intermediação entre o comerciante/provedor de serviço situado dentro de seu território e o turista (em seu próprio idioma) – o que o consultor entende como “ser suficiente para convencer [o comerciante/prestador de serviços] da necessidade de considerar seriamente a queixa do turista estrangeiro” (HCCH, 2018, p. 2). E em tempos em que a pontuação e as *reviews* dos clientes estão em alta¹⁶, as críticas podem levar a retração nos ganhos de algumas empresas (e, eventualmente, levar o turismo em uma determinada localidade a perecer) – ou o contrário (*cf.* XIANG; GRETZEL, 2010, p. 179-188; HARRISSON; WAKER, 2001, p. 61-75; JEONG; JANG, 2011, p. 356-366).

Essas autoridades/órgãos também devem desempenhar outro papel importante: estabelecer conexões adequadas entre as autoridades do país visitado e o país de origem do consumidor-turista para pôr a cooperação em prática. Essas autoridades podem exercer o papel de “pontos de contato” (SQUEFF, 2017, p. 261-299) para que a comunicação entre as partes contratantes sobre uma determinada situação *ex post facto* ocorra, a fim de coletar informações sobre as leis de um determinado Estado, para dar seguimento a um determinado assunto que começou ainda no país visitado pelo turista, e para ajudar a superar as dificuldades práticas de contatar-se o comerciante/prestador de serviços estabelecidos em outra nação (HCCH, 2018, p. 3). “Inclusive, há evidências de reclamações levadas a cabo por turistas aos órgãos [voltados à proteção de consumidores] no seu retorno”, tornando essas autoridades ainda mais

¹⁶ “[R]eviews play an important role in the trip planning process for those who actively read them. They provide ideas, make decisions easier, add fun to the planning process and increase confidence by reducing risk making it easier to image what places will be like” (YOO, 2008, p. 35-46).

desejáveis para fins de comunicação (HCCH, 2018, p. 49 – tradução nossa). E se a cooperação for mais eficiente, não apenas os custos serão reduzidos para visitantes e prestadores de serviços, mas, desde uma perspectiva de confiança em instituições, tais estruturas certamente colaborarão para a imagem do país quando se trata de atrair turistas para novas visitas, o que justifica a conveniência de tal documento para evitar a denegação da justiça.

Além disso, de modo a impedir uma denegação maior da justiça, se todas essas medidas administrativas fracassarem, os consumidores-turistas ainda devem poder acessar as esferas judiciais do Estado visitado. E aí há dois grandes obstáculos para os turistas-consumidores buscarem reparação de acordo com o Consultor da HCCH: a incapacidade de estar fisicamente presente durante o início do processo perante um tribunal do país visitado ou/e a impossibilidade de permanecer dentro desse território por todo o desenrolar da ação. Em relação a isso, mais uma vez, apesar do Projeto de Convenção enfatizar a necessidade de informar corretamente os turistas sobre seus direitos *ex ante*, para que um processo judicial não seja nem iniciado, a Proposta Brasileira é deseável, pois também prescreve no artigo 3º que os turistas devem ser devidamente informados das alternativas judiciais que estão à sua disposição para buscar uma devida reparação *ex post facto*, além de abordar, no artigo 7º, a não-discriminação em relação ao acesso à justiça (*stricto sensu*) ou à meios alternativos (ADRs) entre nacionais e estrangeiros (HCCH, 2015).

A solução para esses casos pode incluir a possibilidade de turistas serem representados no exterior por agências/órgãos voltados a auxiliar consumidores (como aqueles a serem criados de acordo com o artigo 6º do texto da proposta) ou por qualquer outro “ponto de contato”¹⁷ (para que os

¹⁷ O relatório final sugere que o mecanismo implementado pela Suíça quando se trata de casos transfronteiriços é um exemplo positivo, onde “indivíduos domiciliados no exterior apresentam documentos a qualquer representação diplomática ou consular suíça no exterior”. Se o documento legal for adotado, isso seria realizado através das autoridades centrais (HCCH, 2018, p. 34)

consumidores possam comparecer ao tribunal por *proxy*¹⁸); o uso de ferramentas de comunicação modernas com a ajuda da Internet e/ou de outras tecnologias (para possibilitar a participação do consumidor¹⁹ ou para superar barreiras linguísticas, por exemplo); a criação ou a disponibilidade de plataformas dedicadas/específicas para a resolução de disputas²⁰ de turistas à luz da cláusula de não-discriminação; e, até mesmo,

¹⁸ Esse é o exemplo do Uruguai, onde “é possível iniciar um procedimento via *proxy*” (mesmo que a presença física do requerente seja considerada necessária na audiência inicial) (HCCH, 2018, p. 34).

¹⁹ Mediação/conciliação remota é possível em Hong Kong, de acordo com o Relatório Final. O documento também aponta que outros países também sugeriram esta possibilidade em certas circunstâncias, como na Argentina, Brasil, China Continental, Croácia, República Tcheca, França, Alemanha, Israel, Japão, Lituânia, Paraguai, Portugal, Romênia, Seychelles, Eslováquia, Eslovênia, Espanha (Catalunha), Suécia e Suíça. Em matéria de processos instaurados no exterior, embora a Internet (por exemplo, Israel e Lituânia) ou pós (por exemplo, Bulgária e Ucrânia). Assim, é possível dizer que as novas tecnologias estão tornando a justiça mais palpável (HCCH, 2018, p. 32 e 34).

²⁰ Na verdade, essa possibilidade de plataforma de ADR (“*Alternative Dispute Resolution*”) com uma ferramenta de tradução automática é considerada um dos métodos mais adequados/proporcionais para resolver reclamações sobre micro-danos ex post facto, já que não apenas os turistas não se preocupariam com o tempo de sua estadia ou sua presença física (porque estariam disponíveis quando o consumidor retorna à sua origem), mas também por causa de custos, pois não haveria necessidade de envolver tribunais e honorários indiretos com representantes legais para ambos os lados envolvidos (e até mesmo para superar outras questões, como a *cautio judicatum solvi*) (HCCH, 2018, p. 47 e 50). Não apenas isso, esses procedimentos são rápidos e eficazes, como o exemplo da plataforma brasileira <consumidor.gov.br> que resolve 80% dos seus casos em uma média de 10 dias, sem quaisquer intermediários, deixando as partes livres para transacionar livremente. Existem outros exemplos, como o Regulamento Europeu sobre ODR em vigor na Europa (MORENO, 2019, p. 61), embora limitado a compras on-line e aberto a residentes europeus. Nesse sentido e à luz dos custos, os países que já possuem essas plataformas poderiam disponibilizá-las para visitantes internacionais como já fazem com seus nacionais, cumprindo, inclusive, com a cláusula de não-discriminação.

a criação de tribunais de pequenas causas aptos a lidar situações de consumo transfronteiriças (HCCH, 2018, p. 34-35, 38-39 e 45-47).

Particularmente em relação aos tribunais de pequenas causas, eles teriam que passar algumas reestruturações já que as audiências diante desse tipo de corte são programadas em média de 15 a 30 dias a partir da propositura da ação (e elas deveriam ser mais rápidas) (HCCH, 2018, p. 48) e temas de maior complexidade, como aqueles que envolvem o direito internacional privado, não são geralmente aceitos²¹ (HCCH, 2018, p. 33). Além disso, cláusulas como o *forum non conveniens*, amplamente usada para impedir que os processos sejam ouvidos em determinada jurisdição, também deveriam ser rejeitadas, não apenas em tribunais de pequenas causas, mas em qualquer processo judicial envolvendo questões relacionadas ao consumidor, para atender aos propósitos da Convenção sobre o acesso à justiça²².

Finalmente, no que diz respeito aos procedimentos regulares, outra cláusula igualmente deveria ser reajustada para evitar denegação de justiça em casos de consumidores-turistas: a *cautio judicatum solvi*. É amplamente conhecido que essa cláusula limita a possibilidade de os consumidores usarem os tribunais comuns de outras nações (isto é, fora do âmbito dos tribunais de pequenas causas), uma vez que eles geralmente impõem sérios custos aos visitantes para obter alguma reparação proveniente de um acidente em suas viagens e, tal como o consultor indicou em seu relatório, alguns tribunais têm o poder discricionário de estabelecer o montante a ser oferecido em caução e o prazo em que ela deve ser fornecida (HCCH, 2018, p. 35-37). Neste sentido, para evitar qualquer discriminação em relação aos visitantes e, assim, defender as prescrições internacionais de direitos humanos em matéria de igualdade, a Convenção é desejável uma vez que propõe explicitamente no artigo 8º a não-discriminação em matéria de caução de custas judiciais ou quaisquer outros custos (HCCH, 2015). Além disso, deve-se recordar que esta mesma

²¹ Caso sejam, isso decorre de alguma conexão com a residência do consumidor, do fornecedor do produto comprado/serviço e/ou do território onde o processo foi iniciado. Especificamente sobre isso, cf. SOARES, 2016, p. 340.

²² Para um argumento similar, cf. LEAR, 2007, p. 559-603; e LIU, 2014, p. 137-173.

cláusula já está em vigor no artigo 14 da Convenção de Haia de 1980 sobre Acesso à Justiça²³, celebrando o livre acesso aos tribunais como forma de não denegar a justiça à estrangeiros que não estejam domiciliados ou não residam habitualmente dentro do país – mormente quando comparado ao acesso que os nacionais têm aos tribunais.

Conclusão

Se quisermos fazer uma avaliação da proposta brasileira sobre a proteção dos turistas internacionais, é importante ressaltar que o estudo concluído do Consultor é muito positivo em relação à continuação do Projeto de Turismo na Conferência de Haia (MARQUES; DAN, 2019). O Sr. Guinchard deixou muito claro que a proposta não é apenas muito necessária para proteger os visitantes internacionais à luz das novas tendências dos influxos internacionais de turismo, mas também porque esses movimentos e os seus novos contornos tendem a deixar o visitante ainda mais vulnerável, exatamente por ele não ser coberto pelas prescrições tradicionais, seja porque o país não está devidamente preparado para lidar com um possível contratempo, especialmente quando envolve múltiplas jurisdições; seja porque seus funcionários não são treinados adequadamente ou não possuem as habilidades adequadas para contatar ou entender o turista-consumidor; seja porque o consumidor sequer é informado do seu direito de buscar uma reparação ou ele não o faz por causa de regras discriminatórias existentes quando comparado aos nacionais – questões essas que são todas resolvidas com a proposta.

Afinal, o Brasil afirmou que uma cooperação almejada pelo Projeto Turismo é necessária para assegurar não só a prestação de informação e a assistência mútua aos turistas por meio de órgãos/estruturas de defesa do consumidor ou através de outras ferramentas estruturadas

²³ “No security, bond or deposit of any kind may be required by reason only of their foreign nationality or of their not being domiciled or resident in the State in which the proceedings are commenced, from persons (including legal persons) habitually resident in a Contracting State who are plaintiffs or parties intervening in proceedings before courts or tribunals of another contracting state. The same rule shall apply to any payment required of plaintiffs or intervening parties as security for court fees” (HCCH, 1980).

para informar e ajudar turistas internacionais *ex ante* ou *ex post facto*, mas para garantir, ao cabo, o acesso à justiça no país visitado, evitando a discriminação de turistas estrangeiros em relação aos nacionais quanto à caução e/ou o acesso a processos administrativos ou judiciais, facilitando a fiscalização da proteção por lei e permitindo ao consumidor-turista obter uma solução para seus problemas ainda no país visitado, onde sofrera de um micro-dano. Desta forma, o projeto em debate na HCCH iria evitar “litígios transfronteiriços *ex post facto* em matéria de consumo, que não só são ineficientes para proteger os direitos dos consumidores, mas também são muito onerosos para a indústria do turismo e para o consumidor.

Até mesmo porque, as disputas internacionais caras e ineficientes, bem como a multiplicação de micro-danos aos turistas estrangeiros, os quais são geralmente privados de justiça, poderiam ser evitadas se houvesse uma rede global de proteção ao turista entre os agentes envolvidos como proposto pelo Brasil. E a proposta do governo brasileiro, visando estabelecer uma rede usando órgãos existentes de defesa do consumidor e outros sistemas nacionais de proteção ao consumidor organizados por autoridades centrais – uma especialidade HCCH – para proteger turistas estrangeiros ainda no país de visita, evitando (ou pelo menos minimizando) danos atuais e futuros incorridos por eles, tornando a reparação, portanto, eficiente, seria muito útil.

Apesar disso, a pergunta que nos direciona é se seria possível contribuir um documento mandatório como este, o qual prescreve a construção de uma rede global envolvida na proteção do consumidor para, de modo apropriado, proteger turistas estrangeiros através da prestação correta de informação e cooperação (MARQUES, 2013, p. 39-64). E a resposta é sim! Como não há sobreposição desta Proposta de Convenção com outros documentos legais, especialmente aqueles construídos sob os auspícios da UNWTO, os quais são destinados a situações de *force majeure*, parece não só desejável como viável que se edifique esse texto legal.

Ademais, ao se usar as estruturas já existentes dentro dos Estados, os custos de um novo documento irão diminuir e uma reação positiva poderia ser criada entre os turistas, como a confiança e confirmação de que se algum infortúnio acontecer, o consumidor terá a possibilidade de buscar algum tipo de compensação, o que, ao seu turno, pode levar a um aumento

do turismo em uma dada região – o que é bom para os serviços turísticos e para o PIB do país. Outrossim, é ainda possível apontar que tal cooperação almejada pelo Projeto, além de expandir a ajuda nacional à estrangeiros, as autoridades centrais poderão igualmente identificar fraudes e esquemas ilícitos, criando um ambiente mais seguro e atrativo para o turismo.

Assim, em última análise, deve ser ressaltado que se espera que a Conferência da Haia prepare uma rede de cooperação que aumente a proteção de turistas, providenciando as informações *ex ante* apropriadas e evitando discriminação quanto ao acesso à justiça e à meios alternativos de resolução de litígios. Não importa se ao cabo será edificado um documento *hard law*, como proposto pelo Brasil, ou se os debates culminarão em um instrumento *soft law* – o que é essencial é que o consumidor-turista seja de alguma forma tutelado quando visitando outro Estado, seja ele do Norte ou do Sul Global.

Referências bibliográficas

- ATHENIENSE, L. R. *A responsabilidade jurídica das agências de viagens*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BRASIL. *Turismo no Brasil 2011-2014*. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/export/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/Documento Referencial Turismo no Brasil 2011-2014.pdf. Acesso em 15 ago. 2019.
- FIAGC. *Letter to the Hague Conference's Secretary-General*. Sept. 3rd, 2018.
- GRETZE, U.; YOO, K. Use and Impact of Online Travel Reviews, in O'CONNOR, P.; HOPKEN, W.; GRETZEL, U. (eds.), *Information and Communication Technologies in Tourism*. Vienna: Springer, 2008, p. 35-46.
- HARRISSON, L; WAKER, J. E-complaining: a content analysis of an internet complaint forum, *Journal of Services Marketing*, v. 4, n. 1, 2001, p. 61-75.
- HCCH. *Annex to the 'Final Report of the Experts' Group on the Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism*

Project)', 2018. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/protection-of-tourists>. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. 'Proposal by the Government of Brazil on a draft convention on co-operation and access to justice for international tourists', HCCH legislative projects, 2013. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/protection-of-tourists>. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. 'Proposal by the Government of Brazil on a draft convention on co-operation and access to justice for international tourists', 2015. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5bf9d2a.pdf>. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. *Hague Convention on International Access to Justice*, 1980. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=91>. Acesso em 15 ago. 2019.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *First Report of the ILA's Committee on International Protection of Consumers*. 2010. Disponível em: www.ila-hq.or/en/committees/index.cfm/cid/1030 Acesso em 15 ago. 2019.

JEONG, E.; JANG, S. Restaurant experiences triggering positive electronic word-of-mouth (eWOM) motivations. *International Journal of Hospitality Management*, v. 30, 2011, p. 356-366.

LATIL, C. L'exécution défectueuse du contrat de vente de voyages à forfait en droit international privé, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2017, p. 199 et seq.

LEAR, E. National Interests, Foreign Injuries, and Federal Forum Non Conveniens, *University of California, Davis, Journal*, v. 41, 2007, p. 559-603.

LIU, C. Escaping liability via forum non conveniens: Conocophillips's Oil Spill in China, *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, v. 17, 2014, p. 137-173.

MARQUES, C. L. Esforços atuais para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta

brasileira de “Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90, 2013, p. 39-64.

_____. Nota sobre a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e a Proteção Internacional dos Consumidores, in RAMOS, A. Carvalho; ARAÚJO, N. (eds.), *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos da Sociedade – 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 453-456

_____. The Need for a Global Cooperation Network to Protect Foreign Tourists/Consumers and the comeback of Private International Law, in *The permanent bureau of the Hague Conference on Private International Law: a Commitment to Private International Law – Essays in honor of Hans van Loon*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 311-323.

_____. Towards a global approach to protect foreign tourists, in SIERRALTA, A.; MARQUES, C. L., MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (eds.), *Derecho Internacional, Mundialización y Gobernanza*. CEDEP, 2012, p. 449-455.

_____; DAN, W. *A possible future Convention on Cooperation and Access to Justice for International Tourists at the Hague Conference*: note on the Final Report and First Expert Group Meeting. Florence: European Institute, 2019 [no prelo].

MORENO, G. P. Accesso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado, *Rev. Fac. Direito de Uberlandia*, v. 47, n. 1, 2019, p. 61-91.

PFEIFFER, R. A. Castellanos. Consumer Defense in Mercosur: A Balance and Recent Challenges, in BOURGOIGNIE, T. (ed.). *L'intégrationéconomique et la protection du consommateur*, Blais, 2009.

ROSER, M. *Tourism*, in *Our World in Data*. 2019. Disponível em: <https://ourworldindata.org/tourism>. Acesso em 15 ago. 2019.

SOARES, A. Perspectivas sobre os aperfeiçoamentos das regras de proteção internacional do consumidor no Brasil, Argentina, Alemanha e União Europeia, in MENEZES, W. (ed.), *Direito Internacional em Expansão*, vol. IX. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

SQUEFF, T. C. Para além da cooperação internacional: a positivação do auxílio direto no novo Código de Processo Civil, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 100, 2017, p. 261-299

TANG, Z. S . Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Law, 2. Ed. Portland: Hart publishing, 2015.

TONNER, K. Electronic Commerce and Travel Law, in T. Wilhelmsson et al. (ed.), *Consumer Law in theInformation Society*, Kluwer, 2000.

UNIÃO EUROPEIA (UE). *EEC-Net*. Bruxelas, s/d. Disponível em: http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. European Commission. *Flash Eurobarometer 432: preferences of Europeans towards tourism*, March 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/yearForm/1974/yearTo/2016/surveyKy/2065>. Acesso em 15 ago. 2019.

UNWTO. *Understanding Tourism: basic glossary*. Madrid, s/d. Disponível em: <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/glossaryenrev.pdf>. Acesso em 15 ago 2019.

_____. *Tourism Highlights*. Madrid, 2018a. Disponível em: <http://www2.unwto.org/publication/unwto-tourism-highlights-2018>. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. *World Tourism Barometer*. Madrid, Jan. 2019. Disponível em: <https://www.e-unwto.org/doi/abs/10.18111/wtobarometereng.2019.17.1.1>. Acesso em 15 ago. 2019.

_____. *World Tourism Barometer – v. 16*. Madrid, Jan. 2018b. Disponível em: http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/pdf/unwto_barom18_01_january_excerpt_hr.pdf. Acesso em 15 ago. 2019

_____. *Tourism Highlights*. Madrid, 2017. Disponível em: <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419029>. Acesso em 15 ago. 2019.

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

VIEIRA, L. K. El Proyecto de Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, mai./jun. 2015, p. 159-181.

XIANG, Z; U. GRETZEL, U. Role of social media in online travel information search, *Tourism Management*, v. 31, n. 2, 2010, p. 179-188

NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO DE TERCEIROS

*Carlos Affonso Souza e
Vinícius Padrão*

1. Introdução

Não há dúvidas de que a Internet, em sua terceira década de exploração comercial, representou uma revolução nas mais variadas experiências humanas. Da comunicação ao comércio, do entretenimento ao estudo, poucas são as áreas de nossas vidas que não foram radicalmente afetadas pela sua expansão. Com o consumo e o desenvolvimento do Direito do Consumidor não poderia ser diferente.

Mas como lidar com um ambiente que parece marcado por uma cada vez mais acelerada transformação? Como proteger direitos e garantias fundamentais quando cada novidade tecnológica parece tomar por assalto uma audiência que, com dois ou três cliques, tem à sua disposição novos produtos e serviços disponibilizados globalmente?

Não por outro motivo a primeira reação às transformações trazidas pelo desenvolvimento da rede foi um certo repúdio com relação a qualquer tentativa de controle. A Internet deveria estar alheia de qualquer regulação estatal para que pudesse se consolidar como um espaço de livre fluxo de informações (BARLOW, 1996). Essa tese, tão vocalmente defendida por autores como John Perry Barlow, não tardou a ser ultrapassada por leis, decretos e regulamentos que passaram a cobrir temas como liberdade de expressão e responsabilidade, privacidade, proteção de dados, direitos autorais, dentre tantos outros.

No Brasil, o tema da regulação da Internet apareceu já no final dos anos noventa. O Direito do Consumidor foi um dos primeiros campos a ser acionado no momento em que se questionava se o Código de Defesa do Consumidor, que seguia para completar a sua primeira década, seria ou não aplicável às relações travadas online. Essa dúvida, felizmente, foi rapidamente superada pela conclusão de que o ambiente online não

demandava necessariamente a edição de novas leis. Não é porque se está diante de uma inovação tecnológica que a mesma deve sempre ser acompanhada de uma transformação legislativa. É preciso estar atento para saber definir quando e de que forma o legislador precisa atuar para dar conta dos novos desafios trazidos pela inovação tecnológica.

Esse foi justamente o trabalho envolvido na criação do chamado Marco Civil da Internet. Quando se tornou claro que os tribunais brasileiros estavam decidindo temas sobre responsabilidade civil das diversas formas, ora aplicando o CDC, ora o Código Civil, ora importando uma tese desenvolvida alhures, se fez necessária uma reflexão sobre os rumos desse e de outros debates sobre a regulação da rede no País. Prontamente questões como liberdade de expressão, privacidade e neutralidade da rede entraram no radar. Conforme destacou Ronaldo Lemos em texto que se mostrou seminal para o debate: “para inovar, um país precisa ter regras civis claras, que permitam segurança e previsibilidade nas iniciativas feitas na rede (como investimentos, empresas, arquivos, bancos de dados, serviços)” (LEMOS, 2007).

A promessa de que a omissão estatal seria necessária para que os direitos naturalmente se realizassem na rede não se concretizou. Ao contrário, em diversos momentos, verificou-se o cerceamento de direitos constitucionalmente garantidos, sobretudo o direito à liberdade de expressão¹. Com efeito, ganhou força no Brasil movimento em favor da elaboração de mandamento legal que garantisse a internet como ambiente livre e democrático.

Nessa conjuntura, concebeu-se, a partir de um processo legislativo que contou com o engajamento da sociedade civil por meio da Internet, a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet (“MCI”). O MCI, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, divide os prestadores de serviço na Internet em dois grandes grupos: os provedores de conexão à Internet, aqueles dedicados a prover o acesso à Internet, e os provedores de aplicações de Internet, cuja tarefa é disponibilizar as funcionalidades que podem ser acessadas por meio da Internet.

¹ Vide BRANCO, 2016.

Quanto aos provedores de conexão à internet, o Marco Civil da Internet os isentou de qualquer responsabilidade acerca dos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros². Trata-se de tema pouco controvertido na experiência internacional, já que não haveria mesmo nexo de causalidade que implicasse na responsabilidade de quem simplesmente possibilita o acesso à Internet pelo conteúdo que eventualmente terceiro vier a publicar. Isso não impede que os mesmos provedores de conexão sejam responsabilizados por ato próprio, vale lembrar, como quando não prestam os serviços contratados.

Por sua vez, no tocante à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros, o *caput* do art. 19 da Lei³ esclarece que: (i) a responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros só restará configurada quando este descumprir ordem judicial que determina a remoção de conteúdo; (ii) via de regra, a mera notificação extrajudicial não ensejará o dever de retirada do material questionado; e (iii) o Poder Judiciário é a instância legítima para, ao definir a ilicitude dos conteúdos, traçar os limites da liberdade de expressão na rede (TEFFÉ, 2015, p. 67-74).

A despeito disso, o Marco Civil da Internet não impede que os provedores de aplicações de Internet removam conteúdos, seja de ofício seja após notificação extrajudicial, caso verifiquem violação aos termos de uso da plataforma. Fato é que, nos primeiros anos de vigência do Marco

² Art. 18, da Lei nº 12.965/14: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. Cumpre ressaltar que o disposto no artigo em questão diz respeito tão somente a responsabilidade dos provedores de conexão por conteúdo de terceiros. Em momento algum – e nem poderia – o dispositivo ilegal isenta esses provedores dos danos que vierem a causar por atos próprios.

