

IBRAC

25 anos

Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil

Legal overview about consumer relations in Brazil

Amanda Celli Cascaes
Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup
Bruna Monique Vaccarelli
Carla Cavalheiro Arantes
Caroline Visentini Ferreira Gonçalves
Daniela Coelho A. Fernandes de Vasconcellos
Fabio Teixeira Ozi
Fabiola Meira de Almeida Santos
José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Juliana Tedesco Racy Ribeiro
Laura Beatriz de Souza Morganti
Ligia Lima Godoy
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Luciana Goulart Penteadado
Maria Helena Ortiz Bragaglia
Patrícia Helena Marta Martins
Priscila David Sansone Tutikian
Rebeca Garcia
Renata Campetti Amaral
Thais Matallo Cordeiro Gomes

Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil

Legal overview about consumer relations in Brazil

Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil

Legal overview about consumer relations in Brazil

Amanda Celli Cascaes
Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup
Bruna Monique Vaccarelli
Carla Cavalheiro Arantes
Caroline Visentini Ferreira Gonçalves
Daniela Coelho A. Fernandes de Vasconcellos
Fabio Teixeira Ozi
Fabíola Meira de Almeida Santos
José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Juliana Tedesco Racy Ribeiro
Laura Beatriz de Souza Morganti
Ligia Lima Godoy
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Luciana Goulart Penteadó
Maria Helena Ortiz Bragaglia
Patrícia Helena Marta Martins
Priscila David Sansone Tutikian
Rebeca Garcia
Renata Campetti Amaral
Thais Matallo Cordeiro Gomes

1ª edição

EDITORA ● SINGULAR

IBRAC
Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

São Paulo
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Lucas Carlos de Oliveira Silva CRB-8/9824

P195 Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil = Legal overview about consumer relations in Brazil. / Amanda Celli Cascaes [et. al.]. – São Paulo: Singular, 2017.
272 p.

ISBN: 978-85-86626-98-2

1. 1. Relação de Consumo. 2. Direito do Consumidor. 3. Defesa do Consumidor. 4. Consumidor I. Título.

CDU 346.2
CDD 343.071

Diagramação: Microart Design Editorial
Capa: Dorival Lopes Junior

© IBRAC
© desta edição [2017]
Editora Singular

Tel/Fax: (11) 3862-1242
www.editorasingular.com.br
singular@editorasingular.com.br

SOBRE OS AUTORES

Amanda Celli Cascaes, advogada do escritório Veirano Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com especialização em Processo Civil pela mesma instituição e mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Concentra a sua prática em Resolução de Conflitos e Direito do Consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e AMCHAM.

Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup, advogada sênior do escritório TozziniFreire Advogados, formada pela Universidade Estácio de Sá, com Pós-graduação em Direito Processual Civil pela PUC-RJ. Concentra a sua prática nas áreas contenciosa, de direito do consumidor, atuando, ainda, na área consultiva e contenciosa em questões ligadas ao Código de Defesa do Consumidor.

Bruna Monique Vaccarelli, advogada do escritório Demarest Advogados, formada pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, com pós graduação em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Concentra a sua prática em Contencioso Cível, com foco em Direito do Consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Carla Cavalheiro Arantes, advogada sênior do escritório Pinheiro Neto Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com Pós-graduação em Responsabilidade Civil pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Concentra sua prática na área contenciosa civil e comercial, bem como na área de relações de consumo e de proteção de dados pessoais. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Autora do artigo “Os direitos da personalidade e a pessoa jurídica”, publicado na Revista de Direito Privado, vol. 74/2017.

Caroline Visentini Ferreira Gonçalves, associada sênior do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, formada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com especialização em Direito Ambiental Empresarial pela GVLaw, Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre em Direito pela Columbia Law School, Columbia University. Concentra a sua prática nas áreas de meio ambiente, consumidor e mudanças climáticas. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Coautora da obra *Consumer Protection, current challenges and perspectives*, editado pela Professora Cláudia Lima Marques, Professor Gail Pearson e Professora Fabiana Ramos.

Daniela Coelho A. F. de Vasconcellos, advogada do escritório BMA Advogados, formado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, cursando Pós-Graduação em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Concentra a sua prática em todas as áreas do direito concorrencial.

Fabio Teixeira Ozi, sócio do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, formado pela Universidade de São Paulo. Concentra a sua prática em representação em litígios e em questões pré-contenciosas para clientes nacionais e internacionais, visando à prevenção de disputas e composição de interesses, dedicando-se ao setor automotivo e do agronegócio, e a questões relacionadas a product liability. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Indicado ao Chambers Global nas práticas de Arbitration (2017) e Litigation (2013-2017) e indicado ao Chambers Latin America em Litigation (2013-2017) e Product Liability (2015-2017).

Fabiola Meira de Almeida Santos, sócia do escritório Braga Nascimento e Zilio Advogados Associados, formada pela Universidade Metropolitana de Santos, Doutora e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP, Pós-graduada em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP. Concentra a sua prática na área consultiva e contenciosa judicial e administrativa em Direito das Relações de Consumo. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Coordenadora e Autora da obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (Ed. Verbatim)* e de diversos artigos publicados pelas Revistas Especializadas da Editora Revista dos Tribunais (RT). Reconhecida entre os 500 advogados mais admirados do Brasil pela Análise Advocacia 500.

José Inácio F. de Almeida Prado Filho, sócio do escritório BMA Advogados, formado em Direito pela Universidade de São Paulo, formado em Ciências

Econômicas pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, com Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Concentra a sua prática em todas as áreas do direito concorrencial. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Indicado ao Chambers Latin America 2016 como “Associate to Watch”.

Juliana Tedesco Racy Ribeiro, advogada do escritório Demarest Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Concentra a sua prática a sua prática nas áreas de contencioso cível e de direito do consumidor, atuando, ainda, na área consultiva em questões ligadas ao Código de Defesa do Consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Laura Beatriz de Souza Morganti, consultora do escritório Pinheiro Neto Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com especialização em Processo Civil pela mesma instituição. Concentra a sua prática nas áreas contenciosa contencioso cível, com foco em Direito do Consumidor, sobretudo, ao setor automotivo e product liability. Atua, ainda, na área regulatória envolvendo o setor de agroquímicos. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Coautora dos capítulos “Brazil” da publicação “The International Comparative Legal Guide to: Product Liability” nos anos de 2016 e 2017.

Ligia Lima Godoy, advogada do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pós-graduada na mesma instituição de ensino em Direito das Relações de Consumo. Concentra a sua prática na representação em litígios e em questões pré-contenciosas relacionadas, sobretudo, ao setor automotivo e product liability. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias é a sócia responsável pela área de Direito do Consumidor e Regulatório no Escritório Magalhães e Dias – Advocacia. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Concentra sua atuação no contencioso (cível e administrativo) e consultivo, em todos os temas relacionadas ao direito do consumidor e regulatório, perante aos diferentes órgãos do Sistema e agências reguladoras. Foi Diretora de Relações de Consumo do IBRAC (2010-2013) e, atualmente, integra o seu Comitê de Consumo, além de figurar como Diretora do BRASILCON (Instituto de Política e Direito do

Consumidor). É Professora convidada em renomadas instituições de ensino, sendo autora de diversas publicações, dentre as quais do livro *Publicidade e Direito*, em sua 3ª edição. Participou, ainda, como autora convidada do documentário histórico elaborado pelo Ministério da Justiça em comemoração aos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor, além de fazer parte do conselho editorial de importantes revistas na área. Reconhecida como advogada especializada pelo LACCA, Chambers e Análise Advocacia 500.

Luciana Goulart Penteadó, sócia do escritório Demarest Advogados, formada pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, com pós graduação em Direito Processual Civil pela mesma Instituição e curso preparatório para LL.M. (Cultural Exchange Program) pela Cumberland School of Law, Samford University, Birmingham/AL, USA. Concentra a sua prática em Contencioso Cível, com foco em Direito do Consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e representante do Demarest na Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC). Indicada ao Chambers Latin America, Latin Lawyer, Legal 500 e Análise Advocacia.

Maria Helena Ortiz Bragaglia, sócia do escritório Demarest Advogados, formada pelas Faculdades Metropolitanas Unidas e especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Concentra a sua prática de atuação no Contencioso Cível/Arbitragem, defendendo empresas nacionais e estrangeiras em disputas judiciais e/ou administrativas tendo como pano de fundo matérias de natureza cível, comercial e consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e do Grupo de “Product Liability and Product Safety” do Lex Mundi, a maior e mais reconhecida rede de escritórios independente do mundo. Indicada ao Chambers Latin America 2011, 2012, 2016 e 2017 e The Legal 500 Latin America 2016 e 2017.

Patrícia Helena Marta Martins, sócia do escritório TozziniFreire Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com Pós-graduação em Direito das Relações de Consumo pela PUC-SP e Especialização em Gestão Empresarial pela Business School São Paulo. Concentra a sua prática nas áreas contenciosa, de direito do consumidor e metrologia, atuando, ainda, na área consultiva e contenciosa em questões ligadas ao Código de Defesa do Consumidor. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Autora do capítulo “Como a Tecnologia mudou – e Continua a Mudar – o Direito e o Judiciário”, do livro 40 anos de Direito Empresarial no

Brasil; e do capítulo “Brazil” da publicação *The International Comparative Legal Guide to: Class and Group Actions 2013*. Recomendada por Chambers Latin América e Análise Advocacia 500, relevantes guias jurídicos.

Priscila David Sansone Tutikian, sócia do escritório Veirano Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), com mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Concentra a sua prática em Prevenção e Resolução de Conflitos, Direito do Consumidor e Contratos comerciais. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e AMCHAM. Autora de diversos artigos e da obra “O silêncio como declaração em negociações visando à formação contratual – sob a perspectiva dos Modelos Hermenêuticos de Miguel Reale”. Premiada pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Recomendada por ‘The Legal 500’, Latin America, relevante guia jurídico.

Rebeca Garcia, advogada, formado em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, com Mestrado em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Concentra a sua prática em direito privado e direito digital.

Renata Campetti Amaral, sócia do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, formada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com especialização em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Mestre em Direito pela University of Texas School of Law. Concentra a sua prática nas áreas de meio ambiente, consumidor e mudanças climáticas. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Indicada ao Chambers, Legal 500, Análise de Advocacia, entre outros.

Thais Matallo Cordeiro Gomes, sócia do escritório Siqueira castro Advogados, formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com pós-graduação em direito empresarial pela FGV-SP, mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Formada em Mediação Cooperativa pelo Centro de Mediação da Câmara de Comércio França-Brasil e Centre de Médiation et d’Arbitrage de Paris – CMAP. Concentra a sua prática nas áreas contenciosa e consultiva, atuando, principalmente, em questões ligadas ao Código de Defesa do Consumidor. Professora de Processo Civil na pós-graduação da PUC-SP (COGEAE) e Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante do Comitê do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,

Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Recomendada pela Chambers Latin América e Análise Advocacia 500, relevantes guias jurídicos.

SUMÁRIO

Sobre os Autores	5
Prefácio	15
Sistema nacional de defesa do consumidor: agentes, mecanismos e desafios	17
Renata Campetti Amaral e Caroline Visentini Ferreira Gonçalves	
1. Introdução	17
2. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: arcabouço jurídico, agentes e mecanismos.....	18
3. Desafios	23
4. Considerações finais	24
Os princípios informadores da relação de consumo	27
Thais Matallo Cordeiro Gomes	
1. Princípio da Intervenção Estatal ou da Obrigação Governamental: Previsto nos artigos 5.º, XXXII, e 170, V, ambos da Constituição Federal	27
2. Princípio da Vulnerabilidade: Trata-se do princípio norteador do CDC, estando previsto no artigo 4.º, inciso I	28
3. Princípio da Boa-Fé: Trata-se de princípio positivado no CDC, inciso III, do art. 4.º	29
4. Princípio da Informação: Previsto no art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor	30
5. Princípio da Transparência: Extraído do art. 4.º do CDC	31
6. Princípio da Reparação Objetiva: Extraído do art. 12 e 14 do CDC...	32

7. Princípio da Solidariedade: Trata-se de princípio extraído do parágrafo único do art. 7.º do CDC.....	32
8. Conclusão.....	33
Formação das relações de consumo. Conceito de fornecedor e consumidor	35
Patricia Helena Marta Martins e Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup	
1. Introdução. A formação da relação de consumo	35
2. O conceito de fornecedor.....	36
3. O conceito de consumidor	37
4. Conclusão.....	41
Oferta e publicidade nas relações de consumo.....	43
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias	
1. Introdução.....	43
2. Da Oferta Publicitária e sua vinculação ao fornecedor	44
3. Publicidade Enganosa	46
4. Publicidade Abusiva	47
5. Publicidade Comparativa.....	50
6. Responsabilidade Civil pela publicidade ilícita	51
Responsabilidade do fornecedor por vício e fato de produtos ou serviços ...	53
Laura Beatriz de Souza Morganti	
1. Responsabilidade civil no Direito Brasileiro	53
2. Responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo.....	54
3. Responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço	54
4. Responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço (defeito) ...	56
Procedimento de <i>recall</i> no Brasil.....	59
Maria Helena Ortiz Bragaglia	
1. Considerações gerais	59
2. Do <i>recall</i>	61
3. Conclusões	69

Banco de dados e cadastros de consumo	71
José Inácio F. de Almeida Prado Filho, Rebeca Garcia e Daniela Coelho A. Fernandes de Vasconcellos	
1. Introdução	71
2. Bancos de dados vs. cadastro de consumo	72
3. Crédito e arquivos de consumo: do cadastro de inadimplentes ao <i>credit scoring</i>	77
4. Controle externo e instrumentos jurídicos	78
5. Considerações finais	79
Proteção de Dados Pessoais no Direito Brasileiro	81
Juliana Tedesco Racy Ribeiro	
1. Breve histórico.....	81
2. Proteção de dados pessoais no direito brasileiro.....	83
3. Considerações finais	90
A proteção contratual no código de defesa do consumidor, as cláusulas abu- sivas e os contratos de adesão	93
Carla Cavalheiro Arantes	
1. Introdução.....	93
2. Disposições gerais sobre a proteção contratual do consumidor (artigos 46 a 50 do CDC)	95
3. Cláusulas abusivas (artigos 51 e 53 do CDC).....	98
4. Contratos de adesão (artigo 54 do CDC)	100
5. Conclusão.....	101
A proteção dos direitos do consumidor no comércio eletrônico – considera- ções sobre o DL 7962/13.....	103
Fabíola Meira de Almeida Santos	
1. Introdução	103
2. Código de Defesa do Consumidor e o comércio eletrônico	105
3. Considerações sobre o DL 7962/13	108
4. Conclusão.....	112

Sanções administrativas e órgãos de proteção e defesa do consumidor: a divergência de entendimentos e o problema do <i>bis in idem</i>	113
Fabio Teixeira Ozi e Ligia Lima Godoy	
Tutela do consumidor no Brasil: demandas individuais e coletivas	123
Priscila David Sansone Tutikian e Amanda Celli Cascaes	
Introdução	123
1. Noções gerais sobre a tutela processual do consumidor	124
2. A tutela individual e coletiva dos direitos do consumidor	129
3. Conclusão.....	133
Arbitragem nas relações de consumo	135
Luciana Goulart Penteado e Bruna Monique Vaccarelli	
1. Breves considerações sobre a arbitragem no Brasil.....	135
2. Ponderações sobre a aplicação da arbitragem nas relações consumeristas	137
3. Considerações finais	139
ENGLISH VERSION.....	141

PREFÁCIO

O Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC é uma entidade privada, sem fins lucrativos, cujo objetivo é promover a realização de pesquisas, estudos e debates sobre temas relacionados à defesa da concorrência, consumo e comércio internacional.

No âmbito dos estudos relacionados ao direito do consumidor, o IBRAC conta com o Comitê de Relações de Consumo, do qual participam representantes de empresas e integrantes de escritórios de advocacia afeitos ao tema. Os membros do nosso comitê realizam encontros para estudos de temas relacionados ao direito do consumidor, organizam e coordenam seminários que contam com a participação da comunidade jurídica, acadêmica e empresarial, e de autoridades públicas.

A presente publicação é uma iniciativa coletiva dos integrantes do nosso comitê, que conjuntamente conceberam, desenvolveram e executaram o projeto, com enorme entusiasmo. A ideia da publicação é apresentar noções gerais básicas do direito do consumidor brasileiro, de forma objetiva e didática, a empresas brasileiras e/ou empresas estrangeiras que atuam (ou têm interesse em atuar) no Brasil. Seu formato bilíngue visa justamente a tornar tais noções e conceitos acessíveis à comunidade internacional, permitindo uma aproximação amistosa com as bases norteadoras do direito do consumidor no país a leitores ainda não familiarizados com o tema.

Os autores são advogados de destacada atuação e larga experiência na área do direito do consumidor e que, portanto, conhecem profundamente os vários desafios jurídicos (teóricos e práticos) enfrentados em casos concretos. O fato de os artigos terem sido escritos por autores que não somente têm amplo conhecimento teórico da matéria, mas também significativa experiência prática, contribui para tornar o trabalho ainda mais relevante e especial. O maior objetivo desta publicação é tentar contribuir para uma relação sadia e legalmente adequada entre os partícipes do mercado de consumo brasileiro,

fornecendo noções úteis a esse ambiente, o que ajuda a fomentar o incremento de novos negócios e relações no mercado de consumo do Brasil.