³ Art. 19, *caput*, da Lei nº 12.965/14: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

Civil, essa postura ativa dos provedores não gerou maiores controvérsias em território nacional. No entanto, em especial por conta do fenômeno da desinformação, impulsionado pelo compartilhamento de notícias falsas nas redes sociais, e da necessidade de se combater o discurso de ódio na rede, passou-se a demandar uma postura mais atuante dos provedores de aplicações de internet em relação ao conteúdo de terceiros em sua plataforma.⁴

Nessa direção, os provedores têm adotado comportamento cada vez mais ativo em relação à remoção de conteúdo postado por terceiros como forma de manter a integridade de suas plataformas. Mas essas medidas se dão a partir de quais diretrizes? Como elas são aplicadas na prática? A ausência de comunicação clara sobre como essas remoções acontecem terminam por gerar um problema adicional. Quando os provedores não removem o conteúdo apontado como infringente, alegando ser o mesmo protegido por liberdade de expressão, questiona-se a sua inação. Ao mesmo tempo, quando eles vão adiante e promovem a retirada ativa e a partir de critérios pouco transparentes também são criticados pela sua atuação. Como legisladores, reguladores e magistrados podem contribuir para reduzir as complexidades e garantir que direitos venham a ser preservados nesse contexto?

Esse questionamento reflete os dois lados do regime de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros. Em um primeiro lado, há o regime previsto no artigo 19 do Marco Civil da Internet, segundo o qual a responsabilidade do provedor de aplicações de Internet só restará configurada quando houver o descumprimento de uma decisão judicial. Enquanto que, no outro lado, encontra-se a responsabilidade civil nas situações em que o provedor de aplicações incorretamente remove, seja *ex officio* seja após notificação extrajudicial, conteúdo de terceiros, implicando restrição indevida a direitos constitucionalmente garantidos, como os direitos à liberdade de

⁴ Um exemplo de como o setor privado busca comunicar as medidas adotadas para remoção de conteúdo em plataformas pode ser encontrada no relatório “Working to stop Misinformation and False News”, elaborado pelo Facebook: <<https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>>. Acesso em: 13.06.2019.

expressão e à livre iniciativa. Aqui já se trataria de uma hipótese de responsabilidade civil por ato próprio e não mais por ato de terceiro.

2. A responsabilidade dos provedores antes do marco civil da internet

Anteriormente à edição do Marco Civil da Internet uma pluralidade de entendimentos tomou o Judiciário pátrio no que concerne à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros. Nessa conjuntura, que se fez presente tanto no *âmbito da prática jurídica quanto no ambiente acadêmico, três correntes obtiveram notoriedade*.

O primeiro entendimento, que recebeu influência direta do regime norte-americano, buscava isentar o provedor de aplicações de qualquer responsabilidade oriunda das condutas de seus usuários. Para os adeptos desta corrente, o provedor, mero intermediário entre o ofensor e a vítima, não adota nenhuma conduta capaz de atrair para si a responsabilidade pelos atos do terceiro. Em breve síntese, defendia-se a inexistência de nexo de causalidade entre o serviço oferecido pelo provedor de aplicações de internet e o dano suportado pela vítima em razão da postagem do conteúdo ofensivo.

Em oposição, a segunda corrente, cujo fundamento jurídico era o defeito da prestação do serviço em uma relação de consumo, defendia uma responsabilização objetiva dos provedores de aplicações de Internet. Assim, à luz de tal posicionamento, bastava que o dano ocorresse na plataforma administrada pelo provedor para que este fosse responsabilizado civilmente⁵. A tese pela responsabilidade objetiva dispunha que o controle prévio de todo e qualquer conteúdo gerado por

⁵ Com opinião crítica, Erica Barbagalo já pontuava: “As atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, não implicam em riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria, definitivamente, onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e consequentemente, atravancar o desenvolvimento”. (BARBAGALO, 2003, p. 361)

usuários em suas plataformas era parte da atividade desenvolvida pelos provedores de aplicações de Internet.

O dever prévio de fiscalização afetaria de forma considerável o exercício de liberdade de expressão na Internet, comprometendo a disseminação de ideias e a possibilidade de se informar. O resultado direto dessa medida seria a privatização do poder de circunscrever o que é ou não liberdade de expressão⁶ (BARBAGALO, 2003, p. 361). Nesse sentido, antes mesmo da promulgação do Marco Civil da Internet, o STJ, em voto da Ministra Nancy Andrighi já considerava, a despeito de reconhecer a relação consumerista entre as partes, ser inaplicável o regime de responsabilidade objetiva:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET.
RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC.
GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR
DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS
INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS.
DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO
OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO
NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE
CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR.
DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA
IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER.
REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. (...) A
fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das
informações postadas na web por cada usuário não é atividade
intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar

⁶ Nas palavras de Marcel Leonardi, “Do mesmo modo, um provedor de hospedagem não exerce controle direto sobre as atividades de seu usuário, assim como o proprietário de um imóvel não controla diretamente o que faz seu inquilino, ocorrendo a mesma situação com provedores de conteúdo que disponibilizam espaço para divulgação de mensagens sem exercer controle editorial prévio sobre o que é publicado. Em todas estas hipóteses, não existe relação de causalidade entre a conduta dos provedores e o dano experimentado pela vítima. Afigura-se preocupante o crescente desejo social de, com fundamento na teoria do risco criado, responsabilizar objetivamente os provedores de serviços de Internet também pelas condutas de terceiros.” (LEONARDI, 2006, p. 110).

defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02 (...). (STJ, REsp no 1186616, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. em 23.08.2011, DJe. 31.08.2011.)

Após a promulgação do Marco Civil da Internet, o tema voltou a ser discutido no âmbito do STJ. Na oportunidade, o Ministro Marco Buzzi ratificou o entendimento consolidado pela corte ao afirmar que:

Nesses julgados, consolidou-se o entendimento de que não se aplica, em casos com o destes autos, a responsabilidade objetiva com base no art. 927, parágrafo único, do CC, mas sim a responsabilidade subjetiva, pois o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da Internet, tendo em vista não lhe ser exigido o controle prévio do conteúdo disponibilizado por usuários. (...) Considerando que a responsabilidade civil do provedor de Internet, em casos como este, é subjetiva, bem assim que não ficou caracterizada nenhuma conduta ilícita do ora agravante capaz de ensejar a sua responsabilização, merece reforma o acórdão recorrido, afastando-se a aplicação da teoria do risco. (STJ, 4^aT., REsp. 1.501.187/RJ, rel. Min., Marco Buzzi. J. em 16.12.2014, DJe 03.03.2015)

Fato é que, à luz dos valores presentes no ordenamento jurídico pátrio, não há espaço nem para teses que isentam os provedores de qualquer responsabilidade nem para aquelas que incentivam a filtragem de conteúdo e, consequentemente, promovam a censura privada. Nesse cenário, emergiu terceiro entendimento, segundo o qual a responsabilidade civil dos provedores era subjetiva e pressupunha um comportamento identificável do provedor que pudesse atrair para si a responsabilização pela conduta desempenhada pelo seu usuário.

A tese da responsabilidade civil subjetiva subdividiu-se em dois entendimentos: (i) para alguns, a responsabilidade civil estaria configurada quando, notificado extrajudicialmente de conteúdo ilícito publicado por terceiro, o provedor não excluisse o suposto conteúdo danoso de sua plataforma, contribuindo para a ampliação do dano (sistema conhecido como *notice and takedown*⁷); enquanto que, para outros, (ii) o fato gerador da responsabilidade civil dos provedores só seria verificado quando houvesse descumprimento de decisão judicial que ordenasse a remoção de determinado conteúdo.

A dificuldade maior apresentada pelo modelo de responsabilidade subjetiva após notificação privada é a delegação aos provedores de aplicações de Internet, via de regra empresas privadas, da missão de definir o que é um conteúdo ilícito frente ao ordenamento jurídico pátrio, tarefa que, muitas vezes, é desafiadora até mesmo para o magistrado. Em perspectiva pragmática, com o intuito de se blindar de futuras ações indenizatórias, os provedores optariam por remover qualquer conteúdo que fosse denunciado, representando sensível risco para a liberdade de expressão dos usuários.

Em direção oposta, a segunda vertente, cujo fundamento para a responsabilização civil é o descumprimento de ordem judicial, elege o Poder Judiciário como competente para definir, à luz do ordenamento jurídico, se um conteúdo é efetivamente ilícito, determinando assim a sua remoção. A responsabilidade dos provedores adviria justamente do não atendimento dessa determinação judicial.

⁷ Antes da aprovação do Marco Civil da Internet, esse entendimento encontrou grande amparo nos tribunais nacionais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. Conferir: STJ. REsp 1.337.990/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 21 de agosto de 2014; STJ. REsp 1.323.754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012; STJ. REsp 1.328.706/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013; e STJ. REsp 1.406.448/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013.

3. O lado “a” da responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet: o *caput* do artigo 19 do marco civil da internet

Ao sopesar os prós e os contras de cada uma das correntes pormenorizadas acima, regime adotado pelo legislador veio a ser expresso no artigo 19 do Marco Civil da Internet. De acordo com o dispositivo legal, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, remover o conteúdo.

A depender da natureza do direito supostamente violado pelo conteúdo de terceiros, o Marco Civil da Internet adota exceções ao regime de responsabilidade previsto no *caput* do artigo 19, admitindo-se excepcionalmente a mera notificação privada como capaz de ensejar a remoção do conteúdo sob pena de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet. Essa é a solução adotada para as situações em que há divulgação sem consentimento de seus participantes de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou sexo (artigo 21⁸). Existe também uma exceção para conteúdos protegidos por direitos autorais, cujo regime de responsabilidade ainda precisa ser definido por reforma legislativa sobre o tema (§2º do artigo 19⁹). Até lá, cabe ao Judiciário definir o regime de responsabilização aplicável para esses casos.

⁸ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsável subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

⁹ Art. 19. (...)§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá

Além da escolha do Poder Judiciário como competente para determinar o equilíbrio entre os princípios constitucionais, optou-se por esse regime no artigo 19 em razão da subjetividade inerente aos critérios a serem considerados pelos provedores na retirada de conteúdo na Internet, o que, em última instância, poderia trazer prejuízos à diversidade e ao grau de inovação, implicando sério entrave para o desenvolvimento de novas ferramentas na rede. Nesse sentido, afirmou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores e, se for o caso, fixar a reparação civil cabível contra o real responsável pelo ato ilícito. Ao provedor não compete avaliar eventuais ofensas, em virtude da inescapável subjetividade envolvida na análise de cada caso. Somente o descumprimento de uma ordem judicial, determinando a retirada específica do material ofensivo, pode ensejar a reparação civil. Para emitir ordem do gênero, o Judiciário avalia a ilicitude e a repercussão na vida do ofendido no caso concreto. Ademais, mesmo não sendo aplicável ao caso, pois os fatos narrados nos autos são anteriores à sua vigência, observa-se que o Marco Civil da Internet, Lei no 12.965/14, disciplinou, em seu artigo 19, o tema no sentido acima exposto [...] Em harmonia com os preceitos dessa norma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a responsabilidade dos provedores de hospedagem e de conteúdo depende da indicação, pelo autor, do respectivo URL [*Universal Resource Locator*] em que se encontra o material de cunho impróprio. (STJ, 3a T., REsp 1.568.935/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 05.04.2016. Dje 13.04.2016)

Diante do exposto, procurou o Marco Civil da Internet equilibrar os pesos da balança: não cabe à pretensa vítima notificar

respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

extrajudicialmente os provedores por todo o conteúdo que lhe desagrade e obter indenização em caso de descumprimento e, ao mesmo tempo, os provedores de aplicações de Internet só excluirão conteúdo de terceiros em duas situações: ou quando houver decisão judicial expressa nesse sentido ou quando o conteúdo violar os termos de uso da plataforma, previamente aceitos pelo usuário.

Desde já, ressalte-se que o art. 19 do Marco Civil da Internet não permite a remoção de conteúdos somente nos casos em que há decisão judicial. Ao contrário, é lícito que os provedores de aplicações desenvolvam suas próprias políticas de termos de uso e, assim, criem mecanismos de denúncia para averiguar supostos conteúdos ilícitos difundidos em suas plataformas. Como já mencionado, é justamente nesse momento em que se encontra o lado “B” da responsabilização civil dos provedores de aplicações de Internet, pois estes poderão ser responsabilizados caso a retirada de conteúdo represente uma restrição indevida aos direitos do usuário, tal como o direito à liberdade de expressão.

A constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet foi objeto de Recurso Especial no Supremo Tribunal Federal. Trata-se, na origem, de ação ajuizada por Lourdes Pavioto contra Facebook Brasil em 17.11.2014, na qual a autora alega, em breve síntese, a existência de um perfil falso na plataforma Facebook com sua imagem e nome, que estaria ofendendo terceiros. Narra a autora que, a despeito de ter denunciado o perfil por meio das ferramentas oferecidas pelo Facebook, a plataforma não prosseguiu com sua exclusão. Nesse sentido, Lourdes pleiteou ao juízo: (i) a concessão de tutela antecipada para a exclusão do perfil falso com o nome da autora; (ii) o fornecimento do “ID do computador” no qual o perfil falso foi criado; e (iii) a condenação do Facebook ao pagamento a título de danos morais.

O magistrado de primeira instância deferiu a tutela antecipada requerida e o Facebook procedeu à exclusão do perfil falso. Em sua contestação, alegou que não poderia ser responsabilizado pelo perfil criado nos moldes do art. 19 do Marco Civil da Internet. Na sentença, o Juizado Especial Cível e Criminal do Foro de Capivari julgou o pedido parcialmente procedente, determinando a exclusão do perfil falso e o fornecimento do IP do computador que criou o referido perfil. Outrossim,

o pedido de indenização da Sra. Lourdes foi afastado. Inconformadas, ambas as partes recorreram da decisão. Na apreciação desses, a 2^a Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba reformou a sentença de primeiro grau para: (i) condenar o Facebook ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais; (ii) revogar a ordem de fornecimento de IP; e (iii) manter a determinação de remoção do perfil falso, que, à época, já havia sido cumprida.

Para afastar a incidência do Marco Civil da Internet, a juíza relatora defendeu a aplicação *in casu* da responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço, prevista no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰. Não satisfeito com a reforma da sentença, o Facebook interpôs Recurso Extraordinário, alegando, de forma sucinta, que a não aplicabilidade do art. 19 do Marco Civil da Internet viola os princípios da legalidade e da reserva jurisdicional, art. 5º, incisos II e XXXV, da Constituição da República. Ademais, sustenta que o v. acórdão desrespeita os dispositivos constitucionais que garantem a todos a liberdade de

¹⁰ Confira-se trecho do v. acórdão: “Para fins indenizatórios, todavia, condicionar a retirada do perfil falso somente “após ordem judicial específica”, na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal). (...) Destarte, condicionar a responsabilização da ré à prévia tomada de medida judicial pela autora, na conformidade do art. 19 do “Marco Civil da Internet”, fulminaria seu direito básico de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor). Logo, a indenização pelos danos morais é medida que se impõe, à vista da defeituosa prestação de serviços pela ré (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), ainda mais quando da análise das mensagens partidas em nome da ré pelo(a) falseador(a) denota- se palavreado chulo e ofensivo aos destinatários, dentre eles seus próprios familiares; atitudes ilícitas (como, p.ex., desvio de valores de aposentadoria); pecha de fofoqueira; e fotografia que descaracteriza sua verdadeira imagem (fls. 22 e 72), circunstâncias que evidentemente a expuseram ao ridículo e prescindem de dilação probatória para comprovação de danos, caracterizados que estão *in re ipsa*.”

manifestação de pensamento e de acesso à informação (art. 5º, IV e XIV, da CF).

Instaurou-se, então, a controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 19, caput e §1º do Marco Civil da Internet. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no dia 08.02.2018, a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 103.739, resultando na elaboração do Tema 987¹¹.

Como explorado em momento anterior, o modelo de responsabilidade civil subjetiva condicionado ao não cumprimento de ordem judicial é relevante para a manutenção da internet como um ambiente livre e apto a possibilitar que os usuários exerçam seus direitos constitucionais, em especial os direitos à liberdade de expressão e à informação.

Optar pela adoção de outro regime de responsabilidade supramencionado representaria, em alguma medida, grave prejuízo à manifestação de pensamento. De fato, o regime de responsabilização objetiva implicaria, por parte dos provedores de aplicações de Internet, verdadeiro dever de monitoramento e fiscalização acerca dos conteúdos postados em suas plataformas, resultando em incentivo à censura privada e prejuízo aos direitos à liberdade de expressão e à informação dos usuários.

Nessa mesma linha argumentativa, não deve prosperar a tese de responsabilidade subjetiva após o não atendimento de notificação extrajudicial. Nesse caso, estaria o ordenamento jurídico elegendo o provedor como órgão competente para definir se o material questionado é lícito ou ilícito à luz da legislação nacional. Respeitados entendimentos em

¹¹ Tema n.º 987, STF: “Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>>. Acesso em 24.06.2019.

sentido contrário ao aqui exposto¹², não deve prosperar a tese de que o artigo 19 do Marco Civil da Internet é inconstitucional. Agiu bem o legislador ao determinar que a responsabilidade dos provedores de Internet somente restará configurada, salvo as exceções supramencionadas, quando houver descumprimento de decisão judicial ordenando a exclusão de determinado conteúdo.

3.1 Compatibilidade entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor

Quanto ao possível conflito entre o regime de responsabilidade de provedores de aplicações previsto no Marco Civil da Internet e o regime de responsabilização objetiva do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ressaltar que se trata apenas de uma antinomia aparente. À luz dos critérios clássicos de resolução de antinomia, conforme delimitados estabelecidos por Norberto Bobbio (2014, p. 93-98), percebe-se a prevalência do artigo 19 do MCI. Nessa direção, quanto ao critério da especialidade, o Marco Civil é mandamento legal mais específico, haja vista que se propõe justamente a disciplinar as relações jurídicas na Internet. Outrossim, em relação ao critério cronológico, Marco Civil é lei mais recente em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Não há que se falar em qualquer conflito entre as leis. Os seus respectivos campos de incidência são bem delimitados: ao regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet, aplicam-

¹² Vide o posicionamento de Anderson Schreiber ao afirmar que “(e)xigir a judicialização de um conflito relacionado à veiculação de conteúdo na Internet não significa apenas caminhar na contramão de todas as tendências nessa matéria, jogando fora aquilo que o *notice and takedown* tem de mais precioso – a possibilidade de fornecer uma solução célere e eficiente para o conflito sem impor um necessário recurso à via judicial -, mas também propagara uma perigosa “irresponsabilidade civil” dos provedores, perpetuando danos cuja interrupção permanecerá à espera de uma ordem judicial específica, de produção naturalmente lenta, situação que se afigura particularmente preocupante no tocante à violação de direitos da personalidade”. (SCHREIBER, 2011, p. 219).

se as disposições constantes no Marco Civil da Internet – lei mais específica e mais recente¹³.

Não se pretende, aqui, desconsiderar a existência de relação de consumo entre o usuário e o provedor de aplicação. É sabido que a existência de remuneração indireta obtida pelos provedores de aplicações, o desequilíbrio entre as partes envolvidas e o serviço prestado são suficientes para caracterizar a relação de consumo entre o usuário e o provedor.

No entanto, como já exposto, avançou na doutrina e na jurisprudência a compreensão de que, apesar da existência de relação de

¹³ Imperioso destacar precedentes do STJ que evidenciam a convivência harmônica entre o CDC e o MCI, assegurando a liberdade de expressão dos próprios consumidores, permitindo que suas reclamações e críticas sejam divulgadas. Veja-se: “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Retirada de vídeo ofensivo do YouTube e impedimento de nova postagem ou acesso através de links. Sentença de parcial procedência. Determinação de retirada de conteúdo ofensivo. Insurgência de ambas as partes. O conteúdo veiculado não é ofensivo a ponto de ultrapassar as fronteiras do razoável. Liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato (artigo 5º, inciso IV). O vídeo não transcende os limites do legítimo exercício do direito à livre manifestação de pensamento ou mesmo aos padrões socialmente aceitáveis, tendo em vista que o consumidor tem o direito de expor a sua insatisfação. Sentença reformada. Recurso do autor desprovisto. Recurso da ré provido.” (TJ-SP, Apelação 0158131-50.2012.8.26.0100, j. em 22 de fevereiro de 2017, Rel. Mary Grun) e “COMINATÓRIA. EXCLUSÃO DE PERFIS EM REDE SOCIAL. FACEBOOK. Não há dúvida de que os consumidores, nos perfis apontados, por vezes, manifestaram-se agressivamente, com críticas fortes aos serviços prestados pela autora, que recebeu, inclusive, a pecha de fraudadora. E não há dúvida de que estas críticas causaram abalo à reputação da empresa e, por isso, a cada nova criação de perfil, que lançava críticas aos serviços, buscava a autora a extensão da tutela antecipada a fim de que os perfis fossem removidos. Considerando-se os elementos de prova trazidos pelo réu, nota-se que os usuários, responsáveis pela criação das páginas, apenas buscaram noticiar e criticar na rede social a falta de atendimento de seus pedidos, o que representa exercício regular do direito à manifestação do pensamento. Recurso provido para julgar improcedente o pedido.²⁷” (TJ-SP, Apelação 1035638-20.2013.8.26.0100, j. em 18 de outubro de 2016, Rel. Carlos Alberto Garbi).

consumo, não se aplica a essas situações a teoria do risco prevista no Código de Defesa do Consumidor ao conteúdo do que é postado por terceiros. Isso porque, se assim fosse, estar-se-ia considerando que faz parte da atividade dos provedores de aplicações monitorar e eventualmente filtrar aquilo que é postado em suas plataformas por seus usuários – e, com isso, enfrentar-se-ia todos os problemas relativos à liberdade de expressão e o estímulo à censura privada.

Portanto, não se trata de conflito entre o CDC e o art. 19 do Marco Civil da Internet, mas de diálogo entre diplomas jurídicos que se aplicam a esferas distintas no que tange aos provedores. Tanto não há conflito entre essas leis que o próprio Marco Civil dispõe que a disciplina do uso da Internet no Brasil terá como fundamento, além do respeito à liberdade de expressão já mencionado anteriormente, a defesa do consumidor (art. 2, V¹⁴). Nesse mesmo sentido, ratificando a compatibilidade entre os mandamentos legais, o art. 7º, XIII¹⁵, MCI, assegura aos usuários a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Dessa forma, não há que se falar em conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil no tocante ao regime de responsabilidade. O conteúdo postado pelos usuários do provedor constitui fato de terceiro, e apenas a recusa de sua exclusão após ordem judicial pode ser considerada uma violação do ordenamento jurídico pátrio para gerar a responsabilidade do provedor por esse conteúdo alheio. Trata-se do entendimento que melhor privilegia todo o sistema de proteção de liberdades trazido pela Constituição Federal.

¹⁴ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...) V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;

¹⁵ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

4. O lado “b” da responsabilidade civil de provedores de aplicação de internet: para além do artigo 19 do marco civil da internet

A jurisprudência consolidou a aplicação do artigo 19 do MCI, mostrando-se o dispositivo suficiente para dar cabo dos conflitos relacionados ao conteúdo postado por terceiros na Internet. No entanto, a sociedade passou a demandar uma postura mais ativa dos provedores de aplicações de internet, em especial por conta da ação coordenada de pessoas mal-intencionadas. A centralidade das plataformas em nosso dia-a-dia acabou por gerar uma demanda generalizada por maior controle sobre o que é divulgado *online*.

Assim, de modo a manter um ambiente saudável em suas respectivas plataformas e impedir a evasão dos usuários¹⁶, os provedores de aplicações de Internet passaram a criar critérios para ativamente remover conteúdos. Assim, passaram cada vez mais a elaborar canais de denúncia, a definir critérios para retirada do conteúdo e até mesmo a investir em tecnologias de inteligência artificial para identificar conteúdos ilícitos.

Consoante já mencionado, ainda que inexista remuneração direta, a relação entre os provedores de aplicações e os usuários é de consumo. Nesse contexto, os “termos e condições de uso” regem essa relação contratual existente e vêm se consolidando como um dos tipos contratuais mais presentes na sociedade da informação. Nesses documentos, o provedor de aplicações de Internet deve comunicar, de forma transparente, o tipo de conteúdo permitido ou não em sua plataforma, bem como especificar as sanções para aqueles que descumprirem suas disposições,

¹⁶ “Os escândalos de privacidade e a dificuldade do Facebook em lidar com sua amplitude machucou a empresa onde mais dói: o engajamento. De acordo com uma pesquisa publicada no Reino Unido, a utilização da rede social caiu 20% desde abril de 2018, quando foram detonados os escândalos da Cambridge Analytica, uma das maiores crises de privacidade que a companhia já sofreu.” A íntegra da notícia pode ser lida em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/uso-do-facebook-caiu-20-desde-o-escandalo-cambridge-analytica-142313/>>. Acesso em: 25.06.2019.

tais como a suspensão do uso do serviço, a remoção do conteúdo danoso e, quando for o caso, a exclusão da conta.