Agradecemos profundamente a todos os colaboradores desta publicação pelo ânimo incansável, tempo e energia a ela dedicados. Esse grupo é fantástico e é uma satisfação imensa fazer parte deste projeto.

São Paulo, novembro de 2017.

Eduardo Caminati Anders

Presidente

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Publicações

Mariana Villela

Diretora de Consumo

SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: AGENTES, MECANISMOS E DESAFIOS

RENATA CAMPETTI AMARAL E
CAROLINE VISENTINI FERREIRA GONÇALVES

Área do Direito: Direito do Consumidor

Resumo: O presente artigo busca apresentar o panorama legal de criação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor com informações e aspectos sobre a sua estrutura organizacional. Além disso, apresenta-se também os principais *players* que atuam na execução da Política Nacional das Relações de Consumo, bem como aspectos práticos e desafios enfrentados por fornecedores no mercado de consumo brasileiro.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Agentes – Desafios.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: arcabouço jurídico, agentes e mecanismos; 2.1. Arcabouço jurídico; 2.2. Agentes e mecanismos. 3. Desafios. 4. Considerações finais

1. Introdução

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”), criado com o advento do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), busca garantir, por meio dos seus agentes e mecanismos, o fiel cumprimento e atendimento dos princípios, direitos básicos, obrigações e objetivos que devem orientar as relações de consumo no mercado brasileiro. Atualmente, o SNDC conta com uma

estrutura bastante sólida e abrangente dividida entre os diversos agentes da federação nos moldes das respectivas jurisdições e competências.

Entretanto, há desafios contemporâneos que devem ser enfrentados pelos agentes do SNDC tendo em vista a possibilidade divergência de entendimentos entre autoridades de defesa do consumidor, por exemplo, podendo gerar, por algumas vezes, insegurança jurídica aos fornecedores que atuam no mercado de consumo brasileiro. Apresentaremos adiante abreviadas ponderações acerca do tema.

2. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: arcabouço jurídico, agentes e mecanismos

2.1. Arcabouço jurídico

Em 11 de setembro de 1990, foi sancionada a Lei federal n. 8.078 de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências e cria o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”). Conforme leciona a Professora Cláudia Lima Marques na edição inaugural da Revista do Direito do Consumidor, com o advento do CDC “passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado”¹. O CDC propõe princípios, direitos básicos, obrigações, objetivos e instrumentos os quais devem orientar as relações de consumo no mercado brasileiro.

O artigo 4.º do CDC determina os objetivos a serem alcançados pela Política Nacional das Relações de Consumo (“PNRC”), bem como registra diretrizes e princípios a serem observados pela sociedade em geral, governos, consumidores e fornecedores, etc². Mais adiante o artigo 5.º apresenta os instrumentos disponíveis ao poder público para a execução da PNRC indicando, em termos práticos e na forma de exemplos, instituições que devem atuar na defesa do consumidor, tais como Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, Associações de Defesa do Consumidor, dentre outras³.

1. MARQUES, Claudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1. p. 27-54, 1992.
2. SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 183.
3. *Ibidem*, p. 192.

O artigo 6.º do CDC, por sua vez, elenca os direitos básicos do consumidor o qual representa uma síntese do que poderá ser encontrado nos dispositivos de direito material e processual no decorrer do CDC⁴. O referido artigo transita por direitos básicos do consumidor tais como proteção à saúde e segurança, clareza nas informações prestadas nos produtos e serviços, garantias relacionadas às práticas comerciais incluindo a publicidade, prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, além de disposições relativas aos contratos e suas respectivas cláusulas, entre outros.

Um dos instrumentos de implementação deste arcabouço previsto no CDC é o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”). O artigo 105 do CDC determina que integram o SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assim como as entidades privadas de defesa do consumidor. Ou seja, tratam-se de “órgãos públicos que direta ou indiretamente detêm, dentre suas várias atribuições, funções que de algum modo estejam voltadas para a qualidade e segurança de produtos e serviços”⁵.

O Decreto Federal n. 2.181 de 1997, além de estabelecer normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC, também dispõe sobre a organização do SNDC e delinea competências dos respectivos agentes atuantes desse Sistema.

2.2. *Agentes e mecanismos*

Conforme determinam o artigo 105 do CDC e o artigo 3.º do Decreto Federal, compete à mais recentemente criada Secretaria Nacional do Consumidor⁶ (“Senacon”) do Ministério da Justiça e Segurança Pública a coordenação da política do SNDC, sendo a sua atuação concentrada no “planejamento, elaboração, coordenação e execução da PNRC”⁷, dirigindo, orientando e avaliando ações para capacitação de medidas relativas à observação do CDC destinadas aos integrantes do SNDC. Dentre os mecanismos adotados pela Senacon destacam-se: (i) o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (“Sindec”), o qual se representa política pública de integração do SNDC, com a disponibilização de uma base nacional com registro dos atendimentos individuais a consumidores, instrução dos procedimentos de atendi-

4. WATANABE, Kazuo... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

5. *Ibidem*, p. 1033.

6. Criada pelo Decreto Federal n. 7.738 de 2012.

7. Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon. Disponível em <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/senacn>>. Acessado em 28 de junho de 2017.

mento e dos processos de reclamação, além da gestão das políticas de atendimento e fluxos internos dos PROCONS integrados e a elaboração de Cadastros Estaduais e Nacional de Reclamações Fundamentadas⁸, (ii) a Escola Nacional de Defesa do Consumidor (“ENDC”), a qual tem por objetivo a “formação e capacitação técnica dos agentes e técnicos do SNDC em todo o Brasil”⁹. Além desses aspectos, também compete à Senacon a análise de questões que tenham repercussão nacional e de interesse geral, além de representar os interesses dos consumidores e do SNDC junto às organizações internacionais tais como o Mercosul e a Organização dos Estados Americanos (“OEA”)¹⁰.

Um dos novos mecanismos recentemente lançados pela Senacon é o serviço consumidor.gov.br, ferramenta monitorada pelos órgãos do SNDC que tem por objetivo possibilitar a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada. Por meio desta plataforma, as empresas que aderem formalmente ao serviço comprometem-se a conhecer, analisar e investir esforços para a solução dos problemas apresentados¹¹. Atualmente, a plataforma conta com mais de 395 empresas cadastradas dos mais diversos setores do mercado de consumo.

Ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (“DPDC”) compete, dentre outras ações, assessorar a Senacon na formulação e promoção da PNRC, além de assessorar a Senacon na integração, articulação e coordenação do SNDC¹². Com relação ao seu poder de polícia, compete ao DPDC fiscalizar demandas que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional, bem como aplicar sanções administrativas, podendo, para tanto, instaurar averiguações preliminares e processos administrativos. Ainda na esfera do SNDC, cabe também ao DPDC promover e manter a articulação dos órgãos da Administração Federal com os órgãos e afins dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e com as entidades civis ligadas à proteção e defesa do consumidor.¹³

Em termos práticos, o DPDC tem sido, nos últimos dez anos, o grande líder e precursor na discussão de temas relativos ao CDC e sua aplicação, repre-

8. O que é Sindec. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

9. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Disponível em < <http://defesadoconsumidor.gov.br/escolanacional/endc>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

10. *Ibidem*.

11. Sobre o Serviço. Disponível em < <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

12. Artigo 18 da Portaria 1.840 de 21 de agosto de 2012 do Ministério da Justiça.

13. *Ibidem*.

sentando o principal fórum, no Brasil, para a discussão com os fornecedores sobre melhores práticas, recomendações e entendimentos do órgão em relação à campanhas de chamamento (*recalls*), publicidade, práticas comerciais, dentre outras. No que se diz respeito às campanhas de *recall* realizadas no Brasil, a então extinta Secretaria de Direito Econômico constituiu o Grupo de Estudos Permanentes de Acidentes de Consumo (“GEPAC”)¹⁴, com o propósito de definição e promoção de procedimentos e estratégias de atuação para coibir a comercialização de produtos e oferta de serviços com alto grau de periculosidade, bem como acompanhamento de questões relativas aos acidentes de consumo¹⁵. Os principais frutos que se destacam da atuação deste grupo são: (i) Recomendação GEPAC n. 1 de 2012¹⁶, referente à obrigação de comunicação, pelos fornecedores que as subsidiárias e importadoras de fornecedores de produtos e serviços objeto de campanhas de chamamento – *recalls* – no exterior informem às autoridades brasileiras competentes que os produtos ou serviços objeto do chamamento não atingiram o mercado brasileiro e, (ii) Recomendação GEPAC n. 1 de 2013¹⁷, que recomenda o padrão a ser adotado pelos fornecedores no aviso de risco das campanhas de *recall*.

Ainda, conforme definição do Decreto Federal, no âmbito de sua jurisdição e competência, cabe ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal a proteção e defesa do consumidor, competindo a essas entidades fiscalizar as relações de consumo, atender às demandas dos consumidores, bem como funcionar, no âmbito de processos administrativos, como instância de instrução e julgamento, tendo em vista o poder de polícia administrativo. Ou seja, merece destaque a atuação dos órgãos estaduais de defesa do consumidor, os PROCONs, com forte atuação em sede estadual e, em alguns casos, também municipal, como se pode depreender da atuação do PROCON Municipal de Porto Alegre.

14. Portaria n. 44 de 2008 da Secretaria de Direito Econômico. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/2008portariasde044.pdf>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

15. Composto pelos seguintes integrantes dos seguintes órgãos de SNDC: DPDC, Ministério Público Federal de São Paulo, Ministério Público Estadual de São Paulo, Fundação PROCON do Estado de São Paulo e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“IDEC”).

16. Recomendação GEPAC n. 1 de 2012. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/recomendacoesgepac.pdf>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

17. Recomendação GEPAC n. 1 de 2013. Disponível em < <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2395323.PDF>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

Nesse sentido, o Decreto Federal determina que qualquer entidade da administração pública integrante do SNDC poderá, portanto, no âmbito de suas respectivas competências, apurar e punir infrações ao CDC e legislação correlata, mediante aplicação de sanções pecuniárias tais como multas.

Dentre os agentes relacionados no artigo 5.º do CDC competentes também pela execução da PNRC, merece atenção a atuação das Promotorias de Justiça especializadas em Direito do Consumidor, quer no âmbito Estadual ou Federal. A sede do Ministério Público do Estado de São Paulo possui, por exemplo, seis Promotorias de Justiça especializadas na área do direito do consumidor.

Não se pode deixar de destacar, ainda, a atuação das associações de defesa do consumidor, dentre elas, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“Idec”), fundado em 1987, bastante conhecido pela publicação da Revista do Idec, além da realização de cursos¹⁸. O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (“BRASILCON”), com projeção nacional e internacional, representa um dos grandes fóruns acadêmicos de temas relativos ao CDC e suas implicações, mediante a realização de congressos que visam a incentivar a cooperação internacional por meio de intercâmbio de entidades, profissionais e acadêmicos¹⁹. Informações sobre as demais associações civis podem ser encontradas no Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor²⁰.

Por fim, vale destacar também a atuação de demais *players* atuantes, tais como as Delegacias de Defesa do Consumidor que buscam averiguar e apurar os crimes contra as relações de consumo, além do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”). O CONAR, organização não-governamental, constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, visa à promoção da liberdade de expressão publicitária, por meio do julgamento de denúncias feitas por consumidores, autoridades e associados sobre o conteúdo de peças publicitárias²¹.

Portanto, tem-se que a observância à PNRC por meio da atuação dos agentes do SNDC e demais *players* atuantes se dá, no Brasil, de forma difu-

18. O que é o Idec. Disponível em < <http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

19. Quem somos. Disponível em < <http://brasilcon.org.br/quem-somos>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

20. Quem somos. Disponível em < <http://www.forumdoconsumidor.org.br/>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

21. Missão. Disponível em < <http://www.conar.org.br/>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

sa, abrangente e autônoma nas suas respectivas jurisdições e competências. Referida atuação pode, em algumas situações, gerar desafios tanto para os seus agentes como para as empresas atuantes no mercado de consumo, conforme item a seguir.

3. Desafios

A sistemática estabelecida pela legislação no que se refere às entidades que atuam na proteção do consumidor – que, como vimos, abrange agentes em âmbito federal, estadual, compreendendo ainda o Ministério Público, dentre outros – origina, certamente, alguns desafios importantes aos administrados.

Se, de um lado, consumidores possuem um amplo leque de vias por meio das quais pode buscar sua proteção e apresentar seus pleitos, de outro, aos fornecedores resta atuar em diversas frentes, envidando esforços para endereçar demandas perante diferentes autoridades sem, muitas vezes, obter decisões uniformes. Por vezes, empresas são obrigadas a enfrentar discussões acerca dos mesmos fatos e temas com diversas autoridades de defesa do consumidor que possuem competência para atuar nas suas respectivas jurisdições e searas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) já reconheceu que não cabe a aplicação de sanções a fornecedor decorrentes de uma mesma infração por mais de uma autoridade de defesa do consumidor. Conforme pontuado em referida decisão, “não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado”²².

Tal decisão, apesar de representar um avanço no sentido de confirmar a necessidade de haver coordenação entre os órgãos de proteção do consumidor, não tem o condão de evitar a necessidade de, em um momento pré-contencioso – durante o processo administrativo sancionatório, o inquérito civil ou até mesmo um procedimento perante o CONAR –, ter-se que endereçar muitas

22. REsp 1087892/SP 2008/0206368-0, 1ª T., relator Ministro Benedito Gonçalves, data de julgamento

22.06.2010, DJe 03.08.2010.

vezes demandas e exigências distintas perante as mais diversas autoridades em razão do mesmo fato.

Mesmo entre PROCONs, cujos procedimentos administrativos de apuração de infrações às normas do CDC, em tese, deveriam guardar similaridade, há importantes discrepâncias no que se refere à estrutura organizacional, ritos processuais, parâmetros para cálculo de multas, etc. Um exemplo disso, é o PROCON do Estado de Minas Gerais, o qual, de acordo com a Lei Complementar n. 34/94, o Programa Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor (PROCON/MG) é órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais²³, diferentemente da maioria dos PROCONs dos demais estados, os quais são órgãos integrantes de Secretarias do Governo do Estado.

Adicionalmente, essa grande rede de organismos e autoridades, contudo, pode não ser apropriada ou suficiente para atender demandas de setores especializados da indústria, inclusive, sob o ponto de vista técnico. Temas atinentes a direito à privacidade ou relativos, por exemplo, ao setor automobilístico podem demandar a existência de órgãos especializados como ocorre com a *National Highway Traffic Safety Administration* (“NHTSA”), nos Estados Unidos.

Adiciona-se a esse cenário complexo, o papel crucial e relevante de novos *players*, como as redes sociais, blogs especializados, etc. que precisam não somente ser verificados constantemente, mas também respondidos adequada e rapidamente, de acordo com a estratégia de comunicação traçada pelo fornecedor frente ao mercado, mas sem deixar de endereçar de forma transparente as demandas do mercado. Conforme registrado em estudos recentes a respeito, os consumidores tornaram-se participante ativos no mercado de consumo, criando-se uma era de “transparência radical”²⁴.

4. Considerações finais

Os agentes integrantes do SNDC vêm amadurecendo juntamente com os direitos e obrigações previstos no CDC, quer por meio da criação de grupos especializados como o GEPAC ou mediante análise concreta de casos especí-

23. Lei Complementar n. 34 de 12/09/1994 – Texto atualizado. Disponível em < <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&comp=&ano=1994&texto=consolidado>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

24. In my honest opinion: consumers and the power of online feedback. Disponível em < <http://www.consumersinternational.org/media/1218514/in-my-honest-opinion.pdf>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

ficos perante as cortes brasileiras, conforme decisão do STJ, a qual confirma a necessidade de haver coordenação entre os órgãos de proteção do consumidor.

A Senacon e o DPDC cumprem papéis fundamentais na coordenação e liderança do SNDC, tanto por meio da possibilidade de diálogo com representantes da indústria, quanto mediante a adoção de medidas educativas aos integrantes do SNDC. Entretanto, ainda há desafios contemporâneos que devem ser enfrentados pela sociedade visando um maior equilíbrio entre os agentes do SNDC, *players* atuantes e fornecedores.

Espera-se que, com a atual complexidade do mercado de consumo e sofisticação dos fornecedores, novas soluções sejam identificadas pela sociedade como um todo, as quais poderão ser refletidas por meio da edição de leis e normas a respeito, criação de órgãos especializados, bem como mediante interpretações jurídicas acerca do tema pelos tribunais pátrios.

OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

THAIS MATALLO CORDEIRO GOMES

A proteção e a defesa do consumidor encontram-se previstas na Constituição Federal de 1988. É dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5.º). Como forma de efetivar essa proteção, o art. 48 das Disposições Finais Transitórias da Carta Magna determinou a elaboração de Código de Defesa do Consumidor (“CDC”). Nesse contexto, em setembro de 1990 é editada a Lei 8078 (CDC) que, basicamente, dispõe sobre a proteção do consumidor.