Em termos históricos, a postura ativa dos provedores de aplicações da Internet passou a ser mais demandada após a eleição presidencial nos Estados Unidos, o *brexit*, o escândalo *Cambridge Analytica* e, mais recentemente, as eleições nacionais de 2018. Nessa perspectiva, o fenômeno da desinformação, impulsionado principalmente pelo compartilhamento de notícias falsas nas redes sociais, a necessidade de se combater o discurso de ódio na rede e o uso de redes sociais para coordenar ataques terroristas são algumas das razões que justificam a demanda social por uma atuação mais dinâmica dos provedores.

Como resposta e com o intuito de manter suas plataformas como ambientes saudáveis, os provedores de aplicações de Internet investem na ampliação de canais de comunicação com os usuários, por meio dos quais é possível a denúncia de conteúdos ofensivos, bem como no desenvolvimento de tecnologias aptas a detectar conteúdos danosos antes mesmo de qualquer denúncia. Embora não vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, tal conduta é constantemente questionada, sobretudo em razão da falta de transparência dos critérios que fundamentam a remoção de certos conteúdos.

Dessa forma, quando for verificado abuso na remoção de conteúdos por parte dos provedores de aplicações de internet, estes poderão responder pelos prejuízos suportados pelos usuários que tiveram o seu conteúdo indevidamente removido e, assim, tiveram seu direito à liberdade de expressão atingido. Em recente julgado do TJSP, a 7ª Câmara de Direito Privado determinou a reativação de perfil no Facebook, uma vez que a rede social não conseguiu provar a suposta violação reiterada aos termos de uso da plataforma¹⁷.

¹⁷ TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1001640-22.2017.8.26.0100, Rel. Des. Mary Grun, j. em 13.06.2018. Com a seguinte ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. REMOÇÃO DE PÁGINA NO FACEBOOK. Restrição fundada em suposta violação reiterada dos termos de uso da plataforma por envio de “spam”. Ônus de comprovar a violação dos termos de uso pelo autor que era da ré. Fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor e impossibilidade de exigir prova de fato negativo. Ausência de comprovação de

Ademais, o magistrado apontou que o Facebook falhou com seu dever de lealdade contratual, uma vez que não informou ao usuário quais eram as mensagens consideradas contrárias aos termos de uso, cerceando, dessa forma, a possibilidade de contestação. Nas palavras do magistrado:

A ré em nenhum momento informa ao usuário cuja página foi excluída ou bloqueada quais mensagens suas teriam sido consideradas contrárias aos termos de uso, impedindo que ele conteste essas medidas e até mesmo que adeque a sua conduta aos padrões adotados pela plataforma, a fim de não ser alvo de novas restrições. Assim sendo, a conduta da ré, que aplica restrições aos seus usuários sem a devida fundamentação e comprovação e, assim, impossibilita o exercício do direito de defesa, extrapola o exercício regular de direito, constituindo evidente abuso e beirando a arbitrariedade.¹⁸

Em seguida, o magistrado decidiu pela condenação em R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, uma vez que a exploração da atividade econômica do usuário, que era feita pela rede social, ficou impossibilitada em razão da conduta abusiva da ré. Nesse caso concreto, além da violação à liberdade de expressão, verificou-se a restrição ao direito à livre iniciativa.

É justamente nesse cenário que se verifica o que se chama de lado “B” da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet. Isto é, a despeito de não serem obrigados a remover conteúdo supostamente danoso sem decisão judicial nesse sentido, caso optem por

envio de “spam” pelo autor. Ré que não informa ao usuário cuja página foi excluída ou bloqueada quais mensagens suas teriam sido consideradas contrárias aos termos de uso, impedindo que ele conteste essas medidas e até mesmo que adeque a sua conduta aos padrões adotados pela plataforma. Conduta abusiva. Ausência de comprovação de impossibilidade técnica de reativação da página. Obrigaçāo de fazer e astreintes mantidas. Dano moral configurado. Quantum indenizatório fixado com razoabilidade e adequação, atendendo ao caráter punitivo e pedagógico da condenação. Recurso desprovido.”

¹⁸ TJSP, 7^a Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1001640-22.2017.8.26.0100, Rel. Des. Mary Grun, j. em 13.06.2018.

fazê-lo, os provedores poderão ser responsabilizados civilmente se a remoção não tiver amparo no contrato celebrado entre as partes e representar um prejuízo para o usuário, ou seja, se não encontrar fundamento nos termos de uso da plataforma.

Nesse mesmo sentido, confira-se:

CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Elementos suficientes para o convencimento do juiz - Preliminar rejeitada. FALTA DE INTERESSE DE AGIR - Desacolhimento - Criação de novo blog que não afasta o direito de reativação da página oficial - Preliminar afastada. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Remoção do blog das autoras do Facebook - Parcial procedência do pedido - Inconformismo das partes - Desacolhimento - *Ausência de prova segura sobre a violação de direito de terceiros perpetrada pelas autoras - Abusividade na exclusão do blog* - Ausência de dano moral - Situação que não é capaz de causar o abalo moral e psicológico descrito na inicial - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Sentença mantida - Recursos desprovidos. Preliminares rejeitadas e recursos desprovidos. (Grifou-se)¹⁹;

e

Apelação Cível. Obrigaçāo de fazer. Restabelecimento de conta na rede Facebook. Exclusão permanente da conta do autor que não constituiu exercício regular do direito do réu. *Abusividade da conduta configurada. Réu que não logrou êxito em esclarecer em que consistiu a violação praticada pelo autor aos termos contratuais do uso de sua rede social*. Ausência de demonstração

¹⁹ TJSP, 5^a Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1137529-79.2016.8.26.0100, Rel. Des. Denise Cavalcante Fortes Martins, j. em 08.05.2019. Em suas razões de decidir, o magistrado corretamente pontuou que: “Em que pesem as alegações recursais, os documentos encartados aos autos não comprovam que as autoras violaram direitos de terceiros e, por conseguinte, os Termos de Uso do site. Ora, qualquer pessoa poderia denunciar o conteúdo disponibilizado sem que tivesse ocorrido efetiva violação. Nessa toada, competia ao réu a juntada de prova cabal de que as autoras utilizaram propriedade intelectual de terceiros. Porém, o réu não se desincumbiu do ônus que lhe competia”.

de fato impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC). Réu que tem obrigação de manter registros de acesso a aplicações de internet (art. 15, do Marco Civil da Internet). Recurso do réu, nesta parte, improvido. (Grifou-se)²⁰.

Por outro lado, quando for verificado que o conteúdo foi removido de forma correta à luz dos termos de uso da plataforma, não há que se falar em responsabilização dos provedores de aplicações de Internet. Nessas situações, a análise do magistrado se restringe ao adimplemento do contrato celebrado entre ambas as partes²¹.

Enquanto nesse segundo momento a análise é prioritariamente contratual, no lado “A”, aquela de incidência do art. 19 do Marco Civil da Internet, o Poder Judiciário tem o dever de analisar, à luz das disposições legais do ordenamento jurídico pátrio, se o conteúdo questionado é lícito ou ilícito e, dessa forma, decidir se deve ou não ser removido.

5. Conclusão

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), que estabelece direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, definiu o regime de responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros. Nesse cenário, o *caput* do art. 19 da Lei esclarece que a responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros só restará configurada quando este descumprir ordem judicial que determina a remoção de conteúdo.

²⁰ TJSP, 2ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1011000-81.2017.8.26.0002, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 25.04.2018

²¹ Nesse sentido, conferir: “Agravio de instrumento. Ação cominatória visando ao desbloqueio da conta da Autora em redes sociais. Pedido de tutela provisória de urgência, “inaudita altera parte”. Indeferimento. Bloqueio provocado por violação à Declaração de Direitos e Responsabilidades do Facebook. Ausência de probabilidade do direito. Recurso desprovido” (TJSP, 36ª Câmara de Direito Privado, Agravio de Instrumento nº 2054799-95.2019.8.26.0000, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. em 09.05.2019).

Em paralelo, o Marco Civil da Internet não impede que os provedores de aplicações de Internet removam conteúdos, seja de ofício seja após notificação extrajudicial, caso verifiquem violação aos termos de uso da plataforma. O fenômeno da desinformação, impulsionado principalmente pelo compartilhamento de notícias falsas nas redes sociais, e a necessidade de se combater o discurso de ódio na rede são algumas das razões que justificam a demanda social por uma atuação mais dinâmica dos provedores. Para corresponder a essa demanda, os provedores têm investido na ampliação de canais de comunicação com os usuários, por meio dos quais torna-se possível a denúncia de conteúdos ofensivos, bem como no desenvolvimento de tecnologias aptas a detectar conteúdos danosos antes mesmo de qualquer denúncia.

Assim, são dois “lados” do regime de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros: (*i*) o regime previsto no artigo 19 do Marco Civil da Internet, onde há salvaguarda para os provedores e que elege o poder Judiciário como órgão competente para definir a licitude ou não de determinado conteúdo à luz do ordenamento jurídico pátrio; e, por outro lado, (*ii*) a responsabilidade civil nas situações em que o provedor de aplicação incorretamente remove, seja *ex officio* seja após notificação extrajudicial, conteúdo de terceiros alegando violação aos termos de uso da plataforma, resultando em restrição indevida a direitos, em especial ao direito de liberdade de expressão.

A constatação desses dois lados da responsabilidade civil de provedores permite perceber como o artigo 19 do MCI dialoga com um ambiente complexo e inovador que é a Internet, criando condições para que a liberdade de expressão seja respeitada, ao mesmo tempo em que se impulsiona um debate sobre maior transparência nos critérios para remoção de conteúdos de terceiros e a responsabilidade decorrente.

Referências bibliográficas

BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Davos: Electronic Frontier Foundation, 1996. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>> Acesso em: 13.06.2019.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG Ivo (coords.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Ed. Edipro, 2014.

BRANCO, Sérgio. *How a top model helped to regulate Brazilian Internet*. Rio de Janeiro: IBMEC, 2016. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/como-uma-top-model-ajudou-a-regular-a-internet-no-brasil-4831861d4437>>. Acesso em: 12.06.2019.

BRASIL, Presidência da República, Congresso Nacional. *Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

_____. Presidência da República, Congresso Nacional. *Constituição Federal de 1988*.

_____. Presidência da República, Congresso Nacional. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário em relação ao Tema n.º 987*, Relator: Min. Dias Toffoli, Leading case: RE 1037396, Processo 0006017-80.2014.8.26.0125, São Paulo, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1186616*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4^aTurma, *Recurso Especial nº 1.501.187/RJ*. Rel. Min., Marco Buzzi, Brasília, 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3^aTurma, *Recurso Especial nº 1.568.935/RJ*. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Brasília, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.337.990/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.323.754/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.328.706/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.406.448/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tema n.º 987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>>. Acesso em 24.06.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0158131-50.2012.8.26.0100. Rel. Mary Grun, São Paulo, 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1035638-20.2013.8.26.0100. Rel. Carlos Alberto Garbi, São Paulo, 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1001640-22.2017.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mary Grun, São Paulo, 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1137529-79.2016.8.26.0100. 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Denise Cavalcante Fortes Martins, São Paulo, 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 1011000-81.2017.8.26.0002. 2ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 25.04.2018

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2054799-95.2019.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Baccarat, São Paulo, 2019.

DEMARTINI, Felipe. *Uso do Facebook caiu 20% desde o escândalo Cambridge Analytica*. São Paulo: Canaltech, 2019.

LEMOS, Ronaldo. *Artigo: Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. Rio de Janeiro: UOL Tecnologia, 2007. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 12.06.2019.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

MOSSERI, Adam. *Working to stop Misinformation and False News.* Menlo Park, C.A, USA: Facebook, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2011.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.* Revista de Direito Privado, São Paulo: Ed. RT, Ano 16, vol. 63, 2015.

OS EFEITOS DO PREÇO ZERO SOBRE O CONSUMIDOR DE PLATAFORMAS DIGITAIS

*Paula Farani de Azevedo Silveira e
Bruno Droggetti Magalhães Santos*

Introdução

As novas visões do mundo empresarial de outrora, consolidadas no Brasil nas décadas de 1980 e 1990, permitiram que o consumidor fosse elevado à classe de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXII) e aos princípios norteadores da ordem econômica (art. 170, inciso V) estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 (CF). Tais proteções implicam o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e, ao mesmo tempo, a sua fundamental importância na preservação da própria ordem econômica.

Na atualidade, os indivíduos precisam se adaptar de forma ininterrupta dado que o mundo está em constante transformação. Nesta nova realidade, as inovações tecnológicas influenciam escolhas e comportamentos, intensificam desejos e estimulam o consumo. É preciso, assim, atualizar as perspectivas do mundo capitalista e reconhecer que as novas dinâmicas competitivas da era digital agravam a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, ao aumentar as assimetrias de informação.

Especificamente, o avanço da tecnologia possibilitou que as plataformas digitais se tornassem um modelo de negócios cada vez mais presente em nosso cotidiano. A utilidade e facilidade com que os consumidores interagem nelas os tornaram cada vez mais dependentes, sendo que algumas relações de consumo, como a busca por informações ou a hospedagem turística, raramente se dão fora delas. Por possuírem dinâmicas diferentes dos modelos de negócio tradicionais, tratar as plataformas como se têm tratado negócios dito ‘tradicionais’ pode levar a equívocos e soluções pouco efetivas por parte das autoridades.

Nesse sentido, os problemas surgidos a partir das novas estruturas de monetização, aliados à presença de falhas de mercado, exigem o

desenvolvimento de novos marcos teóricos e ferramentais, principalmente por conta de suas características peculiares.

Não menos importante, é preciso também levar em consideração que por conta de vieses comportamentais ou arquitetura de escolha, os consumidores nem sempre conseguem tomar as decisões que melhor lhes convêm. Como resultado, estes se tornam dependentes da plataforma e, portanto, suscetíveis a manipulações que os impedem de exercer corretamente as suas preferências ou maximizarem a sua utilidade.

Diante de tal pano de fundo, no presente artigo, serão brevemente exploradas as principais características das plataformas e os modelos de monetização, focando no modelo de preço zero. Em seguida, apresentamos os principais efeitos desse modelo de negócio sobre o consumidor. Por fim, faremos algumas sugestões de como melhor avaliar esses efeitos à luz do direito do consumidor e do direito da concorrência.

1. Plataformas e Modelos de Monetização

Caracterizadas como mercados de dois ou múltiplos lados, as plataformas são denominadas de “catalizadores econômicos” porque o seu papel fundamental consiste em criar valor que não poderia existir (ou que seria muito menor) na sua ausência. Tal valor é criado ao solucionar um problema de custo de transação (i.e., coordenação) entre os grupos de agentes que compõem cada lado da plataforma. (EVANS e SCHMALENSEE, 2012)

De acordo com os referidos autores, plataformas “possuem] (a) dois ou mais grupos de clientes; (b) que precisam uns aos outros de alguma maneira; (c) mas que não conseguem capturar o valor da sua atração mútua por si próprios; e (d) confiam no catalizador para facilitar a criação de valor das interações entre eles” (EVANS e SCHMALENSEE, 2012, p. 7).

O desafio, no entanto, está em atrair agentes suficientes em cada lado para assegurar uma massa crítica. Esse problema é apelidado de o problema do “ovo e a galinha”, visto que é necessário atrair agentes em cada lado da plataforma. Cada lado, por sua vez, apenas se interessará na plataforma na medida em que existirem usuários do outro lado.

De acordo com EVANS

“[m]assa crítica refere-se a um nível mínimo de demanda que as plataformas precisam obter em seus vários lados. Plataformas que alcançam tais níveis são viáveis e posicionadas para crescer mais por meio de efeitos positivos de feedback. Plataformas que não alcançam tal nível não são viáveis” (2012, p. 28)¹.

É apenas após a obtenção da massa crítica que são geradas as externalidades de rede indiretas. Dessa forma, quanto maior o número de agentes, maiores as externalidades de rede e, logo, maior o valor da plataforma.

As plataformas possuem, nessa linha, características e dinâmica diferentes dos mercados tradicionais. Desde o famoso estudo sobre o tópico desenvolvido por ROCHET e TIROLE (2003), muito já se discutiu sobre a modelagem dos mercados de dois ou múltiplos lados, a sua dinâmica e efeitos, os atores envolvidos e, não menos importante, sobre os erros que já foram cometidos ao tratá-los como mercados tradicionais². Dentre as inúmeras contribuições para o estudo de tal tópico, o *insight* fundamental trazido por tais autores se deu em como preços relativos cobrados para os dois lados de uma plataforma coordenam a demanda. Eles demonstraram que os preços ótimos (sob a perspectiva tanto da maximização dos lucros quanto da maximização do bem-estar) poderiam levar a um preço abaixo do custo marginal para um lado e acima do custo marginal para o outro lado. Já para EVANS (2012, p.3), em inúmeras indústrias, empresas estabelecem preços abaixo do custo marginal e, por vezes, preços zero para um dos lados.

Uma forma de resolver o problema do ovo e da galinha consiste em oferecer o serviço gratuitamente para ambos os lados da plataforma, atraindo, assim, a atenção dos usuários. A plataforma introduz algum tipo de remuneração apenas após atingir a sua massa crítica. Essa remuneração

¹ Tradução livre de: “*Critical mass refers to the minimal level of demand that platforms must have on their various sides. Platforms that reach that level are viable and positioned to grow more through positive feedback effects. Platforms that fall short of that level are not viable*” (EVANS, 2012, p. 28).

² Vide também, nesse sentido EVANS, David S., SCHALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of platform business*. Boston, Massachusetts. Harvard Business Review Press, 2016.

pode ser de terceiros que não compõem os dois lados da plataforma (anunciantes, por exemplo) ou de um dos dois lados da plataforma (hotéis em um site de comparação de preços). De fato, o que se observa é que grande parte das plataformas *online* estabelece preços zero para o grupo de agentes que utiliza os seus serviços e/ou produtos como destinatários finais (*i.e.*, o grupo de consumidores).

Em uma economia de mercado, onde agentes econômicos são livres para estabelecer preços que maximizem os seus lucros, transações a preço zero significam simplesmente que um agente econômico possui diferentes incentivos e estratégias para maximizar os seus lucros. O que importa essencialmente é o valor monetário que a utilização do produto ou serviço pelo consumidor dará à empresa:

“O argumento que bens de graça não são vendidos ... não faz sentido econômico. Empresas ainda tem que tomar decisões referentes a quanto devem fornecer a um preço zero, e consumidores ainda precisam decidir quanto devem demandar considerando que eles geralmente precisam despender recursos para obter e consumir esses produtos de graça. Em termos de demanda e oferta competitiva, ou o arranjo padrão de uma firma maximizadora de lucros em estabelecer preços diante de um planejamento de demanda decrescente, um “preço de graça” simplesmente significa que o mercado competitivo ou a empresa maximizadora de lucro estabelece um preço zero. Zero é apenas um número.”³ (EVANS, 2011, p. 5)

Sob a perspectiva da oferta, os incentivos para o estabelecimento de preços zero podem se dar por diversos motivos, tais como: (i) obtenção de dados para aumentar a qualidade dos serviços, desenvolver novos

³ Tradução livre de: “*The argument that free goods are not sold ... does not make economic sense. Businesses still have to make decisions on how much to supply at a price of zero, and consumers still need to decide how much to demand given that they generally need to expend resources to obtain and consume these free products. In terms of competitive demand and supply, or the standard framework for a profit-maximizing firm setting price in the face of a downward sloping demand schedule, a “free price” simply means that the competitive market or the profit-maximizing firm sets a price of zero. Zero is just another number*”.

produtos ou gerar receita por meio da venda dos próprios dados fornecidos pelos consumidores; (ii) obtenção da atenção dos consumidores para direcioná-los a propagandas personalizadas; (iii) desenvolvimento de uma base de consumidores para (a) aumentar a atratividade da plataforma; (b) obter receitas derivadas de “*free trials*” limitados e vendas de produtos complementares; (c) aumentar a sua participação de mercado quando concorrentes ofertarem produtos similares; e (iv) altruísmo e objetivos de longo-prazo, tais como tecnologias “*open-source*” que refletem visões filosóficas mais amplas sobre acesso e inovação (OCDE, 2008, p.4).

Já pelo lado do consumidor, preço zero implica a escolha de um produto ou serviço não apenas pela sua utilidade, mas essencialmente pela sua qualidade. Como o preço zero é compensado por diferentes estratégias de monetização e concorrência em mercados digitais – tais como aquisição de dados, venda de propagandas, produtos e/ou serviços complementares, dentre outras – as escolhas dos consumidores enfrentarão obrigatoriamente *trade-offs* ao decidirem por diferentes produtos e serviços. Além da qualidade, outros aspectos podem também afetar as preferências dos consumidores, tais como a dimensão da inovação e o seu grau de confiança sobre o produto, além dos *nudges* externos que serão explorados mais à frente.

2. O Preço Zero e a Relação de Consumo

Apesar dos preços zero não decorrerem da economia digital, tal tipo de oferta se expandiu de forma expressiva devido a uma presença maior das plataformas em mercados digitais. Por conta disso, muito se tem discutido sobre os efeitos significativos que a oferta a preços zero tem gerado sobre os consumidores. Dentre as discussões, cita-se a natureza da relação comercial entre os consumidores e a plataforma; as suas estratégias e formas de abuso de poder econômico; a relevância do comportamento e preferência dos consumidores, dentre inúmeras outras.

Nesse sentido, embora a natureza das transações envolvendo a prestação de serviços ou aquisição de produtos a preços zero seja objeto de discussão, o Código de Defesa do Consumidor parece ter estabelecido de forma objetiva em seu art. 2º que a relação de consumo se constitui quando o consumidor adquirir ou utilizar o produto ou serviço como destinatário

final. Dessa forma, desde que o agente adquira ou utilize o produto como destinatário final, o seu preço será indiferente para a constituição ou não de uma relação de consumo. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - ART. 159 DO CC/16 E ARTS. 6º, VI, E 14, DA LEI Nº 8.078/90 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - PROVEDOR DA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA NÃO AUTORIZADA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO - RELAÇÃO DE CONSUMO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DANOS MORAIS - QUANTUM RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO.

[...]

2 - Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta.

[...]

4 - Recurso não conhecido.

(REsp 566.468/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 561)

Na mesma linha, é preciso também considerar que o mero fato de o preço de um produto ou serviço ser preço zero, não significa que os consumidores não estão pagando ao abrir mão de alguma coisa em troca pelos produtos ou serviços que recebem. Como exemplo, tanto dados pessoais quanto a atenção dada às propagandas constituem o preço que os consumidores efetivamente pagam pelos produtos e serviços.

Portanto, ainda que na hipótese de uma plataforma ser gratuita para ambos os lados, não é possível dizer que não há relação de consumo se o consumidor está abdicando de sua privacidade, fornecendo à empresa os seus dados, histórico de navegação e revelando suas preferências que poderão ser monetizadas em algum momento no futuro.

3. Os Efeitos do Preço Zero Sobre o Consumidor

Para entender os efeitos que a estratégia de monetização a preço zero gerará sobre o consumidor é preciso, antes de tudo, entender o valor atribuído pelo próprio consumidor para suas preferências, consideradas muitas vezes heterogêneas e de difícil identificação.

Em síntese, as preferências dos consumidores podem ser impactadas por diversas variáveis. Para fins do presente artigo, ressaltamos os seguintes aspectos: (i) a importância que dão à privacidade de dados frente aos benefícios que recebem caso revelem mais informações (OCDE, 2008, p. 8.); (ii) do grau de exposição à propaganda e à sua qualidade; (iii) a oferta conjunta de produtos a preço zero e produtos complementares a preços positivos, dentre outras (OCDE, 2008, p. 5 e seguintes).

Ocorre que nem sempre os consumidores possuem informações suficientes para tomar decisões que melhor lhes convém e, mesmo que as tenham, o consumidor não pode ser visto como um agente racional maximizador na acepção dos economistas neoclássicos. Por outro lado, considerando a posição dominante de determinadas plataformas, consumidores acabam por ser prejudicados pela falta de variedade e qualidade, e, por vezes, pela dependência que possuem do ofertante.

3.1. O Consumidor no Mundo Real

A economia neoclássica nos ensina que o *homo eoconomicus* é racional, maximizador, egoísta e tem força de vontade perfeita. No entanto, não são raras as vezes em que nos deparamos com a conduta irracional do consumidor. Se nossos consumidores não são racionais, como prever os efeitos das plataformas a preço zero em suas condutas?

Não é que nossos consumidores não sejam racionais ou previsíveis. Na realidade, a psicologia (Tversky e Kahneman, 1974) e a economia (Thaler e Sunstein, 2008) já ensinam que os seres humanos não são capazes de processar todas as informações que assimilam ao longo de suas vidas. Portanto, utilizam heurísticas – regras gerais de influência – de ancoragem e ajustamento para simplificar seu processo de tomada de decisão. O emprego dessa ferramenta leva a vieses cognitivos que podem

influenciar o comportamento do consumidor, tornando-o, aparentemente, irracional ou imprevisível.

Por esse motivo, antes de avaliar a influência dos efeitos das plataformas a preço zero nas condutas do consumidor, é importante compreender e diferenciar os vieses cognitivos específicos do modelo de preço zero dos vieses cognitivos presentes em um modelo de precificação a preço positivo.

De acordo com a OCDE, consumidores em mercados de preço zero podem apresentar percepções que decorrem de informações limitadas ou de um viés otimista, considerando que muitas vezes subestimam publicidades efetivas e os dados que fornecem às empresas (2008, p. 25). Nesse sentido, há particularmente três efeitos relevantes decorrentes do viés do consumidor em mercados de preço zero que merecem maior atenção.

O primeiro deles refere-se ao *free effect*, consistente no efeito superdimensionado que um preço zero gera sobre os consumidores. Especificamente, tal efeito indica que o valor que um consumidor emprega a um produto a preço zero supera uma análise racional de custos e benefícios, dado, em parte, pela sua aceitação em receber um produto de menor qualidade a preço zero e hesitação em aceitar um preço positivo após tal produto ter sido oferecido naquela condição (Evans, 2013).

Tal efeito pode ser relevante para identificar algumas situações em que a estratégia da empresa leva o consumidor a nem sempre tomar decisões benéficas a ele. Por exemplo, quando um produto a preço zero for ofertado juntamente com um produto complementar (a um preço positivo), consumidores podem escolhê-los mesmo se o preço do produto complementar for maior que o preço total de produtos alternativos (ambos vendidos a preços acima de zero). De forma semelhante, empresas podem oferecer benefícios a consumidores, como a manutenção de preços zero se, em contrapartida, coletarem os seus dados⁴.

⁴ A OCDE alerta, no entanto, que para determinar se um mercado de preço zero é afetado pelo “*free effect*”, são necessários estudos e pesquisas que fundamentem tal efeito. Isto porque, referido efeito pode não ser dominante em todos os mercados e mesmo se consumidores indicarem que uma dada qualidade é

Esse pensamento nos leva ao segundo efeito que merece atenção: o *privacy paradox*, no qual consumidores expressam preocupações significativas sobre privacidade de dados, mas não parecem relacionar tal preocupação quando da tomada de decisões⁵.

Ocorre que a proliferação de serviços gratuitos remunerados pela coleta de dados ou pelo fornecimento de anúncios direcionados parece reforçar a noção de que os consumidores valoram sua privacidade abaixo do bem ou serviço oferecido, além de terem alto grau de tolerância para o recebimento de informação direcionada.⁶

importante para eles, pode ser o caso que qualquer perda na qualidade é mesmo assim compensada por eles poderem pagar o produto / serviço a um preço zero. OCDE, 2008, p. 25 e seguintes.

⁵ Da mesma forma, a OCDE também ressalva que conclusões de determinados estudos que procuraram analisar a existência de tal efeito ainda são incertas, já que, em algumas situações, identificaram que consumidores selecionaram serviços baseados em critérios de privacidade. OCDE, 2008, p. 27.

⁶ “*Furthermore, the more that customer attention, personal information, and/or information-on-information become important intangible assets in the digital economy, the more common become exchanges in which information becomes a currency for what might otherwise be perceived as a free good. The spreading phenomenon of free goods is consistent with and perhaps even stimulated by the lower weight given by many consumers to privacy, and the high degrees of leniency towards the provision of targeted information.⁵ These trends have allowed firms to use the increased demand created by free goods to provide profitable services such as targeted ads. Of particular note is the seemingly irrational effect of free goods on consumer choices, as lately confirmed by studies in behavioral economics.⁶ Finally, free goods create externalities: the more individuals are accustomed to free goods in one market, the more they expect to receive them in related markets.*” (GAL e RUBINFELD, 2014, p. 2). Nesse sentido, ver também O’Brien, Daniel, SMITH, Doug. *Privacy in Online Markets: A Welfare Analysis of Demand Rotations* (working paper No. 323, 2014), available at: <http://www.ftc.gov/reports/privacy-online-markets-welfare-analysis-demand-rotations>; EVANS, David S. *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, And Privacy*. The Journal of Economic Perspectives 37, 2009.

Nesses casos, especificamente, é preciso também considerar que o consumidor nem sempre tomará decisões que também beneficiem a coletividade. Por esses motivos, não se pode contar com as preferências e decisões de curto prazo dos consumidores para garantir que o bem-estar a longo prazo da sociedade seja maximizado:

“Existe um potencial problema de ação coletiva, pelo qual cada consumidor pode não levar em consideração as externalidades que ele impõe ao bem-estar coletivo da sociedade. Uma oferta gratuita poderia, portanto, gerar uma combinação de racionalidade limitada, informação imperfeita e comportamento estratégico como *free riding*, levando à conclusão de que não podemos sempre contar com as preferências de curto prazo dos consumidores para produtos gratuitos como indicadores de suas preferências a longo prazo e contar com elas para assegurar que o bem-estar a longo prazo seja maximizado⁷. ” (GAL e RUBINFELD, 2014, p. 22)

Há ainda um complicador em relação às preferências e decisões de curto prazo dos consumidores, o fato de estudos empíricos demonstrarem que preferências e decisões podem ser afetadas pelo contexto em que a escolha se apresenta. THALER e SUSNTEIN apresentam o insight de que “tudo importa” e esse insight paralisa ao mesmo tempo que empodera: “detalhes mínimos e que pareçam ser insignificantes podem gerar grandes impactos no comportamento das pessoas. Uma boa regra geral é partir do pressuposto de que “tudo é importante”. Em muitos casos, se esses detalhes são tão poderosos é porque atraem a atenção dos usuários para determinado ponto.” (2008, p. 3)

⁷ Tradução livre de “*There is a potential collective action problem, whereby each consumer might not take into account the externalities he imposes on the collective welfare of society. An offer of free might therefore create a combination of bounded rationality, imperfect information, and strategic behavior such as free riding, leading to the conclusion that we cannot always rely on consumers' short-term preferences for free products as indicators of their long-term preferences and rely on them to ensure that long-term welfare is maximized.*

Por fim, os serviços gratuitos geram um terceiro efeito: quanto mais os consumidores se acostumam com serviços ou produtos gratuitos em um mercado, mais esperam recebê-los em mercados correlatos (GAL e RUBINFELD, 2014, p. 2).

Em que pesem os problemas decorrentes da heurística, fato é que não seria possível viver no mundo contemporâneo abrindo mão dessa ferramenta. Portanto, a heurística continua sendo empregada pelos consumidores, pois a experiência passada foi positiva. TONETTO *et al.* argumentam que:

“As heurísticas são mecanismos cognitivos adaptativos que reduzem o tempo e os esforços nos julgamentos, mas que podem levar a erros e vieses de pensamento. A supressão da lógica favorece o estabelecimento de um círculo vicioso, já que, muitas vezes, os resultados dos julgamentos realizados por regras heurísticas são satisfatórios para o sujeito, o que torna a utilização de atalhos mentais freqüentes e, portanto, os erros e vieses uma constante.” (TONETTO *et al.*, 2006, p. 189)

Por esses motivos, ao considerar os efeitos das plataformas sobre o consumidor, não se pode ignorar a racionalidade limitada do consumidor e sua utilização da heurística, além dos vieses cognitivos e comportamentais que dela derivam.

3.2. Os Efeitos das Plataformas Sobre o Consumidor

Considerando o consumidor como um ser incapaz de racionalidade perfeita, é preciso considerar o efeito das substanciais assimetrias de informação entre as plataformas e os consumidores. Tais assimetrias deixam o consumidor suscetível a manipulações e incapaz de avaliar plenamente a qualidade dos produtos que consome.

Como geralmente produtos digitais disponibilizados a preços zero são considerados “produtos de experiência” (a sua qualidade pode apenas ser avaliada após o seu consumo) ou “produtos de confiança” (a sua qualidade sequer pode ser observada), as decisões dos consumidores podem acabar por não influenciar o comportamento das empresas, sobretudo quando as informações disponíveis são complexas ou

enganosas, existem poucas informações alternativas disponíveis no mercado, ou a sua mobilidade é limitada por efeitos de rede e portabilidade.

Como exemplo, se uma empresa degrada a qualidade do produto para aumentar a receita obtida no lado pago da plataforma, os consumidores do produto a preço zero podem não estar cientes de tal degradação e, por conta de vieses comportamentais, como a inércia, exibem uma baixa tendência de comparar fornecedores substitutos. Da mesma forma, ainda que estejam cientes da extensão dos dados pessoais que fornecem às empresas, os consumidores podem não perceber a potencialidade de seu uso, o grau de privacidade, ou até mesmo os terceiros que podem estar tendo acesso a tais dados (OCDE, 2008, p. 24 e seguintes). Diante de tais assimetrias, o consumidor pode, assim, não ter como avaliar os ganhos reais dos produtos ou serviços que estão consumindo.

O que se observa, portanto, é que, em mercados digitais, os consumidores nem sempre conseguem tomar as decisões que melhor traduzem suas preferências e extrair a utilidade máxima, seja por conta da existência de assimetrias de informação, seja pelos vieses comportamentais que possuem. Tais fatos, por si só, exigem que a autoridade de defesa do consumidor esteja atenta a condutas de plataformas que possam prejudicar o consumidor, devendo, portanto, atuar não apenas em caráter repressivo, mas também sob um caráter preventivo. Além disso, conforme será explorado no item abaixo, considerando que diversas plataformas possuem significativo poder de mercado, muitas vezes os consumidores ficam ainda mais vulneráveis e acabam por sofrer com efeitos negativos decorrentes de seu exercício.

4. Poder de Mercado e Implicações Para o Consumidor

De modo geral, as plataformas concorrem entre si para atrair o máximo de usuários para os seus próprios ecossistemas. Como a sua essência consiste em conectar grupos diferentes de agentes para que possam interagir de acordo com os seus desejos e necessidades, a construção de uma massa crítica (i.e., uma quantidade mínima de agentes necessária para se tornar atrativa aos agentes que compõem os seus

diferentes lados) constitui um elemento fundamental para a sua sobrevivência inicial e expansão.

No mercado de buscas temáticas, por exemplo, tanto o Google Shopping quanto os *marketplaces* competem pela atenção dos usuários⁸, sobretudo para que iniciem as suas buscas nos respectivos ecossistemas até exaurirem os seus anseios. Durante o tempo em que o usuário estiver manuseando a plataforma, a concorrência consiste em atrair, durante o maior tempo possível, a sua atenção por meio da variedade de serviços e produtos disponibilizados. Dessa forma, quanto maior for (i) a facilidade dos usuários de conseguirem satisfazer as suas necessidades (e.g., descobrirem, pesquisarem e adquirirem produtos desejados); e (ii) a diversidade dos serviços e produtos ofertados, maior será sua aderência à plataforma e, consequentemente, o tempo dedicado às respectivas plataformas⁹.

Ocorre que algumas plataformas se tornaram tão atrativas ao ponto de os usuários convergirem para apenas uma delas, transformando-se, assim, em monopolistas de fato em determinados mercados. Tal efeito, denominado de “*market tipping*”, ocorre por conta dos efeitos multiplicadores (“*feedback loops*”) originados pelas externalidades de rede, que, conforme mencionado, atraem cada vez mais usuários quanto maior for o seu número. Sobre isso, a OCDE explica que:

“Por exemplo, quando uma forte externalidade de rede através da plataforma existe em mais de um lado do mercado, isso cria *feedback loops*. Nesses *loops*, uma ação pode disparar uma espiral de reações, que, como em um efeito multiplicador, aumenta a magnitude das consequências da ação. Como

⁸ Com relação aos “mercados de atenção”, vide: WU, Tim. *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, p. 29. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941094&download=yes WU. Acesso em 16.08.2019.

⁹ Vide, nesse sentido, voto-vogal da conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.), julgado em 26.06.2019 pelo Plenário do CADE.

exemplo, aumentar o preço que usuários pagam pode reduzir o número de usuários, mas isso também pode reduzir o valor da plataforma para anunciantes e, por isso, reduzir a quantidade de anunciantes dispostos a pagar. Por sua vez, isso pode reduzir o retorno que os fornecedores de conteúdo recebem quando seu conteúdo é visto na plataforma, reduzindo, portanto, a quantidade ou qualidade do conteúdo, o que pode reduzir o número de usuários. Novamente, isso pode então reduzir o número de anunciantes que estão dispostos a pagar, e assim por diante. Cada ação tomada pela plataforma pode criar uma série de reações (um *ripple effect*). Se esses efeitos se estenderem suficientemente, eles podem levar a empresa à falência, de um lado, ou ao monopólio, de outro.” (OCDE, 2018, p. 11)¹⁰

De forma similar, o relatório elaborado pelo Comitê de Estudo Sobre Plataformas Digitais da Universidade de Chicago (*George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State*), também traz considerações relevantes sobre tais efeitos:

Em particular, as plataformas (...) demonstram efeitos extremamente fortes de externalidades de rede, economias muito fortes de escala, notáveis economias de escopo por conta do papel dos dados, custos marginais próximos de zero, custos de distribuição drasticamente mais baixos que empresas tradicionais, e um alcance global.

¹⁰ Tradução livre de: “*For example, when a strong cross-platform network externality exists on more than one side of the market, this creates feedback loops. In these loops, an action can trigger a spiral of reactions, which, as in a multiplier effect, increase the magnitude of the consequences of the action. As an example, increasing the price that users pay might reduce the number of users, but this may also reduce the value of the platform to advertisers and hence reduce the amount that advertisers are willing to pay. In turn, this may reduce the return that content providers earn when their content is viewed on the platform, thereby reducing the amount or quality of content, which may reduce the number of users. Once again, this may then reduce the amount that advertisers are willing to pay, and so forth. Each action the platform takes can therefore create a series of reactions (a ripple effect). If these effects go far enough they may tip the firm towards failure on the one hand, or dominance (monopoly) on the other*”.

“Mercados com essas combinadas características são propensos à ruptura – um ciclo levando à uma empresa dominante e alta concentração. Mercados digitais são propensos à ruptura por duas razões principais. Primeiro, porque custos fixos possuem um papel tão importante em mercados digitais, tais mercados apresentam especialmente altos retornos de escala. Segundo, muitos mercados digitais são movidos por efeitos de rede que fortalecem grandes incumbentes e enfraquecem novos entrantes.” (Stigler Report, 2019, p. 13)¹¹

Como consequência, o que se observa na realidade é a presença de plataformas detentoras de substancial poder de mercado e, por vezes, com praticamente 100% de *market shares*. Visto que os efeitos de rede representam significativas barreiras à entrada a novos entrantes, especialmente quando aliados a outras características da economia digital, tais como economias de escala e a detenção de dados pessoais, algumas plataformas têm sido capazes de exercer o seu poder de mercado para atenuar a concorrência e explorar os consumidores. A título exemplificativo, empresas como o Google, Amazon, Facebook, dentre outras, consideradas como monopolistas de fato em seus respectivos mercados, têm enfrentado diversas investigações e, por vezes, condenações impostas por autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, sob o fundamento de terem abusado de suas posições dominantes¹².

¹¹ Tradução livre de: “In particular, the platforms (...) demonstrate extremely strong network effects, very strong economies of scale, remarkable economies of scope due to the role of data, marginal costs close to zero, drastically lower distribution costs than brick and mortar firms, and a global reach. Markets with these combined features are prone to tipping—a cycle leading to a dominant firm and high concentration. Digital markets are prone to tipping for two primary reasons. First, because fixed costs play such an important role in digital markets, these markets feature especially large returns to scale. Second, many digital markets are driven by network effects that strengthen large incumbents and weaken new entrants”.

¹² Vide, por exemplo, casos julgados pela Comissão Europeia (e.g., Case AT.39740 — Google Search (Shopping); Case AT.40099 – Google Android, etc.)

Como é sabido, a ausência de concorrência gera perdas de peso morto resultantes de ineficiências alocaativas, dada a oferta de preços mais altos do que se teria em uma situação de competição (MOTTA, 2004, p. 41). No caso de mercados de múltiplos lados, ainda que produtos e serviços sejam ofertados a preços zero para o lado dos consumidores, os efeitos decorrentes do poder de monopólio podem afetar outros fatores que, de forma similar, são relevantes, tais como inovação, qualidade, variedade, privacidade (incluindo a imposição de termos e condições mais restritos, divulgação de dados pessoais, etc.), comodidade, dentre outros. Ademais, é possível que o preço competitivo do lado do consumidor desse ser negativo e não zero. Nesse sentido, o consumidor seria pago pela coleta de seus dados ou pela sua atenção aos anúncios direcionados.

No entanto, os consumidores se tornam dependentes da plataforma e, portanto, suscetíveis a manipulações que os impedem de exercer plenamente as suas preferências ou a maximizarem sua utilidade. Por conta disso, além de terem suas escolhas restringidas pela falta de variedade, a dependência dos consumidores concede às plataformas a capacidade de impulsioná-los a comportamentos que tenham como finalidade o reforço da dominância ou a alavancagem de mercados correlatos nos quais as plataformas também atuam.

Como plataformas já possuem uma larga base de usuários, anunciantes, dados e poder analítico que possibilitam o *design* de novos serviços, elas detêm a capacidade de impulsionar a sua base de usuários para mercados complementares a custos não expressivos¹³.

e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (e.g., Processos Administrativos nº 08700.009082/2013-03, 08012.010483/2011-94, etc.), dentre inúmeros outros. Ver também: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reviewing-practices-market-leading-online-platforms> . Acesso em 16.08.2019

¹³ Vide, nesse sentido, discussão levantada no voto-vista da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira no Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet. Ltda. Julgado em 19.06.2019 pelo Plenário do CADE, parágrafos 69 e seguintes.

Nesse sentido, ao deterem informações sobre o comportamento dos consumidores, as plataformas possuem a capacidade de desenhar as suas páginas da forma que melhor lhes convém. Em outras palavras, é possível vê-las como verdadeiras arquitetas de escolha.

Um arquiteto de escolha tem a responsabilidade de organizar o contexto em que as pessoas tomam decisões (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 3). Portanto, a tradução da posição dominante em poder de arquiteto é evidenciado quando, à luz da economia comportamental, considera-se que pessoas possuem limitações e hábitos difíceis de serem rompidos¹⁴. Assim, ao conhecer os comportamentos dos consumidores, as plataformas desenham a arquitetura de suas páginas, links e ferramentas de modo a encorajar a formação de novos hábitos, ou reforçar hábitos já existentes, incentivando os consumidores a utilizarem de forma involuntária e automática tais ferramentas, por meio de *nudges*.

Assim, embora intuitivamente o desenvolvimento de produtos e serviços inovadores pareça aumentar o bem-estar dos consumidores e da sociedade como um todo, é preciso analisar se tais inovações são de fato positivas ou se foram criados com o intuito de manipular consumidores (*i.e.*, intuito exploratório) ou proteger a plataforma de concorrentes disruptivos (*i.e.*, intuito anticompetitivo).

Nesse contexto, o avanço cada vez maior e mais acelerado da tecnologia resultou em uma dinâmica competitiva diferenciada, impondo debates e reflexões profundas por parte de autoridades e acadêmicos sobre como ferramentas legais e analíticas existentes, aliadas a políticas públicas, podem ser utilizadas para prevenir e reprimir eventuais abusos cometidos em mercados digitais.

Afinal, o pensamento antitruste clássico presume que a concorrência no mercado irá corrigir eventuais falhas e aumentar o bem-estar do consumidor. No entanto, a questão que se coloca é: essa lógica se

¹⁴ Nesse sentido, vide JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. 50 Stanford Law Rev. 1471 (1998). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2292029>. Acesso em 16.08.2019; e THALER, Richard H. *Doing Economics Without Homo Economicus*, in *Foundations of Research in Economics: How Do Economists Do Economics?* 227, 230-35 (Steven G. Medema & Warren J. Samuels eds., 1996).

sustenta em mercados com efeitos de rede intensos e que tendem ao monopólio (*tipping*)? Em outras palavras, se a concorrência é *pelo* mercado e na ausência de concorrência relevante *no* mercado, quem exercerá a pressão para que o mercado se corrija?

No âmbito do direito da concorrência, dentre as diversas críticas e reflexões apontadas recentemente por acadêmicos e autoridades da área, interessante mencionar a linha defendida por WU e KHAN, na qual ambos criticam que ao longo do tempo o direito antitruste se resumiu a lidar com um tipo restrito de dano, qual seja, a preocupação com preços altos aos consumidores. Por conta disso, argumentam que o direito da concorrência deveria regressar aos objetivos mais amplos definidos inicialmente pelo Congresso Norte-Americano, no sentido de participar de forma mais ativa na democracia ao freiar concentrações excessivas, preservar o processo competitivo e prevenir monopólios¹⁵.

Diante do intenso debate, já é possível verificar reflexões sobre o tema que identificam com maior exatidão os desafios trazidos pela economia digital e apontam caminhos viáveis para tornar a aplicação da lei de defesa da concorrência mais efetiva¹⁶. Na prática, embora de forma ainda incipiente, autoridades de defesa da concorrência parecem estar recorrendo a teorias de dano não triviais, onde a análise de outras variáveis

¹⁵ Nesse sentido, vide: KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale L.J. (2016). Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>; WU, Tim. *The Curse of Bigness. Antitrust in The New Gilded Age*. Columbia Global Reports, 2018, dentre inúmeros outros.

¹⁶ Vide, nesse sentido, CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER Heike. Report on “Competition policy for the digital era”. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 3 e 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 16.08.2019; MORTON, Fiona Scott, et. al. Report: Committee for the Study of Digital Platforms - Market Structure and Antitrust Subcommittee. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business (2019), p. 13. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>. Acesso em 16.08.2019.

que não o preço estão sendo analisadas¹⁷. Da mesma forma, a economia comportamental parece também estar sendo ponderada para a análise de efeitos e na construção de remédios¹⁸.

Não obstante, fato é que a defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, mas um meio para preservar o ambiente competitivo e, com isso, possibilitar que os consumidores maximizem sua utilidade e desfrutem da maior variedade e qualidade de produtos pelos menores preços possíveis. No entanto, ainda que o direito antitruste se adapte às mudanças e desafios trazidos pela economia digital, é preciso que a sua atuação esteja cada vez mais alinhada com a de outras autoridades, principalmente com autoridades relacionadas ao direito do consumidor e à privacidade de dados¹⁹, de forma que a proteção dos consumidores se dê da maneira mais efetiva possível.

5. Harmonização de Políticas Públicas Para Proteção dos Consumidores

A defesa do consumidor está fundamentada na Constituição Federal de 1988, consagrando-a à classe de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (art. 5º, inciso XXXII) e aos princípios norteadores da ordem econômica (art. 170, inciso V). De acordo com o Manual do Direito do Consumidor:

“A vulnerabilidade é o ponto fundamental do CDC e, na prática,

17

Vide, nesse sentido:
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html

18 Vide, nesse sentido, voto-vogal da conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.), julgado em 26.06.2019 pelo Plenário do CADE.

19 No momento do presente artigo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”) se encontra em período de *vacatio legis* e, portanto, discussões relacionadas às formas de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) ainda estão em andamento.

traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para a sua proteção. Por tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor.” (ENDC, 2014, p. 77)

O princípio da vulnerabilidade define o consumidor como a parte mais fraca da relação. Trata-se de presunção que norteia todo o Código de Defesa do Consumidor e independe dos atributos pessoais do consumidor. Esse princípio surge a partir da noção que o consumidor não dispõe de informações perfeitas, tampouco de conhecimento técnico, estando em desvantagem em relação ao fornecedor do produto ou serviço. A doutrina e jurisprudência vêm distinguindo diversas espécies de vulnerabilidade. A doutrinadora Cláudia Lima Marques distingue a vulnerabilidade em três grandes espécies: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica; e vulnerabilidade fática. Recentemente, Marques identificou também uma quarta vulnerabilidade, a vulnerabilidade informacional. (MIRAGEM, 2008, p. 61-64)

Nesse sentido, a proteção do consumidor visa resguardar a posição dos consumidores quando se encontram em situações de desvantagem, exigindo-se que atividades econômicas se organizem de modo a respeitarem a sua vulnerabilidade. Da mesma forma, a sua proteção tem como objetivo preservar a própria ordem econômica, de sorte que sem consumo não há mercado, pois não há sentido para a produção. (FORGIONI, 2012, p. 179)

Tendo como base tais pressupostos, é preciso que autoridades competentes reconheçam que as características das plataformas, juntamente com as falhas de mercado (i.e., assimetria de informação e concentração econômica) e os vieses comportamentais, tornaram o consumidor ainda mais vulnerável e hipossuficiente. Dessa forma, precisam estar ainda mais atentas, de modo a proteger a fragilidade dos consumidores frente aos problemas identificados. Especificamente, conforme exposto, os consumidores sofrem limitações que lhes tiram não apenas opções em termos de variedade e preço, mas principalmente o seu poder de decisão e controle sobre produtos e serviços que melhor lhes convém.

Por conta disso, as autoridades de defesa da concorrência e do direito do consumidor e, em breve, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, devem se aproximar institucionalmente, no sentido de trocar informações sobre denúncias e dados de mercado, além de se cooperarem mutualmente durante as diversas fases de suas respectivas investigações, incluindo a identificação de remédios que possam ser efetivos às políticas públicas almejadas.