O CDC é dotado de uma ampla base principiológica que visa dar adequada interpretação, compreensão e aplicação das normas ali previstas, que incidem sobre as relações jurídicas de consumo.

No presente artigo, trataremos de alguns dos principais princípios informadores da relação de consumo que, enquanto fonte de direito, inspiram confiança e norteiam a atividade interpretativa dos magistrados quando do julgamento de um caso concreto.

1. Princípio da Intervenção Estatal ou da Obrigação Governamental: Previsto nos artigos 5.º, XXXII, e 170, V, ambos da Constituição Federal

Art. 5.º. (...)

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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

V – defesa do consumidor;

É dever do Estado não só a proteção dos interesses dos consumidores como, principalmente, garantir a efetividade de seus direitos.

A necessidade da intervenção estatal ocorre em virtude de o consumidor ser considerado a parte mais vulnerável na relação jurídica de consumo, conforme restará demonstrado ao longo do presente artigo.

2. Princípio da Vulnerabilidade: Trata-se do princípio norteador do CDC, estando previsto no artigo 4.º, inciso I.

Art. 4.º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I. Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

O CDC parte do pressuposto de que na relação de consumo o consumidor é a parte mais vulnerável. As partes envolvidas na relação, portanto, não estão no mesmo nível de igualdade. O fornecedor possui em seu favor diversos aspectos (técnicos, financeiros, de *marketing*) que o coloca em situação de vantagem face ao consumidor.

Nesse contexto, ensina José Geraldo Brito Filomeno:

“o âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”¹.

Os dispositivos legais do CDC visam equilibrar as partes dessa relação, colocando no mesmo patamar de igualdade jurídica o consumidor e o fornecedor.

“Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma “ratio”, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando,

1. FILOMENO, José Geraldo Brito, Da política nacional de relações de consumo, Código Brasileiro de Direito do Consumidor, p. 71-177, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado”².

Importante consignar que a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica, jurídica, fática, socioeconômica.

Nas palavras de Luiz Antonio Rizzato Nunes:

“o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido”³.

As consequências advindas do princípio da vulnerabilidade são diversas, dentre elas a possibilidade de interpretação judicial de contratos consumeristas em favor do consumidor, por exemplo.

3. Princípio da Boa-Fé: Trata-se de princípio positivado no CDC, inciso III, do art. 4.º.

Art. 4.º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

2. GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, *Trabalhos de Elaboração – Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Direito do Consumidor*, p. 01-08, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.
3. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1.º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000

Referido princípio também pode ser extraído de diversos outros dispositivos do CDC como o caso, por exemplo, do inciso IV do artigo 51 do referido *Codex*, que considera nula de pleno direito as cláusulas contratuais que não sejam compatíveis com a boa-fé e equidade.

Pelos dispositivos acima suscitados, depreende-se que o princípio da boa-fé se trata de regra de conduta das partes na relação de consumo e, como tal, é caracterizada como um dever de agir respeitando certos padrões de honestidade e lealdade, com a finalidade de não frustrar a confiança das partes e, também, manter o equilíbrio nas relações de consumo.

Relaciona-se ao princípio da boa-fé o princípio que diz respeito ao direito à informação previsto no artigo 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor. O direito à informação deriva diretamente do princípio da boa-fé, na medida em que ao adquirir um produto ou serviço o consumidor tem o direito de acesso a todas as informações acerca daquilo que está adquirindo.

4. Princípio da informação: Previsto no art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

III. A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Trata-se de princípio que traz ao consumidor a garantia de que será devidamente informado, sob todos os aspectos, sobre os bens colocados no mercado e serviços a ele oferecidos. Referida informação protege que o consumidor venha a ser lesado pela falta de determinada informação atinente ao bem ou serviço prestado.

Ao longo do Código, é possível identificar outros dispositivos que preveem o dever de informação por parte dos fornecedores, como é o caso, por exemplo, dos artigos 12 e 14.

Nas palavras de Rizzato Nunes:

“Dever de informar: com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços e etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões”⁴.

4. NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. Saraiva, 2005.p.129.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) já dispôs sobre o tema ao consignar que:

“O artigo 6.º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.”⁵

A informação deve ser sobre todas as características importantes do produto e serviços para que, desse modo, o consumidor possa comprar o produto ou contratar o serviço plenamente ciente de suas características.

5. Princípio da transparência: Extraído do art. 4.º do CDC.

Art. 4.º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

Referido princípio impõe à parte menos vulnerável da relação (o fornecedor), o dever de prestar todos os esclarecimentos ao consumidor de forma clara e precisa, de modo a permitir que o consumidor conheça ao máximo o bem ou serviço que está lhe sendo ofertado e, assim, possa escolher aquilo que realmente quer.

Fabio Ulhôa Coelho preceitua: *“De acordo com o princípio da transparência, não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento”*⁶

Na hipótese, por exemplo, de ser identificada a ausência de informação clara e precisa em contrato de relação de consumo deverá ser aplicado ao instrumento a interpretação mais favorável ao consumidor, conforme dispõe o art. 47 do CDC. Trata-se de uma consequência decorrente do princípio da transparência, dentre outros.

5. REsp 1121275/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27.03.2012, DJe 17.04.2012
6. COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia, Revista da Escola Paulista de Magistratura, 1/96, set./dez. 1996.

6. Princípio da Reparação Objetiva: Extraído do art. 12 e 14 do CDC

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

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

De acordo com os dispositivos, os fornecedores respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor. Referida responsabilidade, contudo, somente se aperfeiçoa se forem identificados três requisitos: (i) defeito do serviço, (ii) evento danoso e (iii) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano.

7. Princípio da Solidariedade: Trata-se de princípio extraído do parágrafo único do art. 7.º do CDC.

Art. 7.º (...)

§ único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo

A responsabilidade do fornecedor de bens e serviços é objetiva. Assim, na hipótese de dano causado ao consumidor, a simples colocação do bem ou serviço no mercado é suficiente para que haja responsabilização do fornecedor pelos prejuízos advindos do dano.

Essa responsabilidade, contudo, é solidária a toda cadeia de fornecedores que participaram do ciclo econômico do produto ou serviço colocado no mercado (fabricante e concessionária, por exemplo).

Sobre esse assunto já decidiu o STJ:

“O parágrafo único do artigo 7.º do Código consumerista adotou o princípio da solidariedade legal para a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor, podendo, pois, ele escolher quem acionará. E, por tratar-se de solidariedade, caberá ao responsável solidário acionado, depois de reparar o dano, caso queira, voltar-se contra os demais responsáveis soli-

dários para se ressarcir ou repartir os gastos, com base na relação de consumo existente entre eles”⁷.

É claro que a solidariedade não impede a apuração, no caso específico, do nexa causal entre a conduta dos supostos causadores do dano. Da mesma forma, há de ser observado se é o caso de excludente de responsabilidade, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo: (i) a inexistência do defeito, (ii) culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

8. Conclusão

Os princípios que regem as relações de consumo contribuem para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor na medida em que direcionam a análise e interpretação do corpo normativo constante do CDC. Neste sentido, a compreensão da base principiológica do Código é necessária para melhor aplicação e integração de seus textos normativos.

A Política Nacional das Relações de Consumo, conforme analisado ao longo do presente artigo, está prevista no caput do art. 4.º do CDC. Neste dispositivo e em seus incisos estão esculpidos os princípios basilares da defesa do consumidor e se fundam, basicamente, no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

O conhecimento dos princípios é fundamental para que o sistema de Proteção ao Consumidor seja harmonioso e cumpra a sua finalidade que, em última análise, é possibilitar uma atividade consumerista justa, igualitária e efetiva.

7. REsp 1102849/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 26/04/2012

FORMAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. CONCEITO DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR

PATRICIA HELENA MARTA MARTINS E
ANNA CAROLINA RIBAS VIEIRA KASTRUP

1. Introdução. A formação da relação de consumo

Como é literal e até mesmo intuitivo, relação de consumo é aquela formada por um consumidor de um lado e por um fornecedor, de outro. Seu objeto são produtos (bens materiais, móveis ou imóveis) e serviços.

No entanto, definir se uma determinada relação jurídica configura ou não uma relação de consumo tem, para além da relevância da discussão teórica, efeitos práticos concretos e imediatos. Ao aplicar-se o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (“CDC”), o consumidor passa a ser sujeito da ampla gama de direitos protetivos e o fornecedor, por sua vez, sujeito a uma série de obrigações.

Toda a base principiológica do CDC caminha no sentido de reconhecer a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor¹, conferindo-lhes uma

1. O princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é reconhecido de forma expressa pelo CDC em seu artigo 4.º, inciso I. A esse respeito, assim manifesta-se Rizzatto Nunes: “(...) O inciso I do art. 4.º reconhece: o consumidor é vulnerável. Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca na relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. (...) O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação

série de mecanismos protetivos como garantia, tais como a vedação expressa de cláusula de exclusão de responsabilidade dos fornecedores, garantia legal de produtos e serviços, independente de qualquer garantia contratual e inversão do ônus da prova em ações judiciais.

Já quanto às obrigações impostas ao fornecedor destaca-se a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) por vícios ou defeitos do produto, oferta e apresentação dos produtos e serviços de forma clara, objetiva e com informações em português, corretas, precisas e ostensivas, vedação da prática de venda casada e necessidade de manutenção da oferta de componentes e peças de reposição durante a vida útil do produto.

Enfim, desequilibra-se para equalizar.

Mas, se não há maiores discussões sobre o quem é fornecedor em uma relação de consumo, o conceito de consumidor vem sendo amplamente discutido em disputas judiciais, especialmente no que diz respeito à caracterização do consumidor pessoa jurídica.

2. O conceito de fornecedor

O artigo 3.º do CDC estabelece que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes desper-

ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.” NUNES, Rizzatto, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Saraiva 2013. p. 202 e 203.

A hipossuficiência também é tratada pela Constituição Federal, CDC e legislação específica. Veja a citação de José Geraldo Brito Filomeno: “(...) A noção de hipossuficiência, por outro lado, é-nos dada pelo parágrafo único do art. 2.º da Lei n. 1.060, de 5.2.50, como sinóníma de ‘necessidade’, a saber: ‘Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.’ Referida noção, aliás, decorre de mandamento constitucional expresso, previsto pelo inc. LXXIV do art. 5.º da Carta de 1988, segundo o qual: ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.’ Ora, o próprio Código de Defesa do Consumidor, igualmente como já visto quando se comentou o inc. I de seu art. 5.º, que dispõe sobre os *instrumentos de implementação da Política Nacional das Relações de Consumo*, praticamente repete aquela previsão constitucional, quando estabelece que o Poder Público contará para sua execução, dentre outros, com a: ‘manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente.’” PELLEGRINI GRINOVER, Ada e outros, Código de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense 2011, vol I. p. 166.

sonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Fornecedor é, pois, a pessoa responsável pela colocação dos produtos e serviços no mercado de consumo à disposição do consumidor.

A pessoa física enquadrada como fornecedor pelo legislador no artigo 3.º do CDC diz respeito ao profissional liberal e qualquer pessoa que, a título singular e através do desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, forneça produtos e serviços no mercado de consumo, e a pessoa jurídica, por sua vez, será aquela pessoa que desempenha o mesmo papel da pessoa física mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.

Entende-se por pessoa pública o Poder Público, suas empresas públicas ou ainda as concessionárias de serviços públicos, enquanto que a pessoa privada se enquadra na definição da pessoa jurídica citada no parágrafo acima. Os entes despersonalizados, por sua vez, foram incluídos pela legislação consumerista, a fim de enquadrar na condição de fornecedor, por exemplo, as massas falidas que continuam desempenhando suas atividades comerciais, empresas com regime jurídico *sui generis*, tais como os consórcios, bem como as pessoas jurídicas de fato que desenvolvem atividades industriais sem constituir uma pessoa jurídica.

Por fim, a legislação consumerista faz referência expressa à qualificação de fornecedor não só a pessoa jurídica nacional, mas também a estrangeira, que fornece produtos e serviços no mercado de consumo brasileiro.

3. O conceito de consumidor

Por sua vez, o artigo 2.º do CDC estabelece que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”.

Diferente da previsão legal acerca do conceito de fornecedor, a mera interpretação literal e gramatical do artigo 2.º do CDC não é capaz de trazer soluções prontas aos questionamentos existentes quanto ao conceito de consumidor, especialmente no que se refere ao consumidor pessoa jurídica.

Desde o advento do CDC, e com base em discussões doutrinárias de outros países, os doutrinadores pátrios desenvolveram diversas teorias sobre a qualificação de consumidor e em particular o consumidor pessoa jurídica.

Das diversas posições existentes, prevaleceu uma grande discussão doutrinária em torno de duas teorias acerca do conceito de consumidor em senti-

do estrito, a Teoria Maximalista e a Teoria Finalista. Mais recentemente, vem ganhando força, especialmente na jurisprudência, a aplicação de uma terceira teoria, a Teoria Finalista Mitigada que busca conciliar a aplicação dessas duas vertentes com base em determinados critérios de vulnerabilidade do consumidor.

A Teoria Finalista, também conhecida como Teoria Subjetiva, interpreta a expressão “*destinatário final*” no sentido de destinação final econômica. Segundo seus defensores, consumidor é quem adquire bem ou serviço para uso pessoal, e não para desenvolver ou aprimorar sua atividade econômica. No caso, por exemplo, de uma loja de departamentos que adquire máquinas de cartão de crédito para processar os pagamentos realizados pelos seus clientes, não será ela considerada consumidora em relação à empresa administradora das máquinas do cartão, pois o serviço foi adquirido para o exercício das atividades da loja de departamentos.

Nesta hipótese, o CDC só incide nas relações efetivamente de consumo, isto é, naquelas relações em que a pessoa adquire o bem ou serviço para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo apenas uma necessidade pessoal, e não para utilizá-lo em sua atividade comercial, profissional, negocial.

Se o produto ou serviço é adquirido para o desenvolvimento da atividade econômica da empresa, direta ou indiretamente, com o fim de integrá-lo em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços a terceiros, ou ainda como instrumento de trabalho, caracterizar-se-á como insumo e, portanto, não se aplicarão as disposições do CDC.

Já a Teoria Maximalista ou Objetiva considera como “*destinatário final*” aquele que adquire e/ou utiliza o produto ou serviço na qualidade de consumidor final fático. Assim, será consumidor uma grande empresa que, por exemplo, adquire matéria prima utilizada como insumo em seu processo produtivo.²

2. Os questionamentos doutrinários trazem exemplos concretos interessantes: “Em primeiro lugar, parece pacífico que aquele que adquire um bem com a intenção de o negociar onerosamente, no mesmo estado em que foi adquirido, certamente não será o seu destinatário final. Assim, uma livraria que adquire livros de uma editora, para revendê-los, não será consumidora destes mesmos livros. Inexiste polêmica neste particular. Outras hipóteses menos triviais, porém, são capazes de despertar vivas controvérsias. Quando uma empresa adquire insumos para a sua atividade produtiva – matéria prima – por exemplo, é consumidora? Quando uma loja adquire prateleiras, nas quais exporá suas mercadorias, o faz na qualidade de destinatária final? E quanto a uma companhia que adquire um computador, para controlar seu estoque? (...) Em linha de princípio, a empresa também não será consumidora dos outros bens por elas adquiridos, ainda que não sejam

Mais recentemente e na tentativa de buscar-se uma solução para o impasse criado entre as duas teorias acima citadas, surgiu a chamada Teoria Finalista Mitigada, que valida o conceito de consumidor pessoa jurídica consoante a Teoria Finalista, mas, de outro lado, admite sua flexibilização para reputar como consumidora também a pessoa jurídica que se mostre vulnerável, seja de forma técnica, jurídica ou até mesmo econômica, com relação ao fornecedor³.

O exemplo citado acima da loja de departamentos que adquire o serviço de pagamento via máquina de cartão, é o típico caso de consumidor para a Teoria Finalista Mitigada, caso se tratassem de empresas vulneráveis do ponto de vista técnico, jurídico ou econômico com relação ao fornecedor.

A vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos, enquanto que há vulnerabilidade fática quando o fornecedor, por sua posição monopolista, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, tornando a outra parte contratante vulnerável. Por fim, a vulnerabilidade técnica envolve a falta, por parte do adquirente do produto ou serviço, de conhecimentos técnicos sobre o objeto do contrato.

A jurisprudência vem analisando as 3 (três) teorias ao longo dos anos. Até o final de 2003, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) aplicava os preceitos da Teoria Maximalista entendendo como consumidores, por exemplo, as pessoas jurídicas que (i) adquiriram máquinas para o trabalho na lavoura, mesmo não sendo esta sua atividade final⁴; e que (ii) adquiriram o serviço para o processamento de pagamentos via cartão de crédito, mesmo considerando que referido pagamento seria uma forma de atender os consumidores da empresa.⁵

A partir de 2004, a jurisprudência do STJ passou a se orientar mais predominantemente pela aplicação da Teoria Finalista, entendendo, por exemplo,

matérias primas, na medida em que o ônus de tais aquisições sempre recairá, por repercussão, sobre os particulares: ‘As máquinas produtoras, as instalações, os veículos, o mobiliário, os sistemas de computadores e todos os demais bens insumidos na produção terão contabilmente estimada a participação de cada um segundo taxas de amortização de seu valor (...)’.