Uma outra forma de cooperação poderia ser instituída na forma de *advocacy*, conduzindo estudos de mercado e regulações que possam afetar tanto a concorrência quanto os consumidores.

Sejam quais forem as formas de cooperação, fato é que, atualmente, por conta dos desafios trazidos pela economia digital, a aproximação entre tais autoridades se tornou mais que necessária para o *enforcement* efetivo de leis que tem como objetivo a proteção do consumidor.

6. Conclusão

Conforme exposto, as plataformas digitais tornaram-se um modelo de negócios cada vez mais presentes em nosso cotidiano. O estabelecimento de preços zero podem se dar por diversos motivos, desde a venda de dados e propagandas até questões envolvendo altruísmo, como acesso à inovação. Para o consumidor, preço zero implica a escolha de um produto ou serviço não apenas pela sua utilidade, mas principalmente pela qualidade, incluindo outros fatores que afetam as suas preferências, tais como inovação e grau de confiança.

Embora existam discussões sobre a natureza da relação entre o usuário e a plataforma, o Código de Defesa do Consumidor parece ser claro ao dispor que a relação de consumo se constitui quando o consumidor adquirir ou utilizar o produto ou serviço como destinatário final. Dessa forma, desde que o agente adquira ou utilize o produto como destinatário final, o seu preço será indiferente para a constituição ou não de uma relação de consumo. Além disso, ainda que uma plataforma seja gratuita, não é possível dizer que não há relação de consumo se o consumidor está abdicando de sua privacidade e revelando suas preferências que poderão ser monetizadas em algum momento no futuro.

Além disso, expôs-se ainda que em mercados digitais, os consumidores nem sempre conseguem tomar decisões que maximizem sua utilidade, seja por conta da existência de assimetrias de informação, seja pelos vieses comportamentais que possuem. Nesse sentido, o consumidor não pode ser visto como um agente racional maximizador na acepção dos economistas neoclássicos. É preciso, assim, levar em consideração a sua racionalidade limitada e utilização da heurística, além dos vieses cognitivos e comportamentais que dela derivam. Como resultado, os consumidores se tornam dependentes da plataforma e, portanto, suscetíveis a manipulações que os impedem de exercer corretamente as suas preferências ou maximizarem a sua utilidade.

Em paralelo, considerando a estrutura desses mercados e o modelo de negócios adotado, algumas plataformas se tornaram atrativas ao ponto de se tornarem monopólios de fato. Em virtude de tamanho poder econômico, as plataformas têm a capacidade de restringirem o bem-estar dos consumidores ao impulsioná-los a comportamentos indesejados, seja para reforçar a sua dominância, seja para induzí-los para mercados correlatos nos quais as plataformas também atuam.

Por tais razões, é necessário que a atuação de autoridades competentes, tais como as de defesa do consumidor e do direito da concorrência e, futuramente, a ANPD, estejam cada vez mais alinhadas, de forma que a proteção dos consumidores se dê da maneira mais efetiva possível.

Referências bibliográficas

ALEMANHA. Bundeskartellamt. Processo Administrativo B6-22/16. Decision under Section 32(1) German Competition Act (GWB). Versão Pública. Decidido em 06.02.2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?blob=publicationFile&v=5>. Acesso em 16.08.2019;

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Voto-vogal da Conselheira (Paula Farani de Azevedo Silveira). Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Decidido em 26.06.2019.

CADE. Voto-vista da Conselheira (Paula Farani de Azevedo Silveira). Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Decidido em 19.06.2019.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER Heike. Report on “Competition policy for the digital era”. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 3 e 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 16.08.2019;

ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ENDC), Secretaria Nacional das Relações de Consumo. *Manual de Direito do Consumidor*. 4ª Ed., Revista e Atualizada, Brasília/DF, 2014. Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/biblioteca>. Acesso em 16.08.2019.

EVANS, David S. *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, And Privacy*. The Journal of Economic Perspectives 37, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1376607. Acesso em 16.08.2019.

EVANS, David S., SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of platform business*. Boston, Massachusetts. Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 623, 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=law_and_economics. Acesso em 16.08.2019.

EVANS, David. *Attention Rivalry Among Online Platforms*. Journal of Competition Law & Economics, Volume 9, Issue 2, June, 2013.

Evans, D. “*The Antitrust Economics of Free*”, John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago, 2011, No. 555, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law_and_economica, p. 14 in OCDE. *Quality considerations in digital zero-price markets*. Background note by the Secretariat, 2008, p. 5.

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm>. Acesso em 16.08.2019.

FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 79.

GAL, Michal S., RUBINFELD, Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 14-44, 2014. Disponível em: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/80AntitrustLJ521_stamped.pdf Acesso em 16.08.2019.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. 50 Stanford Law Rev. 1471 (1998). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2292029>. Acesso em 16.08.2019;

KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale L.J. (2016). Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em 16.08.2019.

MIRAGEM, Bruno Nunes. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MORTON, Fiona Scott, et. al. *Report: Committee for the Study of Digital Platforms - Market Structure and Antitrust Subcommittee*. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business (2019), p. 13. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>. Acesso em 16.08.2019.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004

O'Brien, Daniel, SMITH, Doug. ***Privacy in Online Markets: A Welfare Analysis of Demand Rotations*** (working paper No. 323, 2014). Disponível em: <http://www.ftc.gov/reports/privacy-online-markets-welfare-analysis-demand-rotations>. Acesso em 16.08.2019.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. ***Quality considerations in digital zero-price markets***. Background note by the Secretariat, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm>. Acesso em 16.08.2019.

OCDE. ***Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms***, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em 19.06.2019.

ROCHET, Jean-Charle, TIROLE, Jean. ***Platform Competition in Two-Sided Markets***. Journal of the European Economic Association, 2003.

THALER, Richard H. Doing Economics Without Homo Economicus, in Foundations of Research in Economics: **How Do Economists Do Economics?** 227, 230-35 (Steven G. Medema & Warren J. Samuels eds., 1996).

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. ***Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness***. Yale University Press, 2008.

TONETTO, Leandro Miletto et al . ***O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza***. Estud. psicol. (Campinas), v. 23, n. 2, Junho, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-66X2006000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16.08.2019.

TVERSKY, A., KAHNEMAN, D. ***The framing of decisions and the psychology of choice***. Science, 211 (4481), 1981.

_____. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. Science, 185 (4157), 1974.

WU, Tim. **Blind Spot: The Attention Economy and the Law.**
Disponível em:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941094&download=yesWU. Acesso em 19.06.2019.

_____. *The Curse of Bigness. Antitrust in The New Gilded Age.*
Columbia Global Reports, 2018.

O CONSUMO SEGURO E OS MEIOS DE VEICULAÇÃO DO AVISO DE RISCO

Nicolas Eric Matoso Medeiros de Souza

1. A Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor é o ramo do direito mais presente na vida de qualquer cidadão tendo em vista que, do mais rico ao mais pobre, todos consomem e, por consequência, participam das relações de consumo.

Conforme ensina Adolfo Mamoru Nishiwama (NISHIWAMA, 2010 p. 115.), a proteção jurídica do consumidor surgiu após a revolução industrial, quando se percebeu que a dominação dos produtores frente ao mercado de consumo tornava os consumidores mais vulneráveis.

Nessa época, houve um aumento na oferta e na demanda por produtos de consumo, uma vez que a produção artesanal diminuiu drasticamente dando lugar às grandes indústrias (NORAT, 2011). Assim, tendo em vista a produção em série, um maior número de produtos foi inserido no mercado de consumo a um baixo custo.

Nos Estados Unidos o movimento de Defesa do Consumidor iniciou-se no final do século XIX com a edição da *Sherman Anti Trust Act*, objetivando a repressão das práticas de comércio fraudulentas e proibindo atos comerciais desleais como, por exemplo, os cartéis.

No decorrer do final do século XIX até meados do século XX, diversos atos do governo norte americano já sinalizavam uma preocupação do Estado com os consumidores. A consciência social e cultural da necessidade de proteção aos consumidores ganhou fôlego a partir de 1960 com o surgimento das associações dos consumidores, iniciando o verdadeiro movimento consumerista (NUNES, 2013. P. 42).

Entretanto, somente em 15 de março de 1962, data considerada histórica na Defesa do Consumidor, o Presidente norte americano, John F. Kennedy, elevou a preocupação com os consumidores a uma questão de Estado.

“Considera-se que foi um discurso de John F. Kennedy, no ano

de 1962, em que este presidente norte-americano enumerou os direitos do consumidor e os considerou como novo desafio necessário para o mercado, o início da reflexão jurídica mais profunda sobre este tema. O novo aqui foi considerar que “todos somos consumidores”, em algum momento de nossas vidas temos este *status*, este papel social e econômico, estes direitos ou interesses legítimos, que são individuais, mas também são os mesmos no grupo identificável (coletivo) ou não (difuso), que ocupa aquela posição de consumidor.” (BENJAMIM, 2013.P.32).

Na mensagem n. 93, intitulada *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, John Kennedy afirma que mesmo os consumidores sendo o maior grupo da economia norte americana, não eram eficazmente organizados, não tendo suas demandas ouvidas pelo Estado.

Sendo assim, clamou que o estado norte americano voltasse sua atenção a esse enorme grupo da economia, listando os quatro direitos fundamentais que deveriam ser considerados, sendo eles, (i) o direito a segurança – de ser protegido contra a comercialização de produtos que são prejudiciais à saúde ou à vida; (ii) o direito de ser informado, de ser protegido contra informação fraudulenta, enganosa ou grosseiramente enganosa, publicidade, rotulagem ou outras práticas, e para que sejam fornecidos os dados necessários para uma escolha bem informada; (iii) o direito de escolher, a ser assegurado, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos e, em mercados onde a concorrência não seja viável, que seja substituída pela regulamentação governamental, a fim de garantir a qualidade e satisfação do serviço a preço justo; (iv) o direito de ser ouvido, para que os interesses do consumidor recebam a devida atenção na formulação política do governo e para o tratamento justo e rápido em seus tribunais administrativos.¹

¹ 93 – *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Disponível em: <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>. Acessado em: 12/08/2019.

Já a Organização das Nações Unidas, em 1985, consolidou a ideia de que a defesa do consumidor se trata de um direito humano de nova geração ou dimensão, um direito social e econômico (BENJAMIN, 2013, p. 35). A Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, instituiu diretrizes que descreveram oito áreas de atuação dos Estados, no intuito de promover a proteção ao consumidor, entre elas: (i) a proteção dos consumidores diante dos riscos à sua saúde e à sua segurança, (ii) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, (iii) acesso dos consumidores a formação adequada, (iv) promoção da educação do consumidor, (v) possibilidade de reparação de danos causados aos consumidores, (vi) liberdade de formação de grupos e organizações de consumidores.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor veio a ser promulgado no início dos anos 1990, em cumprimento a determinação constitucional específica constante no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias. O constituinte brasileiro, ciente de que, conforme Robert Alexy, “os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo”, garantiu a proteção aos

Nearly all of the programs offered by this Administration--e.g., the expansion of world trade, the improvement of medical care, the reduction of passenger taxes, the strengthening of mass transit, the development of conservation and recreation areas and low-cost power--are of direct or inherent importance to consumers. Additional legislative and administrative action is required, however, if the federal Government is to meet its responsibility to consumers in the exercise of their rights. These rights include:(1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.(2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.(4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.

consumidores como um direito e princípio fundamental, determinando a criação de um sistema normativo, a fim de assegurar o direito estabelecido pela Constituição (MIRAGEM, 2014, p. 47).

A Constituição Federal de 1988 determina a promoção da defesa do consumidor perante as relações de consumo, reconhecendo este novo sujeito de direitos, seja ele individual ou coletivo, assegurando a ele proteção constitucional, como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII.

A defesa do consumidor encontra, ainda, outro embasamento dentro da Constituição. Trata-se do artigo 170, inciso V, em que a proteção aos interesses dos consumidores foi incluída entre os princípios gerais da Ordem Econômica, ganhando o mesmo status dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência, entre outros (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 47). Por meio deste artigo, ficou garantida a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos por meio da implementação da política nacional de consumo.

A sociedade de consumo pós revolução industrial acabou por deixar o consumidor em posição em pior posição. Antes, a relação entre consumidores e fornecedores possuía um relativo equilíbrio, uma vez que ambos possuíam certo poder de barganha. Após a revolução industrial, os fornecedores passaram a dominar o mercado, assumindo a relação de força nas relações de consumo, impondo regras que lhes favoreciam (GRINOVER, 2011, vol. I, p. 04).

A necessidade da proteção ao consumidor é motivada diante da sua fragilidade no poder de negociação. É dever do Estado elaborar meios jurídicos que coibam práticas ilícitas advindas do sistema econômico competitivo no qual é baseado o Capitalismo, o que pode causar danos ao consumidor no tocante à sua vida, privacidade, interesse econômico, moral e outros bens.

O mercado por si só não apresentava meios eficientes para equilibrar as relações de consumo, deixando sempre o consumidor em posição desfavorável. Fez-se, assim, necessária a intervenção estatal, no âmbito dos seus três poderes, no intuito de novamente igualar esta relação, seja reforçando a posição do consumidor como parte vulnerável, sendo

necessária sua proteção integral, dinâmica e sistemática, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado (GRINOVER, vol. I, p. 04).

O CDC é o resultado da evolução histórica e dos movimentos consumeristas ocorridos no Brasil e no mundo, como também uma concretização dos valores constitucionais de proteção e defesa do consumidor. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é uma norma adaptada à realidade vivida no país, configurando-se como pós-moderno ao romper com certos paradigmas, criando um amadurecimento social, político, econômico e cultural na defesa dos consumidores.

Por fim, vale mencionar que as normas estabelecidas no CDC são de ordem pública, por se tratar de positivação do direito fundamental de proteção do consumidor (MIRAGEM, 2014, p. 62.), e de interesse social, uma vez que visa resguardar os consumidores das desigualdades que os tornam vulneráveis frente aos fornecedores, dotando-os de meios apropriados para o acesso à justiça.

1.1. O Comando Constitucional para a Defesa do Consumidor Brasileiro

A defesa do consumidor na Constituição possui a característica de Princípio Constitucional impositivo, uma vez que determina aos órgãos do Estado, em especial ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas, sendo instrumento que visa à existência digna dos indivíduos e como objetivo a ser alcançado pelo Estado.

Ademais, é norma-objetivo, com caráter de Princípio Constitucional Conformador, uma vez que a positivação da defesa do consumidor deve ser tratada como instrumento de governo a ser utilizada para implementação de Políticas Públicas.

A determinação constitucional para a promoção da defesa do consumidor é encontrada no inciso XXXII, do artigo 5º, tratando-se de direito fundamental, ou seja, irrenunciável. Encontra-se, ainda, previsto no artigo 170, inciso V, como um dos Princípios da Ordem Econômica.

A motivação para a criação de um Código específico para a defesa desses indivíduos foi a necessidade de proteção a indivíduos vulneráveis e hipossuficientes. Para estabelecer a relação de consumo, necessariamente, há de existir dois polos diferentes. O polo subjetivo, do

consumidor, que sempre será vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente, e o polo objetivo, em que figura o fornecedor.

Segundo Claudia Lima Marques, o direito do consumidor é uma disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger o consumidor frente as relações jurídicas estabelecidas entre este e os fornecedores.

Devido a sua classificação como Direito Fundamental, Bruno Miragem expõe que o direito do consumidor no texto constitucional está a salvo de reformas. Justifica, alegando que, por força do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, ficam vedadas propostas de emenda que visem abolir os direitos e garantias fundamentais, dentre elas, os direitos dos consumidores.

Outrossim, por possuir status de direito fundamental, os direitos dos consumidores, assim como os direitos à vida, à saúde e à segurança são proibidos de retrocederem. Como bem explica Ingo Wolfgang, essa estabilidade advém do direito à segurança jurídica, que constitui uma das dimensões do direito à segurança, uma vez que abrange não somente a segurança jurídica, como também o direito à segurança social e pessoal. Sendo assim, concede ao cidadão uma proteção contra atos advindos dos entes públicos e particulares, por meio de prestações normativas e materiais, em especial, aos direitos fundamentais.

1.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o CDC

A dignidade da pessoa humana não se encontra na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos fundamentais expostos no artigo 5º. O legislador optou por considerá-la um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inserindo-a no inciso III do artigo 1º.

Consagrada como fundamento, a dignidade da pessoa humana possui valor constitucional supremo, devendo servir como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema de direitos fundamentais, uma vez que a dignidade é a primeira condição para a existência de cidadãos em uma república (AGRA, 2009, p. 21).

Como princípio basilar da Constituição Federal, foi conferida à dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora, orientando

a compreensão dos direitos fundamentais listados no artigo 5º da Constituição e, por força do artigo 5º, §2º, dos direitos fundamentais implícitos decorrentes dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais dos quais o país seja signatário (SOARES, 2009, p.137).

Segundo André Tavares, o filósofo Immanuel Kant foi o que mais contribuiu para a definição do conceito de dignidade da pessoa humana, ao estabelecer o homem como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem, não podendo ser utilizado como meio ou instrumento para promoção de interesses econômicos, políticos e ou ideológicos, uma vez que ele sempre será o fim de si mesmo (TAVARES, 2014, p. 438).

Reconhecida a sua força normativa, este princípio possui duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. A subjetiva no status negativo corresponde à proibição do Estado em interferir na esfera da liberdade individual da pessoa humana. Já no status positivo, o indivíduo possui o direito a uma condição mínima de subsistência, tendo o estado o dever de agir para implementá-la. Quanto à dimensão objetiva, esta é baseada na percepção de que os direitos fundamentais não dependem dos titulares desses direitos. Trata-se de um conjunto de valores e fins que direcionam a ação positivista dos Poderes Públicos (SOARES, 2009, p. 144).

Nesse sentido, em caráter de competência negativa, os direitos fundamentais atuam retirando do Estado seus poderes de atuação, permitindo um controle abstrato da constitucionalidade. Outrossim, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana atua de forma que o operador da lei, quando diante de interpretações diversas da norma, deve optar pela que melhor garanta a vida digna ao cidadão (SOARES, 2009, p. 144).

Adquirindo o caráter positivo, fica o poder público incumbido da elaboração de normas e implementação de políticas que visem à proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Adquirindo a eficácia negativa, ficam o Poder Público e entes particulares limitados quanto às suas formas de atuação, de modo que fica garantido aos sujeitos de direito, a possibilidade de questionamento a validade das normas que ofendam os aspectos da existência digna (SOARES, 2009. p.145).

Outrossim, verifica-se ainda que o constituinte adota a dignidade da pessoa humana como fim da ordem econômica, no *caput* do artigo 170. Sendo assim, as atividades econômicas devem ser organizadas de forma que respeitem e promovam a existência digna do ser humano, atuando, aqui, como princípio constitucional impositivo (GRAU, 2008, p. 197).

Conclui-se então que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, impõe o dever de respeito e/ou abstenção ao Estado e particulares e exige a promoção de condutas por agentes públicos e privados que efetivem e promovam a existência digna da pessoa humana.

No Código de Defesa do Consumidor, esse princípio se encontra explicitamente defendido no *caput* do artigo 4º, reafirmando a importância da garantia fundamental da Dignidade da Pessoa Humana também nas relações de consumo. Esta previsão no CDC está ligada diretamente à prevista na Constituição Federal e rege todos os demais princípios e normas que a ela devem respeito.

1.3. Os Direitos Básicos do Consumidor Brasileiro

Tendo em vista o ato grau de evolução da atividade mercantil, que fortaleceu o poder que os fornecedores de produtos e serviços possuem sobre a população em geral (considerando, aqui, os consumidores equiparados), o legislador entendeu necessário a estipulação de direitos básicos para os consumidores, que nortearão a proteção no decorrer do Código. Considerando a relevância desses direitos, uma vez que integram a ordem pública de proteção ao consumidor, eles são indisponíveis (MIRAGEM, 2014, p. 195-196).

Cumpre salientar que os direitos básicos elencados no artigo 6º não excluem outras legislações que visem proteger os mesmos direitos. Em respeito ao diálogo das fontes, demais normas que visem uma maior proteção desses indivíduos se igualam às previstas como básicas no CDC.

Sendo assim, conclui-se que o rol elencado naquele dispositivo legal é meramente exemplificativo, buscando manter atrelada a principiologia do CDC e permitindo o diálogo com outras legislações, objetivando maior expansão da proteção dos consumidores.

1.3.1 Proteção da vida, saúde e segurança

Ligado diretamente ao direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal, o direito à vida previsto no CDC representa, entre os direitos básicos dos consumidores, o que possui o caráter mais essencial de todos. Sem a proteção desse direito, não se justifica o esforço de proteger os demais, uma vez que sem vida não há direitos a serem protegidos.

O CDC protege não somente os consumidores, mas também os terceiros não envolvidos em relação de consumo, por terem direito de não serem expostos a riscos que lhes possam atingir fisicamente (GRINOVER, 2011, vol. I, p. 154). Os fornecedores ficam proibidos de inserirem no mercado produtos e serviços que tenham potencial para trazer riscos à vida, saúde e segurança dos consumidores.

Entretanto, o código admite o fornecimento de produtos que criem riscos, desde que sejam inerentes à sua essência. É o caso da inserção de uma faca ou fogo de artifício. Nesses casos, deve o fornecedor informar, de forma clara e objetiva, as precauções que o consumidor necessita adotar, objetivando a não ocorrência de acidentes de consumo.

Fica claro que a informação presente no produto é de suma importância para o consumidor e sua ausência pode levar a riscos que o classifiquem como defeituoso. Outrossim, devemos entender como direito básico a segurança, o direito que assegura ao cidadão a não inserção de produtos e serviços que o atinjam, de forma negativa, fisicamente, psiquicamente e patrimonialmente. Este direito fundamenta o dever de cuidado que o fornecedor possui quando da colocação de produtos e serviços no mercado de consumo.

Por fim, vale lembrar que, por ser direito fundamental, essencial à personalidade e indisponível, não pode ser limitado voluntariamente, contratualmente ou por meio de renúncia; sua proteção e garantia tem preferência sobre os demais, mesmo em caso de colisão com outros direitos (MIRAGEM, 2014, p. 198).

1.3.2. Direito à Educação do Consumidor

O direito à educação guarda estrita ligação com a dignidade da pessoa humana e com o Princípio da Transparência. Trata-se de facilitar e transmitir ao consumidor seus direitos e deveres, de forma a fortalecer-lhe frente aos fornecedores de produtos e serviços, possibilitando-lhe exercer sua liberdade de escolha entre os vários produtos e serviços inseridos no mercado de consumo (ALMEIDA, 2011, p. 67).

Nesse sentido, o direito à educação deve ser visto em dois aspectos, o formal, transmitido em escolas, desde o primeiro grau até o ensino superior, e o informal, que é feito pelos meios de comunicação de massa, por entidades de defesa do consumidor e pelas entidades não governamentais.

Destaca-se que a educação informal também é de responsabilidade dos fornecedores, que devem alertar o consumidor não somente sobre seus diretos, como também sobre produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

1.3.3. Direito à Informação

O direito básico à informação é um dos principais artifícios pelos quais o consumidor conseguirá se igualar dentro da relação de consumo. Sua garantia visa assegurar a existência de igualdade de informação entre as partes. No arcabouço da Constituição Federal, o direito à informação se apresenta como um direito fundamental de quarta geração (BONAVIDES, 2014, p. 586).

Segundo Marcelo Novelino:

Os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política (NOVELINO, 2008, p. 229)

É dever dos fornecedores de produtos e serviços prestar adequada informação sobre todas as características importantes de produtos e serviços para que o consumidor que for adquiri-los possa fazê-lo sabendo que o poderá esperar deles, possibilitando uma relação contratual próxima, sincera e sem prejuízos para as partes.

Essa proteção traz íntima ligação com o Princípio da Transparência e da Boa Fé Objetiva, presentes nas relações de consumo (SODRÉ, 2007, p. 167-168).

2. A Política Pública de Proteção ao Consumidor

Nos dias atuais, o consumidor encontra proteção em diversos níveis hierárquicos da legislação. Na Constituição Federal, são três os artigos que tratam diretamente da proteção do consumidor: (i) artigo 5º, inciso XXXII; (ii) artigo 170, inciso V e § Único; e, (iii) artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Diferentemente de outros países, como Portugal e Espanha, não existe um capítulo ou artigo específico que trata da defesa do consumidor. A Constituição Federal trata o tema de forma não sistematizada, devendo o intérprete buscá-la. Essa ausência fez com que o movimento de defesa do consumidor lutasse pela aprovação do Código de Defesa do Consumidor, que foi conquistada (SODRÉ, 2007, p. 167-168).

Entretanto, por se tratar de lei ordinária, ficou o CDC exposto a possíveis alterações, ou até mesmo revogações, por leis infraconstitucionais posteriores. Nesse sentido, desenvolveu-se a teoria de que o Código é uma lei principiológica, no intuito de protegê-lo de possíveis leis que viriam a prejudicá-lo, tornando-o ineficaz.