MASELLI GOUVÊA, Marcos, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: 1997. vol. 23/24, p. 187 e segs.

3. Obra de autoria de Sérgio Cavalieri Filho, Acadêmico Fundador da Academia Brasileira de Direito Civil Professor e Diretor-Geral da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: CAVALIERI FILHO, Sérgio: S. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.
4. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial N. 142.042/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 11.11.97
5. STJ, 2ª Turma, Conflito de Competência N. 41.056/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23.06.04

que não se enquadra no conceito de consumidor a pessoa jurídica que adquire o serviço de pagamento via máquinas de cartão de crédito, justamente porque tal relação possui objetivo negocial e, portanto, não se trata de relação de consumo⁶.

Apenas em abril de 2005 houve uma movimentação do STJ pela aplicação da Teoria Finalista Mitigada. Segundo o Tribunal⁷, o núcleo do conceito de consumidor passou a ser a noção de vulnerabilidade. Por isso, nos termos da Teoria Finalista Mitigada, serão considerados consumidores as pessoas jurídicas que, ao adquirirem produtos e serviços para seu uso empresarial, se mostrem vulneráveis – econômica, técnica ou juridicamente – em sua relação aos fornecedores.

Julgados recentes do Tribunal Superior⁸ permanecem apontando uma tendência para a aplicação da Teoria Finalista Mitigada.

6. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial N. 541.867/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10.11.04. e STJ, 2ª Seção, Conflito de Competência N. 64.524/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.09.06.
7. “Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4.º, I). Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste stj também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do cdc nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não”. STJ, 2ª Turma, Recurso Especial N. 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19.04.05.
8. AgInt no CC 146.868/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/03/2017, DJe 24/03/2017; REsp 1.599.042/SP, Rel. Ministro LUIS

4. Conclusão

A despeito do caráter literal e intuitivo das relações de consumo que se formam entre fornecedor e consumidor e da ausência de maiores discussões sobre a definição do fornecedor, o conceito de consumidor, em particular o consumidor pessoa jurídica, é tema complexo que vem sendo amplamente discutido pela doutrina e jurisprudência.

O próprio STJ posiciona-se com cautela sobre o assunto, afirmando em diversas oportunidades que a aplicação do CDC nas relações entre pessoas jurídicas deve ser analisada caso a caso, considerando as características concretas de cada situação contratual e à luz da existência ou não de vulnerabilidade ou hipossuficiência de uma das partes, afinal, é inegável a enorme quantidade de empresas de grande porte e sem traços de vulnerabilidade ou hipossuficiência no mercado de consumo brasileiro.

FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 09/05/2017; AgInt no REsp 1.216.570/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016; e AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016.

OFERTA E PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da Oferta Publicitária e sua vinculação ao fornecedor – 3. Publicidade Enganosa – 4. Publicidade Abusiva – 4.1. Publicidade Infantil – 5. Publicidade Comparativa – 6. Responsabilidade Civil pela publicidade ilícita.

1. Introdução

A publicidade (e seus limites) encontra-se regulamentada nos artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”). Transcorridos mais de 25 anos do sancionamento do CDC, o qual traz em seu texto tão inédita quanto expressa referência à publicidade, o tema está em constante evolução, permanecendo, porém, o Código (e sua principiologia), instrumento efetivo para o tratamento das novíssimas (e tradicionais) formas de expressão comercial.

O artigo 37 do CDC cuidou de regulamentar as informações de conteúdo comercial e que podem, assim, dar causa a uma relação de consumo entre fornecedor e consumidor. As propagandas que veiculam informações alheias à atividade econômica (e.g., propaganda religiosa, filosófica, política), em princípio, não se subsumem ao conceito de publicidade estabelecido pelo artigo, que é expresso quanto ao controle de informação de “caráter publicitário” – o que significa apresentar, direta ou indiretamente, finalidade econômica.

Neste particular, importante advertir para a constante mercantilização de valores, o que torna determinados esforços revestidos, a priori, de conteúdo propagandístico em paradigmáticas peças publicitárias a fim de estimular verdadeiras relações de troca. Da mesma forma, diante das constantes inovações tecnológicas, sobretudo Internet, eventuais mensagens que supostamente não aparentem finalidade econômica podem igualmente estar sujeitas ao controle

do CDC, pois, neste caso, a intenção econômica restará mascarada pelo fornecedor ou pelo terceiro por ele contratado. Em tal situação, restará violado o princípio da identificação da mensagem publicitária que determina que toda publicidade deve ser “fácil e imediatamente” identificada como tal (art.36, *caput*). Por força deste princípio, estão vedadas as chamadas mensagens clandestinas, bem como proibida qualquer publicidade subliminar.

Assim, no âmbito da publicidade, o CDC instituiu uma principiologia própria ao regime da publicidade¹, fundamental ao controle das mais variadas técnicas publicitárias definindo, ainda, os conceitos de publicidade enganosa e abusiva.

2. Da Oferta Publicitária e sua vinculação ao fornecedor

Antes de adentrarmos ao estudo da publicidade ilícita, convém tecer algumas considerações sobre o conceito de oferta estabelecido no artigo 30 do CDC, segundo o qual toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O dispositivo visa a impedir que sejam frustradas as legítimas expectativas do consumidor quando diante de uma oferta ou publicidade suficientemente precisa e impõe ao fornecedor a obrigação de celebrar o contrato nos exatos termos daquela oferta anunciada. Introduce, pois, o princípio da vincu-

1. O Código, ao lado do princípio da boa-fé objetiva que orienta e deve permear toda e qualquer relação de consumo (art.4.º, III, CDC), também introduziu *princípios jurídicos específicos* para a publicidade, decorrência lógica dos seus arts.30, 36 a 38 e 60, inciso XII. Assim, para além do já mencionado (i) princípio da identificação (art.36, *caput*), destacamos: (ii) princípio da veracidade (art.37, §§ 1.º e 3.º); (iii) princípio da transparência da fundamentação (que impõe ao anunciante manter em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem – art.36, parágrafo único); (iv) princípio da vinculação da oferta contratual (que poderíamos resumir em “anunciou, tem que cumprir” – art.30); (v) princípio da não abusividade (vedação à publicidade abusiva – art. 37, § 2.º); (vi) princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (segundo o qual cabe ao fornecedor provar a correção e adequação de sua mensagem publicitária – art. 38); (vi) princípio da correção do desvio publicitário (que significa a imposição da pena de contrapropaganda prevista no art. 60, XII). Para aprofundamento da principiologia própria à publicidade, cf. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães, *Publicidade e Direito*, Revista dos Tribunais, 2ª ed., Cap. 3.º, p. 55 e ss).

lação da mensagem publicitária nas relações negociais de consumo, ao criar direitos e obrigações decorrentes da publicidade veiculada.

Nem toda publicidade, contudo, contém uma oferta. Por vezes, uma publicidade sequer veicula informações sobre bens e serviços, como pode ocorrer, e.g., com a publicidade institucional ou merchandising em situações que se verifique apenas a exposição do produto.

Por sua vez, também é correto afirmar que nem toda oferta é realizada por meio de publicidade. Ao contrário, há oferta pela simples exposição de produtos em máquinas automáticas (e.g. máquinas de café, refrigerantes), pela simples entrega de um orçamento ao consumidor de um produto ou serviço, da apresentação de mercadorias em vitrines de lojas, nos rótulos, etc.

Contudo, se a publicidade apresentar em seu conteúdo “informações suficientemente precisas” sobre os bens e serviços oferecidos, ela, então, será equiparada à oferta e passará a ser vinculante ao fornecedor, obrigando-o a cumprir os seus termos. Para que surja, porém, esse efeito vinculante é preciso que a oferta: (i) seja transmitida por qualquer meio de comunicação em relação aos bens e serviços oferecidos, i.e., pressupõe a sua exposição ao público consumidor e; (ii) seja suficientemente precisa. O termo “suficientemente precisa” não requer que a oferta seja total, isto é, que contenha todos os elementos do futuro contrato; basta que faça referência a apenas uma característica do produto para já vincular o fornecedor.