Deve haver a preocupação dos nossos legisladores quanto a elaboração de leis que tratam da proteção do consumidor. Todas elas devem ser harmônicas entre si, buscando a coerência em todo o sistema, possibilitando a eficácia da organização e implementação de políticas públicas. Ademais, o cumprimento do mandado constitucional impõe a prática efetiva de políticas públicas, uma vez que estas não se limitam somente à edição de normas.

Nesse sentido, verifica-se que somente a promulgação do Código não esgota o mandamento constitucional, deve ser acompanhado da sua devida aplicação real tornando essencial a implementação de políticas públicas que visem atender a proteção efetiva do consumidor. No que tange a legislação consumerista brasileira, para a defesa dos direitos subjetivos dos consumidores, elegeu-se tanto a via judiciária, em respeito ao princípio

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada constitucional de acesso à justiça, como a via administrativa (MIRAGEM, 2014, p.742).

Tendo em vista o objetivo de analisar as Políticas Públicas de Proteção ao Consumidor, em especial aquelas que tratam da proteção à vida, saúde e segurança, analisaremos o sistema de proteção e defesa do consumidor organizado em nível federal.

2.1. A Campanha de Chamamento como instrumento da Política Nacional de Proteção ao Consumidor

Em respeito ao direito básico dos consumidores, uma série de ações vem sendo desenvolvidas no intuito de se proteger à vida, à saúde e à segurança dos consumidores. Dentre elas, merece destaque a Campanha de Chamamento ou *Recall*, como é mundialmente conhecido que, além de garantir os direitos básicos acima descritos, visa, também, garantir o direito à informação aos consumidores.

A Campanha de Chamamento é o procedimento pelo qual o fornecedor, após constatar que inseriu produto ou serviço defeituoso no mercado de consumo, informa à sociedade acerca do fato e adota as providências necessárias para promover o reparo, tornando o produto ou serviço seguro, resguardando o direito do consumidor e precavendo possíveis acidentes de consumo.

Nesse sentido, a obrigação da realização de uma retirada do mercado de consumo decorre da violação de direitos garantidos constitucionalmente e repetidos no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que existe a exposição do consumidor a um perigo real ou hipotético, e do dever do fornecedor da não inserção de produtos perigosos no mercado de consumo. Ademais, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, não podendo ser excluída pela ausência do consumidor no chamado, sendo ela por ausência ou não de dolo ou culpa (NUNES, 2013, p. 214).

Ressalta-se que a realização das campanhas de chamamento não retira do fornecedor a obrigação de reparação dos danos nem atenuam sua responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, uma vez que já violou seu dever originário quando ofertou o que não poderia. Nesses termos, há corrente que defende que o consumidor que não atende ao chamado dá

causa para a exclusão do fornecedor da responsabilidade de reparação ou redução em face à concorrência das condutas praticadas (MIRAGEM, 2014, p.738).

A corrente contrária a esse posicionamento afirma que não se pode presumir que o não atendimento do consumidor se deu por dolo ou culpa uma vez que o fornecedor agiu descumprindo seu dever legal. Entretanto, defendem que, se houver prova da negligência ou culpa, seria uma questão de determinar a medida em que este fato contribuiu para o dano, mas jamais excluindo a responsabilidade do fornecedor (MIRAGEM, 2014, p.739).

O *recall* é, atualmente, regulamentado pela Portaria 618/2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que elenca uma série de deveres do fornecedor quanto (i) à notificação do ocorrido aos órgãos competentes; (ii) às informações a serem imediatamente fornecidas, permitindo a rápida identificação dos produtos e serviços defeituosos, alertando a população quanto a possíveis riscos existentes e modos de evitá-los; (iii) elaboração de plano de mídia aos consumidores; e, (iv) aos meios de reparo do defeito.

Ainda por força da Portaria, fica o fornecedor obrigado a fornecer relatórios periódicos, em intervalos de no máximo 120 dias, informando a quantidade de produtos efetivamente reparados ou recolhidos, de acordo com a distribuição por estado da federação e, ao término, relatório final informando a quantidade de consumidores atendidos em face aos atingidos. Ressalta-se que, com o término da campanha, não fica o fornecedor desobrigado do reparo, devendo fazê-lo sempre que solicitado pelo consumidor, de modo gratuito.

Essa regra legal se faz necessária devido às produções em série, que são caracterizadas pela utilização de lotes de peças para a montagem de uma série de produtos. Sendo assim, detectada a falha em uma peça, existe a probabilidade de as demais possuírem o mesmo defeito, acarretando a fabricação de uma série de produtos que apresentam riscos aos consumidores (NUNES, 2013, p. 213).

Sendo assim, tendo em vista a detecção do defeito em uma única unidade, presume-se que as demais da mesma série possam ter sido afetadas, sendo necessária a convocação, por meio do Processo de Chamamento, de todos aqueles que possuem o produto.

2.2. Os novos meios de veiculação do Aviso de Risco

Tendo em vista a relevância do tema, a Secretaria Nacional do Consumidor publicou o Recall em Números para mostrar à sociedade o levantamento das Campanhas de Chamamento apresentadas entre os anos de 2014 a 2018 e durante o primeiro semestre de 2019. Com essa ação, a Senacon objetiva ampliar a transparência entre os órgãos públicos, fornecedores e sociedade, ofertando um instrumento de controle social e fortalecendo o debate público acerca da efetividade da Campanha de Chamamento como instrumento de proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor brasileiro.

Destarte, verifica-se que, entre 2014 e 2018 foram iniciadas 701 Campanhas de Chamamento devido à inserção de 21.237.052 produtos ou serviços defeituosos no mercado de consumo. De todos eles, 5.271.530 foram recolhidos ou reparados, o que representa apenas 25% de produtos ou serviços.

Nesse sentido, ganha destaque um estudo feito pela *Consumer Product Safety Comission – CPSC*, entidade americana de proteção ao consumidor, no qual aponta sete fatores determinantes para a efetividade do índice de atendimento de um *recall*: (i) preço de venda do produto; (ii) período de vida útil do produto; (iii) forma como o fornecedor realizou a ação de *recall*; (iv) número de unidades afetadas; (v) período em que o produto ficou disponível no mercado, (vi) percentual de produtos em posse dos consumidores; e, (vii) forma de comunicação direta com o consumidor (CPSC, 2018).

Outro importante estudo é o realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que aduz que o crescimento da fiscalização regulatória e a transparência dos recalls de produtos de consumo não só ajudaram a aumentar a conscientização das empresas e dos consumidores sobre recalls de produtos, mas também levaram a um aumento no volume de recalls na última década (OECD, 2018). No entanto, afirma que muitos desses recalls estão ocorrendo agora em um mercado mais complexo, global e digital, criando um desafio exponencial para empresas, governos e consumidores em todo o mundo.

Por meio de pesquisas, mesas redondas e workshops com países membros e não membros, a OCDE observou que:

- embora as taxas de resposta variem de acordo com as categorias de produtos, o nível de reações dos consumidores geralmente permanece baixo na maioria dos países;
- uma variedade de fatores pode afetar a eficácia do recall, desde a rastreabilidade do produto, preço e vida útil, até o nível de risco, gravidade de uma lesão e a qualidade e frequência da comunicação com os consumidores;
- os vieses comportamentais também desempenham um papel importante na inação do consumidor. A sobrecarga e a complexidade de informações, bem como a fadiga ao recall, costumam ser as responsáveis, pois o número de produtos recolhidos continua crescendo a cada ano, dificultando a identificação dos recalls que se aplicam aos produtos que os consumidores têm em suas casas. Eles também podem perder o interesse se a solução for impraticável ou inconveniente.

Ao se analisar a atual Portaria MJSP 169/2018, verifica-se que a Secretaria Nacional do Consumidor, ao atualizar a legislação que regulamenta o processo de chamamento, fez grandes avanços com o objetivo de aumentar o índice de atendimento das campanhas em geral, bem como garantir que o consumidor seja cientificado do risco ao qual encontra-se exposto.

Uma das principais alterações encontradas é a constante no artigo 4, que trata do Plano de Mídia que deve ser elaborado pelo fornecedor. É por meio dele que será apresentado às autoridades os meios pelos quais a empresa pretende veicular seu Aviso de Risco.

De acordo com a antiga regulamentação, Portaria 487/2012, o fornecedor deveria veicular seu Aviso em tv, rádio e jornal, sendo as outras mídias opcionais. Agora, a empresa fica obrigada a veicular em 3 tipos de mídia diferentes, sendo uma mídia escrita, uma de transmissão de sons e uma de transmissão de sons e imagens. Além disso, deverá o fornecedor justificar a escolha dos meios de veiculação, demonstrando que os selecionados serão aqueles que atingirão a maior quantidade de consumidores alvo.

Com essa redação, ao mesmo tempo em que ganha maior flexibilidade na elaboração do plano de mídia, o fornecedor fica obrigado a se atentar aos meios pelos quais seus consumidores serão atingidos. Essa modernização visa acompanhar as novas formas de veiculação de peças publicitárias que, com a evolução dos meios de comunicação, estão em processo de migração para as plataformas digitais.

Nos últimos tempos, a forma de comunicação tem evoluído muito, alterando a maneira como os fornecedores transmitem informações aos seus consumidores ou futuros consumidores. Ademais, permitiu uma maior interação entre esses dois *players*, que passaram a utilizar as plataformas digitais para a troca de informações.

Além disso, ao passo que as mídias tradicionais difundem a informação de forma ampla e generalista, as plataformas digitais permitem que o fornecedor direcione suas publicidades aos indivíduos alvo de forma mais eficaz. Conforme destaca Geraldo Toledo:

“A migração da propaganda de massa para uma abordagem de marketing one- to-one tem sido facilitada pela tecnologia aplicada na Internet, como consequência da evolução do Marketing de Relacionamento. As empresas conseguem conhecer, mediante a utilização de recursos como bancos de dados de clientes e cookies, hábitos de compra e características dos clientes, de modo a dirigirem-se a eles de maneira personalizada” (TOLEDO, 2008, p. 33-78).

A utilização inteligente de dados, sempre dentro dos parâmetros legais, permite ao fornecedor e ao fomentador do Plano de Mídia o direcionamento da mensagem de forma eficiente. Este tipo de mídia tem sido a que mais cresce nos últimos anos, com promessa de evoluções ainda maiores em decorrência da implementação de formas mais rápidas de transmissão de dados, assim como da ampliação de pontos de contato com o consumidor. O que antes era feito apenas por meio da tv, rádio e jornal, hoje pode ser realizado por, além dos anteriormente mencionados, smartphones, tablets, smart tvs, canais de streaming, aplicativos, redes sociais e até mesmo por meios dos *wearables*, ou a internet “vestível” (TURCHI, 2019, p. 120).

Importante ressaltar que o Aviso de Risco não deve ser considerado uma peça publicitária. No entanto, por ser de interesse dos fornecedores que o alerta chegue ao consumidor do produto, faz-se necessário que as veiculações sejam feitas em meios semelhantes aos das peças publicitárias. Por esse motivo, Estado e fornecedores devem sempre acompanhar a mutabilidade do marketing, em especial o digital, sempre buscando identificar os mais eficazes meios de veiculação do Aviso de Risco.

Por fim, destaca-se que a utilização dos meios de marketing tradicionais não deve ser descartada de pronto. Por ainda possuírem papel importante, deve ser analisada a eficácia de divulgação dos Avisos de Risco nestes meios, caso o consumidor do produto ou serviço defeituoso absorva informações por meio deles.

3. Conclusão

O Código de Defesa do Consumidor, por ser norma-objetivo e com caráter de Princípio Constitucional conformador, deve ser tratado como instrumento de governo para a implementação de Políticas Públicas.

Com sua promulgação, institui-se como direitos básicos do consumidor o direito à vida, à saúde, à segurança, à informação e à educação, entre outros também previstos no artigo 6º do CDC. Todos esses direitos guardam correspondência com direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo, dessa forma, irrenunciáveis, devendo o Estado agir de forma a implementá-los e preservá-los, por meio de Políticas Públicas.

Entretanto, somente a promulgação do Código de Defesa do Consumidor não esgota o mandamento constitucional, devendo ser acompanhado da sua aplicação real. Dessa forma, o próprio CDC instituiu a Política Nacional de Proteção do Consumidor e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que contam com a participação de órgãos públicos e entidades privadas de defesa do consumidor.

Sendo assim, verifica-se que estes dois sistemas, responsáveis pela Política Pública de Proteção ao Consumidor, guardam afinidade com a abordagem multicêntrica (SECCHI, 2013, p. 03), por considerar entidades públicas e privadas como protagonistas para a solução de uma

questão coletiva, mantendo-se coerente quanto ao pressuposto constitucional da dignidade da pessoa humana.

Entende-se o protagonismo dos entes privados uma vez que o próprio Código de Defesa do Consumidor não insere as entidades privadas de defesa do consumidor em um nível hierárquico abaixo dos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, tão somente determinando que a Coordenação fica a cargo da Secretaria Nacional do Consumidor.

Os atores destes Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possuem sua atuação balizada pelos parâmetros legais do artigo 4º do CDC, que institui a Política Nacional das Relações de Consumo, possuindo o dever de acompanhar todo o desenvolvimento de Políticas Públicas que tenham como intuito a defesa do consumidor, objetivando a verificação da eficiência e eficácia.

No que tange a proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor, a Campanha de Chamamento figura como um dos instrumentos disponíveis aos atores pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. É por meio dela que o fornecedor, após constatar que inseriu produto ou serviço defeituoso no mercado de consumo, informa à sociedade acerca do fato e adota as providências necessárias para promover o reparo, tornando o produto ou serviço seguro, resguardando o direito do consumidor e precavendo possíveis acidentes de consumo.

No entanto, a forma como o fornecedor se comunica com o seu consumidor não deve ser algo imutável. Pelo contrário, diante da rápida evolução dos meios de comunicação, com o insaciável desejo do consumidor pela informação rápida e eficaz, Estado e fornecedores devem sempre procurar os meios de veiculação que atinjam, de forma direcionada, o consumidor em posse do risco.

Por fim, acredita-se ainda que a educação do consumidor, direito básico constante no artigo 6º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, possui influência direta na eficiência da Política Pública de proteção ao consumidor. Nesse sentido, cabe relembrar o dever do Estado de educar sua população quanto aos seus direitos como consumidores. A efetividade nesta ação fortaleceria os consumidores frente aos fornecedores, uma vez que reduziria sua vulnerabilidade jurídica.

Obviamente que a promoção efetiva da educação não eliminaria por completo a vulnerabilidade inerente ao consumidor. Entretanto, educando o consumidor quanto aos seus direitos básicos, possibilitaria a ele maior poder de argumentação frente ao fornecedor no momento pré ou pós contratual.

Referências bibliográficas

ABREU, Paula Santos. A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da UE, Nafta e MERCOSUL. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul 2005.

AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Forense, 2009. P. 21

ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*. 5 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª Ed. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe; DE MOURA, Walter José Faiad. *Manual de direito do consumidor*. 4ª edição. Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BERTONCELLO, Karen Rick D. O efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras?, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, volume 90, nov-dez, 2013.

BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2ª Ed. - São Paulo:Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. Ed. . São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm.

BRENNER, Lopes. AMARAL, Jefferson Ney, CALDAS, Ricardo Wahrendorff. *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Séries Política

Pública. Volume 7 – Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em: <http://www.agenda21comperj.com.br/sites/localhost/files/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20PÚBLICAS.pdf>.

BUCCI. Maria Paula Dallari. Políticas Públicas. *Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo. Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATALAN, Marcos Jorge. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A Pessoa Jurídica Consumidora Duas Décadas Depois do Advento do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/16>

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. Pag. 12.

CPSC, 2014, *Recall Effectiveness Research: A Review and Summary of The Literature on Consumer Motivation and Behavior*. Disponível em: <https://www.cpsc.gov/Recall-Effectiveness>. Acessado em 03.05.2019

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9 Edição; São Paulo; Editora Atlas, 2014.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos*. 1 Ed; Editora Atlas S.A., 2012.

ESTADOS UNIDOS. Consumer Product Safety Commission. *Recall Effectiveness Research: A Review and Summary of The Literature on Consumer Motivation and Behavior*. Disponível em: <https://www.cpsc.gov/PageFiles/101932/recalleffectiveness.pdf>.

FILOMENO, José Geral Brito. *Curso Fundamental de Direito do Consumidor*, 3 Ed: Editora Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 Ed – São Paulo. Malheiros Editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revisa de Processo*, n. 164. São Paulo. Revista dos Tribunais, outubro. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; FINK, Daniel Roberto; FIOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed.– Rio de Janeiro; Forense, 2011, vol. I .

LIMA, Waner Gonçalves. *Política pública: discussão de conceitos. Núcleo de Educação, Meio Ambiente e Desenvolvimento*, Macapá, 05 Ed. Out., 2012. Disponível em: <http://www.ceap.br/material/MAT26022013171120.pdf>.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6ª Edição – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed – São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

NETO, Orlando Celso da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013.

NISHIWAMA, Afoldo Mamoeu. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

NORAT, Markus Samuel Leite. *A Evolução Histórica do Direito do Consumidor*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9474.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª Ed.– Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 42

RIBEIRO, Bruno Servello. *A nova era dos microssistemas jurídicos.* Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12138

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O Direito à Vida.* Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>.

SANTOS, João Ricardo Ferreira. *Uma breve reflexão sobre a autoexecutoriedade dos atos administrativos.* Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10126

SARAVIA, Enrique. *Introdução à Teoria da Política Pública.* Políticas Públicas, Brasília, Volume I, p. 21-42, 2006. Disponível em http://felipeansaloni.com.br/wpcontent/uploads/downloads/2014/02/Introducao_Politicas_Publicas.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11. Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos.* 2 Ed. – São Paulo: Editora Cengage Learning, 2013.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana,* 1^a Ed. Editora Saraiva, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TURCHI, Sandra R. Estratégias de marketing digital e e-commerce – 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2019

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

TAVARES, Andre. *Curso de Direito Constitucional.* 12 Ed. Editora Saraiva, 2014.

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

93 – *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest.* Disponível em:
<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.

O DESIGN IDEAL DO DIREITO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA DESCRIÇÃO DAS TÉCNICAS REGULATÓRIAS MAIS USADAS, O QUE FUNCIONA (O QUE NÃO), VANTAGENS E DESVANTAGENS.

Orlando Celso da Silva Neto¹

Países de todo o mundo regulam a proteção dos consumidores e os contratos de consumo de forma diferente do que regulam contratos não consumeristas em geral². Os legisladores e os defensores do consumidor geralmente argumentam que os consumidores são muitas vezes enganados, ludibriados e levados a erros pelos fornecedores e os seus odiosos contratos unilaterais de adesão unilateral³. Embora a narrativa seja altamente

¹ O autor se beneficiou muito com o curso e conversar com o professor Omri Ben-Shahar, sobre ‘novas fronteiras na análise econômica do direito privado’, em julho 2017 no curso de Verão da Universidade de Chicago Law School. O autor é grato ao professor Ben-Shahar e a vários colegas que participaram do curso para o feedback, comentários e para a troca de idéias em geral, mas as opiniões – e os equívocos - são pessoais.

² A divisão entre regulamentação comercial, cível e contratual do consumidor é clara ao abrigo da legislação brasileira, mas pode não ser tão clara em outros sistemas. No entanto, o consumidor como sujeito merecedor de proteção especial é um fenômeno moderno em um grande número de sistemas jurídicos.

³ Por exemplo, a Secretaria de proteção financeira do consumidor, uma agência criada pela Dodd-Frank Wall Reforma e a lei de defesa do consumidor, e cujo propósito é "para tornar os mercados financeiros dos consumidores, fornecedores responsáveis e economia como um todo. Protegemos os consumidores de práticas injustas, enganosas ou abusivas e tomar medidas contra as empresas que infringem a lei. Nós armamos as pessoas com as informações, os passos e as ferramentas que eles precisam para tomar decisões financeiras inteligentes. " (<https://www.consumerfinance.gov/about-us/the-bureau/>) afirmou que as razões para regulamentar (e impor) a proteção dos consumidores são, entre outras, *externalidades, falhas de informação, poder de mercado, bens públicos, vieses cognitivos, a limitação das capacidades financeiras*.

apaixonada e possa às vezes ser um pouco (ou muito) exagerada, eles não estão totalmente errados.

Como resultado, a proteção dos consumidores ganhou muita atenção pelos decisores políticos e todos os tipos de regimes regulamentares e sistemas destinados a proteger os consumidores foram tentados. Muitas vezes os resultados são decepcionantes. Os regimes são demasiado dispendiosos e geram demasiados benefícios; em outros casos, os benefícios criados foram anulados por um impacto não intencional (ou simplesmente não pensado) no mecanismo de preços e assim por diante. Apesar de algumas falhas e expectativas frustradas, a proteção do consumidor está aqui e veio para ficar. É inútil combatê-la, mesmo se a pessoa for uma defensora radical da liberdade de contrato e não concorda com o tratamento regulamentar diferencial. É um esforço muito mais produtivo para tentar tornar a proteção do consumidor mais eficiente.

Este ensaio vai demonstrar que, embora não haja uma fórmula predefinida a "prova de balas" para determinar qual combinação de regras, normas e execução efetivamente funciona para alcançar um nível adequado de proteção do consumidor, há uma série de experiências regulatórias que podem ajudar o regulador a atingir o nível desejado de proteção. Para os propósitos deste artigo, um conceito amplo de regulação, entendido como qualquer forma de ação humana (principalmente governamental) que limita o comportamento é adotado⁴.

Este texto vai apresentar as técnicas regulamentares comumente adotadas, comentar sobre os pontos fortes e fracos de cada técnica e propor algumas orientações para a concepção de sistemas de regulamentação de defesa do consumidor. O texto começa com a questão fundamental da razão pela qual a regulamentação destinada a proteger os consumidores é necessária, se necessária, navega criticamente sobre a maioria das técnicas regulamentares e evolui para desenvolver uma proposta modesta para o desenvolvimento e concepção de uma regulamentação quase-ótima.

⁴ Usa-se aqui a expressão “regular” em um sentido amplo, a fim de incluir a decisão por lei, a ordem executiva (quando aplicável), a regulamentação por Agência e até mesmo a interpretação aplicada pela jurisprudência.

Por que é necessária a regulação de termos contratuais?

Este autor teve a oportunidade de explicar por que as falhas de mercado e assimetrias servem como a principal justificativa para a regulamentação do direito do consumidor em um texto diferente (Silva Neto: 2013). Os preconceitos e a racionalidade limitada (bounded rationality) também concorrem para justificar e apoiar a regulamentação protetora dos consumidores. Se a regulação se dá sobre produtos, diz-se que serve para proteger os consumidores, permitindo a qualidade mínima e proteção à sua saúde; Se for de contratos ou práticas comerciais/publicitárias, diz-se que a regulamentação reduz os custos de transação (e, portanto, os preços), permite que as empresas controlem seus agentes e impeçam o oportunismo do consumidor, entre outras coisas.

Nesta ocasião, tenciono concentrar-me num aspecto específico do direito do consumidor e da regulamentação da protecção dos consumidores – contratos de consumo. Os contratos de consumo recebem grande atenção dos legisladores e reguladores em todo o globo. Não há nenhum país conhecido que trate contratos do consumidor da mesma forma que que contratos civis e comerciais (mesmo naqueles em que não há um Código, há extensiva relação por leis esparsas das relações de consumo).

Mesmo os países que não têm um código de proteção ao consumidor têm vários estatutos protegendo o consumidor sobre temas específicos. Há muitas razões pelas quais legisladores e reguladores estão tão interessados em contratos de consumo, e uma das mais proeminentes (o que é de interesse para este artigo) é porque os contratos de consumo são "produtos" unilaterais que vêm carregados com termos padrão, que são imutáveis ou muito pouco mutáveis. Não há espaço, ou apenas muito pouco espaço, para negociação de contratos, alguns termos parecem claramente injustos, outros são simplesmente muito difíceis de entender para o consumidor médio. Uma situação realmente "infernal" se a pessoa olhar para a situação a partir do ponto de vista tradicional do ' contrato como uma barganha/negociação entre iguais '.

A literatura chama esses termos predefinidos, não negociáveis, de 'termos padrão' e os contratos em que eles vêm contratos de adesão. Os termos padrão e os contratos de adesão formam a maior parte dos contratos de consumo. Há muito poucas, se houver, situações em que os

fornecedores e os consumidores negociam a partir do zero para formar um contrato. Os termos padrão são ao mesmo tempo importantes e indesejados no contexto do consumo. Eles são indesejados porque os consumidores em geral não estão interessados no contrato, mas apenas no produto ou serviço⁵. Eles são importantes porque são uma parte muito relevante da experiência de consumo. Integram o negócio e não podem ser separados do produto ou serviço, não obstante a ignorância (ou simples falta de importância dada pelos) dos consumidores (e até mesmo desprezo às vezes) de sua existência.

Em outras palavras, se os consumidores gostam ou não, termos standard são parte dos produtos e da experiência de consumo. No Brasil, as condições contratuais não são geralmente pensadas como uma característica do processo de consumo, mas talvez uma mirada para estes termos de adesão a partir dessa lente possa proporcionar uma melhor compreensão das questões surgem sobre a validade, interpretação, abusividade e outras características destes termos ofertados ao consumidor. Como eu demonstrarei abaixo, pode ser uma boa ideia considerar que os termos do contrato sejam tratados como toda e qualquer a outra característica do produto, tais como a qualidade, a garantia, o preço, etc.

Se a ideia de que os termos do contrato são apenas mais uma característica do produto ou serviço for aceita, este conjunto pode ser pensada como '*legalware*', a parte legal do produto ou serviço (em geral, a parte legal da experiência de consumo), que é inseparável do produto ou serviço. Eu explicarei mais tarde porque os termos do contrato não podem ser separados de outras características do produto ou do serviço, mas vem aqui um teaser muito simples: os termos do contrato são relacionados

⁵ Como Omri Ben-Shahar (o mito de 'oportunidade de leitura') bem aponta: "Pessoas reais não lêem contratos de forma padrão. A leitura é chata, incompreensível, alienante, demorada, mas, acima de tudo, inútil. Queremos o produto, não o contrato. Além disso, muitas pessoas compraram o produto ou o serviço, juntamente com o mesmo contrato e parecem felizes o suficiente, por isso presumimos que não deve haver nada particularmente importante enterrado nos termos do contrato."

diretamente ao preço. Os termos do contrato mudam, preços mudam, pelo menos na maioria das vezes.

Se os termos do contrato forem pensados como parte do produto, é razoável concluir que eles devem ser regulados assim como qualquer outra característica do produto. Nessa luz, é importante considerar que a regulação dos produtos é impulsionada por preocupações com segurança, externalidades negativas, características ocultas (latência) e preocupações de padronização. Regulamentação dos termos contratuais deve, assim, tentar atingir os mesmos objetivos, mas será que são estes, de fato, os mesmos fatores que conduzem, justificam e orientam a regulação de termos contratuais?⁶

⁶ É possível traçar paralelos entre a regulação do produto e a regulação do contrato. Se os produtos são regulados porque podem ser inseguros, os contratos podem ser inseguros também. Os contratos também podem apresentar termos legais "não seguros", como regras sobre privacidade e proteção de dados que podem ser especialmente prejudiciais para os consumidores; regras sobre a liberação de fornecedores ou limitação de responsabilidade, penalidades financeiras, como penalidades de pré-pagamento; termos que proíbem a saída de contratos e outros.

Se os produtos podem ter recursos ocultos, por isso pode contratos, e há termos que relevância (ou potencial para prejudicar) será escondido (às vezes à vista) do consumidor. É um facto que os consumidores têm menos incentivo do que as empresas a investir em informação, que os contratos são complexos, exigem um elevado nível de numeracia e alfabetização e que as empresas fazem grandes promessas; rejeitá-los nas impressões finas.

Outro fator é 'irrationalidade do consumidor' (ou racionalidade limitada). Os consumidores ignoram os custos diferidos (mesmo quando são claramente declarados), sobrevalorizam características salientes e subvalorizam características não salientes, comportamento que permitem às empresas "aproveitarem-se" da desinformação do consumidor.

Um objeto menos comum de regulação é o preço excessivo. Enquanto em uma economia de mercado livre o preço é parte do negócio (ou simplesmente contrato), há alguns casos em que a regulação freia/proíbe preços excessivos-excessiva no sentido de que os produtos são muito caros em comparação com os custos. Alguns exemplos são os casos “aspiradores Kirby” nos Estados Unidos [ver https://www.consumeraffairs.com/news04/az_kirby.html] Mas principalmente situações em que as empresas usam preços não salientes e 'Add-ons' preço (uma

Essa é uma pergunta complicada, porque lida com uma área fortemente carregada de ideologia, que é a liberdade de contrato⁷ (especialmente se a técnica proposta de regulamentação for o uso de termos obrigatórios). As discussões sobre a liberdade de contrato são muitas vezes ideológicas e apaixonadas por todos os lados, e muito raramente influenciadas pela pesquisa empírica ou raciocínio lógico simples, mas podemos pelo menos tentar desenvolver algumas idéias sobre o que são (ou devem ser) as forças de condução da regulação contratual e os objetivos que os reguladores contratuais devem definir.

Antes de passar a abordar as metas e técnicas regulatórias, alguns pensamentos preliminares são pertinentes. Estes ajudarão o leitor a compreender melhor alguns fatores que moldam a regulação do contrato e influenciam o comportamento dos reguladores.

Em primeiro lugar, alguns termos contratuais lidam com certas áreas sensíveis e podem ser considerados inseguros. Alguns exemplos são privacidade, proteção de dados, renúncias/limitações de responsabilidade, penalidades, "cláusulas de fidelidade" e assim por diante. Como tal, a proteção regulamentar pode ser considerada mais importante nestas áreas do que noutras, tais como o preço ou as condições de utilização.

Outra razão relevante tem a ver com as características ocultas do produto. Os consumidores têm menos incentivo do que as empresas a investir na aquisição de informações sobre os recursos dos produtos/serviços. No que diz respeito aos recursos do produto/serviços, as empresas (especialmente fabricantes e prestadores de serviço) podem adquirir informações por um custo menor do que os consumidores. Além

prática comum por agências de aluguer de automóveis) e fórmulas de preços complexas (nos EUA a indústria mais difícil em que é a indústria médica).

⁷ Richard Craswell, "Liberdade de contrato" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper no. 33, 1995).

Falar sobre a liberdade de contrato é complicado, porque o tópico carrega uma carga ideológica pesada. Dependendo do ponto de vista, a liberdade de contrato pode ser visto como uma escolha entre a liberdade individual e o controle pesado do governo, ou entre o consenso comunitarista e os piores excessos do capitalismo laissez-faire. Em outras palavras, a liberdade de contrato é uma espécie de pára-raios, que sempre atrai fortemente realizada crenças políticas.

disso, os contratos são complexos e difíceis de entender, mesmo que todas as informações estejam disponíveis.

Um terceiro elemento é a chamada "irrationalidade" ou "racionalidade limitada" do consumidor. Os consumidores ignoram custos e complementos diferidos (futuros) e priorizam características salientes, em vez dos elementos menos aparentes da relação. Os consumidores parecem ser excessivamente otimistas no que diz respeito à sua capacidade de cumprir compromissos futuros, mesmo na ausência de fatores adversos externos imprevistos⁸. Além disso, as empresas exploram vieses de consumo após a coleta de suas informações (quando o consumidor e o fornecedor se engajaram em transações repetidas) ou após a aquisição de informações de terceiros.

Uma quarta razão para regulamentar os termos do contrato é a existência de características assimétricas sobre o produto, serviço e até mesmo no contrato. Algumas características do contrato são mais relevantes do que outras, e as partes propondo termos unilaterais têm melhor informação sobre o que é relevante para o consumidor médio (e às vezes até para o consumidor específico) do que aquilo que não é, assim como sobre o que é caro para eles (fornecedores) e o que não é.

Uma quinta justificação para a regulamentação dos contratos pode ser a de reduzir (alegadamente) os preços excessivos. Na maioria dos mercados e sistemas jurídicos, o preço do contrato (com poucas exceções) se insere no âmbito da autonomia do contrato⁹, mas Governos, no entanto, tentam regular aspectos dos preços dos contratos, especialmente no que se refere aos preços "não-salientes" e "Add-ons", para evitar que consumidores sejam enganados por fórmulas de preços complexas.

⁸ Além disso, os consumidores às vezes deixam seu "lado 1" do cérebro, o mais impulsivo e reativo, prevalecer sobre o ' lado 2 ', mais planejador.

⁹ Uma exceção seria "prática predatória de preços baseados em emergência", aumento excessivo dos preços quando a razão estável oferta x demanda é alterada numa situação de emergência. A maioria dos Estados americanos têm leis contra esta prática'. A lei brasileira proíbe a prática mesmo que não haja emergência para dar causa ao aumento súbito e drástico do preço.

Embora a necessidade real de regulamentar os termos contratuais possa ser discutível¹⁰, é inquestionável que os termos do contrato estão sujeitos a uma regulamentação extensiva na maioria dos sistemas jurídicos. Como mencionado anteriormente, desafiar a regulação do contrato como um todo pode ser um exercício muito contraproducente, mesmo para aqueles que defendem fortemente a liberdade do contrato. Um exercício muito mais interessante é analisar a eficiência e os resultados das soluções regulamentares para a regulação dos termos contratuais. Há várias dessas soluções, e descreverei e analisarei algumas, tentando apontar os riscos e as oportunidades associados a cada uma.

Técnicas de regulamentação contratual: termos obrigatórios.

A primeira e talvez predominante solução regulatória governamental a respeito dos termos do contrato é o uso de "termos legais obrigatórios". Termos legais obrigatórios podem ser divididos em termos obrigatórios ou termos proibidos, definidos como termos que devem estar em contrato ou não podem estar em contrato. Às vezes, uma certa relação regulamentada (como uma hipoteca ou outro contrato financeiro) será necessária para lidar com termos obrigatórios e proibidos. A intenção é proibir o uso unilateral de termos 'não seguros', ou seja, termos que podem, de alguma forma, lesar consumidores. A técnica também pretende prever requisitos mínimos de qualidade e, eventualmente, garantir os direitos de "retirada" (arrependimento), disciplinar a garantia obrigatória e evitar "limões"¹¹.

¹⁰ De fato, não existe um debate sério sobre um ambiente livre de regulamentação para as transações. Como os contratos são incompletos por definição e por uma série de outras razões, todos os sistemas regulam os contratos por padrão ou regras obrigatórias, alguns para um maior, outros em menor grau.

¹¹ 'Lemon' é um termo leigo para indicar carros em más condições, mas tem sido comumente usado na literatura de lei e economia para indicar um produto ruim desde que George Akerloff escreveu o seu clássico ensaio "o mercado dos limões: a incerteza de qualidade e o mecanismo do mercado", publicado em *O jornal trimestral de economia*, Vol. 84, no. 3 (agosto, 1970), pp. 488-500'. Limões são carros usados em má forma, mas que interesse é o contexto. O uso de termos obrigatórios para evitar limões tem por intenção proteger os compradores do

É inquestionável que os termos jurídicos obrigatórios impõem restrições à liberdade de contrato. Por causa dos efeitos indiretos da restrição da liberdade de contrato, contrato e teoria econômica advertem que aqueles devem ser usados cautelosamente. O maior efeito colateral dos termos legais obrigatórios está no preço. Os termos obrigatórios que aumentam a responsabilidade do fornecedor ou outros deveres contratuais quase necessariamente aumentam o preço, a menos que haja outro fator externo impedindo que isso aconteça. Quando um termo legal obrigatório proíbe uma determinada condição, a cláusula será considerada inválida e expurgada do contrato, mesmo que os juízes não tenham informações suficientes sobre as consequências sobre o efeito de preço para transações futuras¹².

Vamos tomar qualquer (ou a maior parte dos, de qualquer maneira) contrato de consumo como um exemplo. Na maioria dos sistemas jurídicos, o contrato que regula uma transação fornecedor-consumidor é fortemente regulado. Ele tem que passar um número de testes para ser válido. Tem que cumprir com as regras obrigatórias que determinam certas condições e proíbem outras, ele tem que fornecer pelo menos a informação mínima obrigatória em conformidade com os requisitos legais obrigatórios, observando tanto o conteúdo e forma, ele tem que obedecer a requisitos sobre divulgação de informação mínima necessária; o espaço residual para a liberdade de contrato é muito limitado. O "campo de jogo" para a negociação livre é virtualmente inexistente.

Na proteção ao consumidor, os termos obrigatórios são geralmente a técnica de regulamentação número um, especialmente no Brasil, onde o Código de Defesa do Consumidor está carregado de termos obrigatórios/proibidos. Como será visto, termos obrigatórios podem ter uma desvantagem ínsita - por vezes, a proteção extensiva pode simplesmente ser demasiada proteção.

abuso por vendedores em função de que compradores não têm informações sobre o que é de qualidade razoável e que não é.

¹² Uma recente mudança na LINDB brasileira determinou que os juízes devem levar em conta as consequências de seus julgamentos.

Regulamento de contrato: divulgação mandatada.

A segunda solução regulatória usada por Governos é a regulação da informação, ou regulamentação da "divulgação obrigatória" de informação. Este grupo compreende todas as obrigações legais que são exigidas dos fornecedores sobre informação para consumidores sobre o produto, o serviço ou a toda a condição subjacente, tal como circunstâncias financeiras. Divulgação obrigatória está se tornando cada vez mais comum e os governos têm feito vários experimentos com esta técnica. Mais recentemente, a regulamentação governamental evoluiu de um dever geral de divulgação destinado ao proponente do contrato para um conjunto de deveres mais específicos, que incluem o formato da divulgação e o conteúdo específico das informações a serem divulgadas, incluindo muitas vezes gráficos obrigatórios, imagens ou mesmo representação geométrica (pirâmides, colunas, etc).

Este "refinamento" da divulgação obrigatória deve-se ao fato de que os governos já perceberam que às vezes informações claramente 'nominais' não são adequadas para efetivamente informar propriamente o consumidor.

Como eu mostrarei abaixo, a revelação/divulgação obrigatória tem sido criticada como uma maneira ineficiente de regulamentar contratos. Divulgação obrigatória pode simplesmente dar ao consumidor 'mais do que você queria saber', como descrito por Omri Ben-Shahar e Carl E. Schneider em seu livro-texto do mesmo título, e pode ser contraproducente para a realização dos objetivos da política pública que se quer promover.¹³

Regulação de contrato: Regulação do preço.

Um terceiro conjunto de técnicas é a regulação do preço. Estas técnicas incluem a fixação de preços fixos ou preços (taxas) máximo(a)s de capitalização em produtos ou juros. Por razões que são um pouco

¹³ *Mais do que você queria saber: o fracasso da divulgação mandatada.* Imprensa da Universidade de Princeton, 2014.

óbvias, os preços máximos caíram em desuso na maioria das áreas¹⁴, embora seu uso permaneça um pouco comum em mercados regulamentados ou monopólio. Os riscos com a regulação dos preços são o desencorajamento da inovação, o desincentivo aos novos operadores para tentar entrar no mercado e, se a regulação é tão ruim que mesmo os agentes estabelecidos não querem manter a produção, o resultado então será a escassez de produtos.

Regulação de contrato: competição.

A regulamentação da concorrência é outra técnica regulamentar alegadamente utilizada para proteger os consumidores. Em vez de regulamentar os contratos, a regulamentação da concorrência, com a proibição de práticas predatórias e outras disposições, conduz (teoricamente, pelo menos) a um mercado competitivo, com uma interação algo dinâmica entre um número de fornecedores e um maior número de consumidores, permitindo a criação de um ambiente em que esta competição impulsiona (para baixo) o preço e (para cima) a qualidade, na direção do nível ideal em benefício do consumidor.

O regulador padrão da competição é o Governo, por meio de suas agências reguladoras ou antitruste. Regulamentação privada da concorrência pode, por vezes, ser considerada ilegal, especialmente em se tratando de fixação de preços ou limitação de produção/estabelecimento de quotas (mediante o que a teoria económica chama de fixação de preços ou de "cartel").

Um concorrente à regulamentação governamental é um fenômeno um tanto novo, a economia de "plataforma" (veja abaixo). A economia de plataforma pode representar uma ameaça ao monopólio governamental da regulamentação. Todd Henderson e outros autores argumentaram que a confiança é o que move a economia moderna e que até há pouco tempo o governo foi, através do seu monopólio sobre a regulamentação, execução e fiscalização da política regulatória, o único provedor de confiança nas relações entre estranhos (fora laços de família,

¹⁴ Mas nunca se deve subestimar a capacidade de um governo fazer coisas estúpidas, pressionado por grupos organizados.

tribo ou religião¹⁵). Agora, as plataformas fornecem confiança entre duas ou mais partes desconhecidas e, pelo menos para alguns serviços, fazem um trabalho muito melhor do que o governo.

Regulação do contrato: regras padrão ‘amigáveis’ ao consumidor.

O quinto conjunto de técnicas regulatórias aqui apresentadas são "regras contratuais padrão (default) amigáveis ao consumidor". As regras padrão são regras fixadas pelo Governo, mas não obrigatórias, que as partes podem escolher não contratar, mas que governarão a relação se nenhuma outra regra for escolhida. Algumas regras comuns padrão comuns são a existência de garantias implícitas, direito de retirada do contrato, direito de devolução de produtos. A experiência prática demonstrou que o direito de retratação (retirada/término do contrato ou arrependimento) pode ser considerado o direito mais efetivo do consumidor.

Há algumas críticas de que as regras padrão são pouco eficazes no que diz respeito à proteção do consumidor, porque é muito fácil para o proponente (o fornecedor que está propondo o contrato de adesão unilateral) escapar da regra padrão favorável/amigável ao consumidor, e este escape pode facilmente ser feito simplesmente mudando termos do contrato.

Trata-se de uma preocupação séria, mas os consumidores podem, desde que sejam informados, optar por outros contratos/produtos/serviços a serem prestados por fornecedores que não alteraram o padrão. É irrelevante que em ambos os casos (cláusula padrão alterada ou cláusula padrão não alterada) não ocorra negociação¹⁶, porque a concorrência entre

¹⁵ Se um considera o número de Dunbar, 150 será o máximo de pessoas dentro de um grupo social no qual podem manter-se relações pessoais estáveis sem regras mais restritivas e de uma autoridade central para manter as ditas regras.

¹⁶ Como Richard Posner (Análise Econômica do Direito, p. 127) afirma bem: "*O que é importante não é se há regatear em cada transação, mas se a concorrência obriga os vendedores a incorporar em seus termos de contratos padrão que protegem os compradores.*"

as opções de contrato (alterado v. não alterado) conduz a uma melhor disponibilidade de opções para o consumidor.

A compreensão de que um consumidor ficará melhor se ele puder negociar livremente com o fornecedor é uma ideia bem estabelecida, mas profundamente errada (pelo menos na maioria das vezes). Um mercado livre e competitivo é um "negociador" muito melhor em nome do consumidor do que um consumidor médio jamais conseguirá ser. Um consumidor que negocia individualmente já começa em desvantagem, e os resultados que obterá serão muito provavelmente decepcionantes. Todos os custos de negociação serão suportados por ele, direta ou indiretamente, incluindo o custo do fornecedor.

Regulação privada: plataforma e reputação.

O sexto conjunto de técnicas regulatórias é o único modo não governamental. Vou chamar este conjunto de "regulação de plataforma e reputação". Outras pessoas chamam-lhe "regulação por intermediários". Não quero elaborar linhas longas sobre a questão, mas a regulamentação de plataforma e reputação é composta pelas normas ou regras de condutas emitidas por proprietários de plataformas (AirBnB, Google, Facebook, TripAdvisor, Uber, etc., etc) que ligam os fornecedores e consumidores usando a plataforma. Além dessas normas, a reputação dos fornecedores com base na crítica, pelo consumidor, de suas próprias experiências, desempenha um papel muito importante na construção da confiança.

Há alguns artigos que argumentam (na minha opinião, corretamente) que a regulação feita por "plataforma e reputação" privada é a forma mais eficiente de construir a confiança entre os fornecedores e os consumidores e alcançar o objetivo final da regulamentação de proteção do consumidor - permitir o fornecimento de bens e serviços seguros, baratos e que atendam a expectativa dos consumidores.

Como Todd Henderson disse: "*o objetivo da boa regulamentação é desbloquear a possibilidade de novos tipos de cooperação que melhoram a confiança. O melhor regulamento é aquele que pode oferecer a melhor*

*solução possível com o menor custo para estabelecer confiança e cooperação entre as partes*¹⁷.

As palavras acima são um pequeno e simplificado apanhado de algumas das técnicas regulatórias de proteção ao consumidor mais utilizadas, com uma análise crítica de seus pontos fortes e fracos, parte de um estudo maior e mais aprofundado, atualmente em elaboração.

Referências bibliográficas

- AKERLOFF, George. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism'. *The Quarterly Journal of Economics*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 84, 1970.
- BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl. *More than you wanted to know: The failure of mandated disclosure*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2014.
- BEN-SHAHAR, Omri. *The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law*. Chicago: University of Chicago, 2008.
- CRASWELL, Richard. *Freedom of Contract*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper No. 33. Chicago: University of Chicago, 1995.
- HENDERSON, Todd; CHURI, Salen. *The Trust revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- PATTERSON, Mark. *Antitrust Law in the New Economy*. Nova Iorque: Harvard University Press, 2017.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of Law*. Chicago: Wolters Kluwer Law & Business 9^a ed, 2014.
- SUNSTEIN, Cass. *Choosing not to choose: understanding the value of choice*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

¹⁷ Notas tomadas pelo autor em 21 de setembro de 2017, no dia 10 Anual reunião da Associação Brasileira de direito e economia (ABDE), na cidade de Porto Alegre.

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada

SUNSTEIN, Cass. *The cost-benefit revolution.* Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Editora Atlas 3^a ed, 2018.

REFORMA DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO A PARTIR DAS LIÇÕES DA *BEHAVIORAL ECONOMICS*: UMA AGENDA POSSÍVEL?

Amanda Flávio de Oliveira

Introdução

O desenvolvimento de teorias que incorporam *insights* da psicologia à descrição e compreensão do processo humano de tomada de decisão, conhecidas como *Behavioral Economics* ou *Behavioral Insights*¹, tem deixado marcas expressivas nas políticas públicas de proteção do consumidor ao redor do globo.

Mesmo que suas limitações sejam identificáveis e que a adesão à sua abordagem não represente abandono do tratamento tradicional dispensado à política consumerista, conhecer e perscrutar os fundamentos da *Behavioral Economics* pode trazer luz a problemas pontuais de eficácia de normas protetivas constantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Especificamente no que concerne às contribuições da *Behavioral Economics* (*B.E.*) à política de defesa do consumidor europeia, Silony e Helleringer (2015, p. 209-233), confiam na capacidade da teoria para

¹ A OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, assim define *Behavioral Insights*: “*Behavioural Insights (noun): An inductive approach to policy making that combines insights from psychology, cognitive science, and social science with empirically-tested results to discover how humans actually make choices.*” (OECD, 2019). A própria OCDE reconhece que os termos “*Behavioral Economics*” e “*Behavioral Insights*” têm sido utilizados como se fossem sinônimos, embora ela advirta que não possuem exatamente o mesmo significado e prefira a expressão “*Insights*”. Em suas palavras: “*Behavioural economics is generally understood as the incorporation of psychological insights into the study of economic problems. Behavioural insights often involve multidisciplinary research in fields such as economics, psychology, neuroeconomics and marketing science to understand consumer behaviour and decision making*”. (OECD, 2017). Para fins do presente texto, não se considera relevante a diferenciação e os termos são adotados indistintamente.

propiciar uma possível “reforma” no direito do consumidor até então praticado no mercado comum, embora não identifiquem motivo para sugerir uma “revolução” na política.

Um paralelo sobre o tema pode ser estabelecido com o Brasil. O país tem acompanhado as formulações empreendidas mundo afora sobre possíveis contribuições da teoria à política nacional de defesa do consumidor? Haveria contribuições possíveis a serem promovidas pela *Behavioral Economics* ao direito do consumidor que se produz no Brasil? A incorporação de elementos da B.E. ao atual estágio da defesa do consumidor no Brasil importaria em uma “revolução” ou permitiria uma “reforma” da disciplina? São essas as questões sobre as quais este trabalho se debruça.

1. *Behavioral Economics* ou *Behavioral Insights*: contribuições para a política do consumidor

As expressões “*Behavioral Economics*” (B.E.) ou “*Behavioral Insights*” (B.I.), aqui consideradas indistintamente, referem-se às escolas de pensamento que, nas últimas décadas, promoveram considerável impacto no estudo do comportamento humano e do processo de tomada de decisões, sobretudo pelo questionamento que propiciam ao paradigma da racionalidade humana².

Sustentando-se na compreensão de uma “racionalidade humana limitada” (*bounded rationality*), com forte apoio em pesquisas empíricas, a teoria descreve “heurísticas” e “vieses” que, sistematicamente, orientam as decisões humanas³. A partir das novas descobertas, questionam a eficácia de medidas, essencialmente públicas, para atingirem as finalidades desejadas, assim como apresentam novas possibilidades de tratamentos de temas de interesse comum por meio da ação estatal. Associando-se a ideias

² Para uma compreensão inicial das ideias gerais da Escola, sugere-se a leitura dos livros: (KAHNEMAN, 2012) e (ARIELY, 2008).

³ Conforme Ivo Gico Jr (in TIMM, 2012) a má notícia é que o comportamento humano diverge do modelo econômico que sempre pautou as políticas públicas. A boa notícia é que a divergência é sistemática, no sentido de que, tendo um padrão, continua sendo previsível.

como “um paternalismo *soft*” (SILONY; HELLERINGER, p. 230), a preferência por indução de comportamentos ao invés de medidas obrigatorias, por meio de utilização de instrumentos não-compulsórios, com deliberado incentivo à simplificação de medidas, a B.E. importa em um maior rigor a ser conferido às políticas do Estado, embora o faça por meio de intervenções mais “leves” do que as tradicionalmente utilizadas (McAULEY, 2013, p. 29).

Suas possíveis contribuições para a temática da disciplina do consumidor foram imediatamente identificadas em diversos países e na União Europeia, a ponto de autores estrangeiros afirmarem ser de senso comum e largamente aceita, na contemporaneidade, a ideia de que os consumidores não são racionais e que pequenas mudanças no próprio contexto do processo de decisão deles podem influenciar seus comportamentos⁴.

No meio acadêmico, a aplicação das ideias de *Behavioral Economics* ao direito do consumidor criou forças em diversos países a partir dos anos 2000, o que produziu reflexos em políticas estatais. São conhecidos os escritórios já criados para esse fim nos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Chile, França, Holanda, entre vários outros países. Esses escritórios podem ser centralizados e integrar entes estatais de proteção ao consumidor ou não, atuando de forma horizontalizada em relação às diversas agências. Em outras realidades, pesquisadores atuam como consultores do governo nessa matéria, a exemplo do que ocorre na Alemanha e na Província de Ontario (Canadá)⁵.

No âmbito internacional, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE/OECD), ainda no início do milênio, por meio do *OECD Committee on Consumer Policy (CCP)*, inaugurou estudos para identificar os benefícios dos *insights* da B.E. para a política do consumidor⁶. Desde 2015, a Organização tem promovido eventos entre

⁴ É a opinião de (REISCH; ZHAO, 2017, p. 199.)

⁵ Leia mais em (OECD, 2017).

⁶ “The CCP held its first roundtable on this topic in 2005 (*Roundtable on Demand-side Economics for Consumer Policy*), which explored both information and behavioural economics. At that time, the CCP recognised that behavioural economics: i) may explain how market failures can result from consistent biases

especialistas na temática, visando explorar os desafios e as oportunidades que os *Behavioral Insights* podem propiciar às políticas públicas, nos mais variados campos⁷.

Na União Europeia, igualmente, diversas aplicações das descobertas da B.E. à política consumerista podem ser identificadas, destacando-se a Diretiva de Direitos do Consumidor, de 2011 (*EU Consumer Rights Directive*), em que medidas como a proibição de existência de “boxes” pré-marcados em compras *online* foram informadas pelos achados da literatura que reconhecem o poder das opções padrão sobre o comportamento humano⁸.

Note-se que há bastante significado por detrás dessa incorporação de novos *insights* à política consumerista. É que a disciplina europeia de proteção do consumidor, como, de resto, ocorreu em inúmeras outras realidades, inclusive no Brasil, pautou-se, em sua origem, pelo paradigma da informação (MICKLITZ; REISCH; HAGEN, 2011). Explica-se.

O direito do consumidor, conforme originalmente construído, fundou-se na ideia de racionalidade do consumidor, própria da teoria neoclássica. É dizer: tendo por premissa a racionalidade humana, e a pressuposição de capacidade do consumidor de, bem informado, tomar as decisões que lhe favoreçam e que atendam aos seus anseios, competiria às políticas públicas cuidar das situações de *assimetria de informação* nas relações de consumo, e que consistiriam, exatamente, em um dos obstáculos, próprios da economia de mercado e dos mercados competitivos, para a satisfação do bem-estar desse sujeito de direitos. A

in consumer behaviour; and ii) offers new insights for consumer policy but requires more consideration before it is widely used in policies (OECD, 2006”). (OECD, 2017).

⁷ Link: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-events.htm>

⁸ Id. Ibid., p. 27. Para conhecer ações da União Europeia que relacionam a B.E. à política consumerista, confira (BAVEL; HERRMANN; ESPOSITO; PROESTAKIS, 2013).

assimetria de informação representaria em uma das principais fontes de falha de mercado a serem corrigidas pelo Estado.

Nesse sentido, a regulação voltava-se, prioritariamente, a assegurar o acesso às informações necessárias para a tomada de decisão – escolha – pelo consumidor. Esse ponto de vista, entretanto, e que consiste na “regulação para a informação”, segundo alguns, estaria “passé”, ultrapassado, e substituído pela “regulação para a racionalidade”. Esta, por sua vez, pretende ajudar os consumidores a superar seus vieses cognitivos e que podem ser explorados pelos fornecedores (SILONY; HELLERINGER, p. 217). Reisch e Zhao mencionam, a propósito, uma transformação substancial de enfoque da política, abandonando-se a ideia de “*homo eoconomicus*” para uma concepção de “*homo consumens*” (REISCH; ZHAO, 2017, pp. 190-206).

A verdade é que, embora possam ser valorosos os aportes das novas descobertas, no plano fático, os países, mesmo que crescentemente influenciados pela *Behavioral Economics*, não abandonaram o paradigma da informação em suas políticas consumeristas, estando os dois convivendo em complementaridade. Relatório da OCDE sobre esse ponto (2017), reuniu informações obtidas junto ao poder público ao redor de todo o mundo. Em resposta a questionários produzidos pela Organização, inúmeras jurisdições afirmaram serem ambos os paradigmas necessários. A própria OCDE parece admitir que a B.E. consistiria exatamente em um complemento, não uma substituição, ao paradigma da informação (McAULEY, 2013, p.18–31).

Se a importância da informação se mantém presente, por outro lado, a B.E. constitui um instrumento para compreender situações em que as políticas públicas têm falhado em seus objetivos. Em geral, são descritas inúmeras situações em que a teoria pode contribuir efetivamente para o aprimoramento da política consumerista: i) investigando reações dos consumidores, por meio de testes empíricos, de forma a checar se a reação à intervenção estatal ocorrerá em conformidade com as premissas da microeconomia (McAULEY, 2013, pp.18–31); ii) no reconhecimento do caráter contraprodutivo do excesso de informação; iii) na compreensão de que as iniciativas intervencionistas devem sempre pautar-se por

evidências, não em *pressupostos* (McAULEY, 2013, pp.18–31)⁹; iv) na ideia de que o papel do Estado deve constituir, sobretudo, em modelar intervenções que se prestem a mitigar os efeitos da racionalidade humana limitada, preservando o direito de escolha livre.

Segundo a OCDE, na última década, esses *insights* efetivamente ajudaram a política pública do consumidor a se tornar mais efetiva, embora ainda sejam limitadas as jurisdições que as observam. Naquelas em que se faz uso dessa abordagem, já se observa sua aplicação em matéria de rotulagem de produtos, dever de informação, comércio eletrônico, entre outras (OECD, 2017). Especialmente, segundo a Organização, já se relacionou as consequências de vieses descritos pela B.E., como o “status quo bias”, a “aversão à perda”, o “superotimismo”, o “desconto hiperbólico”, os “efeitos de saliência”, entre outros, ao comportamento do consumidor, com importantes contribuições¹⁰.

2. Behavioral Economics e políticas públicas: modos de usar.

Entende a OCDE existirem inúmeras formas pelas quais os formuladores de políticas públicas podem utilizar os *insights* da B.E., nomeadamente, por meio de experimentos, pesquisas de campo, e avaliação de impacto regulatório *ex post*, além da utilização da própria base teórica descrita na literatura acadêmica¹¹. Cada um dos modos de abordagem, segundo a literatura, apresenta prós e contras (BAVEL; HERRMANN; ESPOSITO; PROESTAKIS, 2013).

A União Europeia, por sua vez, classifica as iniciativas em políticas públicas comportamentais em: i) iniciativas testadas conforme as premissas da B.E.; ii) iniciativas modeladas explicitamente conforme as evidências prévias da B.E.; e, iii) iniciativas em que, pelo menos posteriormente, podem ser consideradas alinhadas às evidências da B.E¹². Há o caso, também, de políticas públicas guiadas implicitamente em B.E.,

⁹ Id. Ibid.

¹⁰ Veja essas correlações em (OECD, 2017).

¹¹ Id. Ibid.

¹² Id.Ibid.

sem referência expressa à teoria. Essa situação já foi observada na Nova Zelândia, por exemplo (MC AULEY, 2013, pp.18–31).

Fato é que tem-se observado ser mais comum a situação em que as premissas da B.E. são utilizadas para rever políticas públicas anteriormente adotadas. Ainda são minoritárias as situações em que a política é submetida a testes e pesquisas anteriormente à sua adoção pelos Estados (OCDE, 2017). Há, também, aqueles que se mostram céticos ao valor da B.E. para formular objetivos para a política de proteção do consumidor (JOSEPH, 2007).

De fato, a princípio, a B.E. pode ser utilizada em qualquer estágio do processo de formulação da política pública, desde a sua modelagem até após a sua implementação, na avaliação de seus resultados. Mas não apenas. Em teoria, pode-se utilizar dela para definir até mesmo o papel do comportamento em uma política pública, entre outras utilidades (BAVEL; HERRMANN; ESPOSITO; PROESTAKIS, 2013).

3. *Behavioral Economics*: uma agenda possível para a política pública brasileira em defesa do consumidor?

Já tivemos a oportunidade de nos debruçar sobre possíveis contribuições da *Behavioral Economics* para aspectos pontuais da política brasileira de proteção do consumidor¹³. A verdade é que, do ponto de vista da concepção econômica que subjaz o Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro, pode-se afirmar que ele, em grande parte, sustenta-se no paradigma da informação. A concepção de um consumidor racional perpassa a construção teórica da lei. Tal situação se comprova também se se observa a imensa influência de discussões e normas de países europeus no momento de formulação do CDC, em um momento em que a própria Europa adotava esse paradigma.

Assim é que se pode afirmar que a disciplina jurídica da oferta, da publicidade, a determinação para que as cláusulas restritivas de direito sejam destacadas, presentes na Lei n. 8.078/90, são expressões de uma

¹³ Confira a respeito: (OLIVEIRA; SARAIVA, 2016, pp. 325-356); (OLIVEIRA; CARVALHO, 2016, pp. 181-202); (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, pp. 231-249); (OLIVEIRA; FERREIRA, 2012, pp. 13-38).

teoria econômica baseada na concepção de assimetria de informação. Leis posteriores, pontuais, mantiveram e aprofundam o paradigma da informação, como, por exemplo, aquela que determina a obrigatoriedade de que todos os estabelecimentos comerciais contenham um exemplar do Código de Defesa do Consumidor para consulta por este¹⁴. Por outro lado, todo o desenvolvimento recente – há mais de uma década – no mundo, e, também, na Europa, em relação aos achados da B.E. e suas contribuições à política do consumidor, ainda não atingiu o Brasil.

Estudo da OCDE aponta que, em 2018, havia 202 (duzentos e duas) instituições aplicando B.E. às políticas públicas em geral, ao redor do mundo. No Brasil, o relatório aponta que a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), e a ENAP, fazem uso da teoria. Não há menção a entidades de defesa do consumidor¹⁵.

Entretanto, esse estado de coisas não deve conduzir à conclusão de que a política consumerista brasileira requeira uma “revolução”. Sem sombra de dúvidas que a B.E. não deve ser ignorada, especialmente em um cenário de muita norma e relativamente pouca efetividade na proteção do consumidor. Talvez, no entanto, seja o caso de uma “reforma”, mas não sem se considerar duas percepções: i) a primeira, de que, mesmo nas realidades mais evoluídas em B.E. aplicada à disciplina do consumidor, o paradigma informacional não foi abandonado; ii) a segunda, de que, embora haja evidências de que o Brasil vale-se em grande parte da assimetria de informação como o desafio a ser enfrentado na matéria, uma ou outra medida, política ou norma pode estar alinhada aos pressupostos da B.E., mesmo que por razões de mera intuição de seu formulador.

É o caso, por exemplo, do princípio da vulnerabilidade, consagrado no CDC brasileiro, sem precedentes em outras jurisdições e que, embora não tenha decorrido de qualquer conhecimento prévio em racionalidade limitada, a ela se alinha. Os novos conhecimentos, contudo, podem conceder mais precisão e científicidade ao princípio, com consequências na própria modelagem de novas normas ou medidas.

¹⁴ Lei n. 12.291/2010.

¹⁵ <https://pbs.twimg.com/media/DkE10gqXcAA1Dx.jpg:large>

Se a consagração do princípio da vulnerabilidade na lei brasileira é um exemplo claro de ação estatal que se aproxima da teoria comportamental, isso também significa dizer que adotar e implementar medidas de B.E. na política pública do consumidor não representaria desviar muito fortemente de suas bases. É, em parte, o que acontece nos EUA, onde a *Federal Trade Commission* (FTC) não utiliza a B.E. na política do consumidor explicitamente, mas onde há uma longa tradição de formulação de política que reconhece limitações cognitivas e emocionais dos consumidores (JOSEPH, 2007).

O Brasil, ao admitir as várias expressões de vulnerabilidade do consumidor, conforme construção doutrinária, de certa maneira, abre espaço para o tratamento das questões postas a partir de uma abordagem comportamental. Mais, contudo, precisa ser feito, de forma a verificar efeitos gravemente indesejados de normas aparentemente protetivas, projetos de lei com consequências nefastas e contra intuitivas ao seu propósito, pleitos de associações de consumidores que podem importar em retrocessos ou inócuos.

Confira-se, a título de exemplo, a disciplina do direito do arrependimento, presente no CDC brasileiro, e que se aplica às contratações realizadas fora do estabelecimento comercial. Sua motivação consiste em assegurar ao consumidor o direito de desistir, sem ônus, de contratos realizados em circunstâncias em que ele poderá ter agido de forma impulsiva ou pouco racional. Os chamados “*cooling-off periods*” também constam de normas da FTC americana.

Sob um ponto de vista comportamental, entretanto, pouco se sabe sobre a efetividade dessa medida, que, ao menos no caso brasileiro, aparentemente, foi constar do texto legal exclusivamente por uma razão lógica ou intuitiva. A falta de um teste empírico no ponto pode ser determinante. Já se advertiu, por exemplo, para o risco de a existência de períodos de “*cooling-off*” surtir o efeito contrário, a saber, o de levar os consumidores a realizar compras de forma impulsiva exatamente por que eles exagerariam na sua habilidade de compreender e ponderar sobre os

contratos realizados em uma situação racional¹⁶. A resposta para questões assim somente poderão ser dadas pela pesquisa.

No Brasil contemporâneo, há muitas questões sobre as quais os achados da B.E. podem oferecer boas contribuições. Cita-se, a título de provocação, dois ou três exemplos:

- Na disciplina da rotulagem nutricional dos alimentos industrializados, atualmente em processo de reformulação pela ANVISA, e que pretende trazer dados, na parte frontal dos produtos, sob a forma de “símbolos” e que autorizem ao consumidor tomar decisões mais conscientes quanto ao consumo desses alimentos. Há, basicamente, duas soluções gráficas em debate, uma delas defendida pela indústria e a outra por associação de consumidores, há um processo de Análise de Impacto Regulatório (AIR) em andamento, no âmbito da agência, mas desconhece-se qualquer iniciativa desta em promover um estudo empírico oficial e isento sobre a capacidade de uma e outra alternativas de oferecer o resultado esperado¹⁷.

- Na proposta de alteração da Lei nº 12.933/2013, que disciplina a meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos, comprovadamente carentes. O projeto prevê que farão jus ao benefício da meia-entrada também os doadores regulares de sangue que comprovem, por meio da apresentação de documento oficial de identidade e de carteira de doador emitida por entidade autorizada pelo Poder Público, a realização de um mínimo de três doações em um período de doze meses¹⁸. A B.E. já se debruçou sobre a situação em que recompensas extrínsecas podem fulminar motivações internas. Corre-se o risco de medidas na matéria, se não efetivamente testadas antes, reduzir o número de doadores.

- Na nova disciplina de proteção de dados brasileira, trazida pela Lei n. 13.709/2018, e que ainda não se encontra em vigor. Todo um novo

¹⁶ Id.ibid.

¹⁷ Sobre o tema, recomenda-se MAGALHAES, 2019.

¹⁸ Texto da redação final do projeto. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7979003&ts=1563304556322&disposition=inline>

tratamento jurídico estará em funcionamento no país a partir de meados de 2020. Abre-se, com isso, a oportunidade de se inaugurar um regime jurídico no país, desde o início, de forma mais efetiva e adequada, tendo-se em mente que a disciplina do tratamento de dados está longe de dever ser óbvia. No Reino Unido, uma iniciativa denominada “Midata” vale-se de premissas informacionais e comportamentais para disciplinar os dados dos consumidores, sobretudo pretendendo mitigar vieses como o excesso de informação e o “status quo”. Sua experiência pode fornecer bons subsídios para o país (OCDE, 2017).

Por fim, é de se reconhecer a primeira iniciativa explicitamente alinhada à B.E., adotada muito recentemente no Brasil, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (SENACON/MJ). Recente Portaria¹⁹, contendo nova disciplina para o tratamento do “recall” no país, estabeleceu, em seu art. 5º, parágrafo único, a obrigatoriedade de os fornecedores, em seu plano de mídia, observarem os *insights* comportamentais, conforme as diretrizes da OCDE. Tal medida é relevante por diversos fatores, mas, também, pelo seu alinhamento ao momento internacional brasileiro, em que o país se encontra em processo de adesão à referida Organização.

4. Behavioral Economics: limitações e cautelas.

Se, por um lado, as descobertas da B.E. podem aprimorar efetivamente as políticas públicas, e, não à toa, têm sido crescentemente observadas em variadas jurisdições, por outro, é preciso que se conheça, igualmente, suas limitações e as críticas que lhes são direcionadas.

Para além das críticas ideológicas (a B.E. sustenta-se no pilar da intervenção estatal na economia), estudiosos já identificaram pontos de atenção a serem considerados:

- Um deles, refere-se à ausência de clareza sobre a sustentabilidade dos efeitos das decisões baseadas em B.E. Em outras palavras, não se sabe ainda se elas teriam o potencial de mudar hábitos e educar, ou se seus efeitos são apenas de curto termo.

¹⁹ Portaria n. 618, de 01 de julho de 2019.

- Tanto quanto o que ocorre em iniciativas baseadas no paradigma da informação, é importante estar atento aos efeitos inesperados da intervenção pública baseada em B.E.

- Em especial, deve-se atentar para evitar *manipulação* e desrespeito à soberania do consumidor. Para tanto, é fundamental que os instrumentos de política pública nela baseados devam ser sempre transparentes e abertos ao escrutínio público (REISCH; ZHAO, 2017, pp. 212-213).

- Autoridades públicas em geral podem defrontar-se com falta de tempo, recursos e capacidade técnica para lidar corretamente com as questões.

- Deve-se ter em mente que as próprias autoridades e os agentes econômicos em geral, incluindo fornecedores, podem sujeitar-se, igualmente, a vieses cognitivos.

- Políticas comportamentais válidas para um mercado ou setor econômico podem não ser aplicáveis a outros mercados ou setores (OCDE, 2017).

- Os achados de B.E., na realidade, agregam substancial complexidade ao processo de formulação de políticas públicas (JOSEPH, 2007), o que, no fim do dia, requer ponderação sobre custo e benefício de sua aplicação no caso concreto.

Dentre as críticas mais contundentes, encontram-se aquelas que defendem a posição de que a existência de falhas cognitivas, tão-somente, não justificaria a regulação estatal. Abandonar a ideia de que os consumidores sabem o que é o melhor para eles constituiria política autoritária e que pressupõe que a autoridade saiba o que é melhor para cada pessoa. Igualmente, impede-se que a pessoa aprenda com seus próprios erros (LUSK, 2014, pp. 355-373).

Na mesma linha, há quem entenda que o poder de persuadir e influenciar, valendo-se de métodos de B.E., implicaria, necessariamente, na tese de que os poderes públicos podem interferir na liberdade de seus cidadãos, além do direito à privacidade, ferindo o princípio da autodeterminação (ALEMANNO; SPINA, 2014, pp. 429-456).

Considerações Finais

Saber que os seres humanos detêm pouca disciplina, pouca capacidade de processar e compreender informações, decidem muitas vezes por impulso ou por paixões, não são, exatamente, grandes descobertas atuais da humanidade. Profissionais de marketing conhecem e fazem uso de conhecimentos comportamentais do consumidor há muito tempo. Na formulação de políticas públicas, no entanto, essas evidências foram incluídas bem mais recentemente, assim como para a política de defesa do consumidor.

Se, por um lado, valer-se dos conhecimentos em B.E. agrava complexidade à iniciativa estatal, além de requerer necessárias pesquisas empíricas sempre pontuais; e se, outro, críticas existem ao próprio novo conhecimento, e não são críticas desimportantes, dois *insights* preciosos decorrentes das novas aplicações da psicologia às políticas públicas não podem nem devem ser negligenciados e possuem zero ou quase nenhum efeito adverso indesejável:

(1) O poder da simplificação. Consumidores têm dificuldades em processar informações. Assim sendo, e se, por razões de ordem política (democraticamente definidas), decide-se intervir para promover certa conduta por parte das pessoas/consumidores, “simplificar” deve ser a tônica de qualquer medida estatal²⁰. “*Make it simple*” é a expressão de ordem.

(2) Na dúvida, não legisle. Medidas estatais que visem promover condutas, devem sustentar-se em *evidências* de capacidade da norma de promover o desejado e não em mera intuição, expectativa ou sentimento de que ela tenha esse poder. Comportamentos humanos em momento de decisão podem ser

²⁰ (REISCH; ZHAO, 2017, pp. 197-198). Sobre a conveniência da intervenção: “*The simplest lesson is: if people believe that a nudge has legitimate goals and think that it fits with the interests or values of most people, they are overwhelmingly likely to favour it* (Reisch & Sunstein, 2016; Sunstein et al., 2017)”. Id. Ibid., pp. 201-202.

surpreendentes. E todas as normas carregam em si um custo intrínseco que, ao final, recai sobre a sociedade.

Após quase três décadas de Código de Defesa do Consumidor no Brasil, um novo olhar sobre a política brasileira de defesa do consumidor sob as lentes da *Behavioral Economics* pode ser providencial e pode ajudar a entender a ineeficácia de certas medidas já adotadas, pelo menos. E, ao contrário do que alguns imaginam, não importará em revolucionar a proteção do consumidor que se tem feito no Brasil, no máximo, propiciará uma relevante reforma.

Referências bibliográficas

- ALEMANNO, Alberto; SPINA, Alessandro. *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 2, April 2014, Pages 429–456.
- ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BAVEL, René van; HERRMANN, Benedikt; ESPOSITO, Gabriele; PROESTAKIS, Antonios. *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*. Luxembourg: Publications Office of the European Union .European Commission. 2013 Link: http://www.capire.org/capireinforma/scaffale/30092013_jrc_scientific_policy_report_en.pdf
- CSERES, Kaitlin Judit. *Competition Law and Consumer Protection*. The Hague: Kluwer Law International, 2015.
- GICO JR. Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano B. (Org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1- 33.
- JOSEPH, P. Mulholland. *Behavioral Economics and the Federal Trade Commission*. Presentation to the Australian Productivity Commission Roundtable on Behavioural Economics and Public Policy, 8-9 August 2007. Link: <http://www.pc.gov.au/research/confproc/behaviouraleconomics>
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LUSK, Jayson L. Are you smart enough to know what to eat? A critique of behavioural economics as justification for regulation. *European Review of Agricultural Economics*, Volume 41, Issue 3, July 2014, Pages 355–373.

MAGALHAES, Simone Maria Silva. *Nova rotulagem nutricional frontal dos alimentos industrializados: política pública fundamentada no direito básico do consumidor à informação clara e adequada*. Brasília, 2019. Dissertação de mestrado.

McAULEY, I. Behavioural economics and public policy: some insights, *Int. J. Behavioural Accounting and Finance*, (2013) Vol. 4, No. 1, pp.18–31.

MICKLITZ, Hans-W.; REISCH, Lucia A.; HAGEN, Kornelia Hagen. An Introduction to the Special Issue on “Behavioural Economics, Consumer Policy, and Consumer Law”. *J Consum Policy* (2011) 34:271–276.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Behavioral insights*, 2019. Link: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

OECD. *Use of behavioural insights in consumer policy*. OECD science, technology and innovation policy papers. January 2017, no. 36 Link: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/c2203c35-en.pdf?expires=1564689674&id=id&accname=guest&checksum=DB5D61B29A0670734CB04698AC1AFDDB>

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; SARAIVA, Rute. O Tribunal de Justiça de São Paulo e a anulação da multa aplicada à McDonald's em razão de publicidade abusiva. Ou, a quem cabe educar nossas crianças? *Revista Direito do Consumidor*, n. 106, jul-agosto 2016, p. 325-356.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. *Revista Direito do Consumidor*, n. 104, março-abril 2016, p. 181-202.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia

Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada comportamental. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, maio-junho 2014, p. 231-249.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do Direito do Consumidor em períodos de recessão. Uma abordagem a partir da Economia Comportamental. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. vol. 81, p. 13-38.

REISCH, Lucia A.; ZHAO Min. *Behavioural economics, consumer behavior and consumer policy: state of art*. Cambridge University Press, 2017, 1:2, p. 190-206.

SILONY, Anne-Lise; HELLINGER, Genevieve. EU *Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?*. In *Nudge and the law: an European perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 209-233.