Assim, no sistema do CDC, feita a oferta publicitária suficientemente precisa – irrevogável e irretratável – e havendo a sua aceitação pelo consumidor durante o prazo fixado ou outro razoável, o contrato está concluído. Eventual recusa do anunciante em lhe dar cumprimento possibilita ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta (art. 35, I) ou, na sua impossibilidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (art. 35, II), em ambos os casos mediante o recurso da tutela específica (art. 84, *caput*, CDC). Se já celebrado o contrato, poderá o consumidor ainda optar por rescindi-lo, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, além de eventuais perdas e danos (art. 35, III).

Por fim, doutrina e jurisprudência aceitam a teoria do erro grosseiro do material publicitário, como situação especial que excepciona a incidência do princípio da vinculação da mensagem publicitária. Havendo flagrante erro na publicidade, perceptível de imediato pelo seu consumidor destinatário, não deve o Direito acobertar a celebração de negócios que o consumidor sabe, ou

razoavelmente deveria saber, tratar-se de um equívoco. Aplica-se a boa-fé objetiva na interpretação das relações de consumo.²

3. Publicidade Enganosa

A publicidade enganosa encontra-se definida no artigo 37, § 1.º do CDC, e pode ser resumida como a mensagem capaz de induzir o consumidor em erro quanto às características do produto ou serviço anunciado, quer pela sua falsidade, quer por omissão ou por qualquer outro meio (e.g., ambiguidade e/ou inexatidão).³ A mensagem enganosa apresenta aptidão para influenciar o comportamento econômico do consumidor, que seria potencialmente diverso caso estivesse melhor informado sobre as características do produto.⁴ Em qualquer situação, por ação ou omissão, haverá a turbação da declaração de vontade do consumidor para celebração do negócio de consumo em virtude do vício de informação.

O controle de enganiosidade recai não apenas sobre as chamadas publicidades tradicionais (televisão, mídia impressa ou digital), mas sobre toda e qualquer informação de “caráter publicitário” que inclui, por exemplo, as promoções de vendas, levadas ao conhecimento do consumidor diretamente nos pontos de venda (através de material publicitário, cupons, sorteios), as atividades de degustação e sampling no varejo, as embalagens e rotulagens que veiculem informações publicitárias⁵ e slogans; o próprio design do produto vis à vis o seu conteúdo; as mensagens “patrocinadas” constantes de blogs caso tal informação “publicitária” não reste identificada aos destinatários, o product placement, dentre outros. Todas essas práticas estão sujeitas ao chamado princípio da veracidade.

2. Neste sentido, e.g., Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0017678-86.2013.8.26.0482 e Apelação 1001335-74.2014.8.26.0510.

3. Art. 37. § 1.º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços”.

4. Exemplo clássico de enganiosidade comissiva se refere à publicidade do produto “*Cogumelo do Sol*”, um mero alimento sem qualquer benefício à saúde que, no entanto, prometia a cura do câncer (STJ, REsp n.1.329.556-SP).

5. Assim, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação 0337522-63.2012.8.19.0001, sobre a informação “integral” nas embalagens de pão de forma quando, em verdade, havia um percentual muito pequeno de farinha integral nos produtos.

No exame do potencial enganoso da mensagem, necessário analisar a (i) licitude da publicidade a partir da figura do consumidor como critério interpretativo central do art. 37 do CDC. O exame do potencial enganoso de determinada mensagem publicitária precisa ser calibrado com acurácia e tendo em vista a impressão que a publicidade realmente causa (ou pode causar) aos seus consumidores destinatários, sujeitos da futura relação de consumo.

Disso decorre que a capacidade crítica e perceptiva do consumidor não é estática. Ela pode variar conforme se trate de um ou outro público-alvo a ser investigado segundo critérios socioculturais, os veículos de comunicação utilizados e, especialmente, tendo em conta a natureza e as características dos produtos e serviços anunciados, além de outros elementos a serem ponderados no exame do caso concreto.

No exame da enganiosidade, convém notar, ainda, que o § 3 do art. 37 do CDC define ser a publicidade enganosa omissiva aquela que deixa de informar sobre “dado essencial” do produto ou serviço anunciado. Considerando o conceito aberto da norma, haverá informação essencial se ela for apta a modificar os termos da oferta ou se dela resultarem condições ou limites à própria fruição do bem ou serviço ou, ainda, onerar o consumidor, não tendo sido de qualquer modo ressalvada no material publicitário.⁶

4. Publicidade Abusiva

A proibição à publicidade abusiva está prevista no artigo 37, § 2.º do CDC que dispõe ser abusiva, dentre outras, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança”.

O dispositivo em questão não contempla um conceito preciso de abusividade. A partir das situações exemplificativas nele citadas, pode-se, porém, definir a abusividade como a mensagem que agride princípios e valores maiores do ordenamento jurídico pátrio e que informam e permeiam nossa sociedade. A tutela da publicidade abusiva não está relacionada a um efetivo prejuízo eco-

6. Exemplo clássico de publicidade enganosa omissiva encontramos na oferta de televisores de plasma, cuja imagem em alta definição somente poderia ser obtida se o aparelho estivesse ligado a um decodificador de sinal ou a aparelho de DVD, informação essencial que não era veiculada pelo fornecedor nem em suas publicidades, nem mesmo nas embalagens do produto. (Nota Técnica da Secretaria Nacional do Consumidor, n. 133/2012/CGCTPA/DPDC/2012).

nômico a partir da alteração da vontade do consumidor, mas à sua segurança contra mensagens que possam levá-lo a situações de perigo (ex: publicidade que estimule a automedicação) ou à tutela da própria sociedade como um todo contra a veiculação de mensagens contrárias aos valores sociais previstos, sobretudo, em nossa Constituição Federal.

Note-se que o § 2.º do artigo 37 do CDC, por oferecer um conteúdo vasto e flexível, a ser preenchido no caso concreto pelo julgador, introduz nas relações de consumo uma verdadeira cláusula geral de não abusividade. O rol do § 2.º é meramente exemplificativo.

Adverte-se, contudo, que, ao instituir uma cláusula geral de não abusividade, o dispositivo não adota um, por assim dizer, império da subjetividade. Ao contrário, exige-se do julgador uma análise cuidadosa da potencial transgressão existente. Nesta análise, o que está em foco é o valor calibrado à luz da coletividade e não os gostos ou olhar assaz subjetivo de um ou outro consumidor específico.

Uma breve digressão de aplicação deste dispositivo nos leva aos longínquos 25 anos do Código, quando então o exame da abusividade centrou-se nas discussões de discriminação envolvendo os anúncios da marca BENETTON. Fartamente promovidas na década de 90, as campanhas sociais da marca abordavam temas como a AIDS e a discriminação racial e acabaram sendo alvo de reprovação. Mais recentemente, o tema da discriminação deu lugar à discussão da igualdade de sexos, em especial quanto à alegada coisificação da figura feminina nas campanhas publicitárias de cervejas e lingerie.⁷ Ainda sobre o tema da discriminação, é sempre importante diferenciar a publicidade eventualmente discriminatória da publicidade jocosa, que se utiliza da sátira, do humor, como manifestação criativa da liberdade de criação e expressão da publicidade.⁸

7. Os Anexos “A”, “P” e “T” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (e que versam sobre bebidas alcoólicas, cervejas e vinhos), trouxeram orientações para os anunciantes dispondo que “eventuais apelos à sensualidade não constituirão o principal conteúdo das mensagens e que modelos publicitários [homens e mulheres] jamais serão tratados como objeto sexual”.

8. Reconhecendo conteúdo humorístico à publicidade, cf. TJ/MG, Apelação n. 1.0024.10.149915-0/001 (publicidade “*latinhas falantes*” da Skol, na qual se fazia referência jocosa aos argentinos); TJ/SP, Apelação n. 994.05081591-3 (que se utilizou de forma bem-humorada do estereótipo de “*loira burra*”).

4.1 *Publicidade Infantil*

Na atualidade, o tema da abusividade recebe atenção do meio jurídico e da sociedade como um todo, no âmbito da discussão da publicidade direcionada ao público infantil. Trata-se de discutir os limites estabelecidos pelo Código em relação a essa comunicação, segundo o qual é abusiva: “a publicidade que explora a deficiência de julgamento e experiência da criança”. Não há dúvidas de que as crianças, assim como os idosos, apresentam uma vulnerabilidade agravada e, portanto, estão mais suscetíveis aos efeitos da publicidade. Pela sua condição peculiar, de pessoa ainda em desenvolvimento, a criança merece uma tutela especial. Muitas vezes o que não resta claro é a medida desta intervenção: se haveria uma carência de legislação, se a publicidade infantil deveria ser proibida ou restringida por nova legislação ou, ainda, se seria o caso de adensamento jurisprudencial dos grupos de casos que merecem pronta reprovação.

A publicidade alcança proteção constitucional por força dos princípios informadores da ordem econômica, i.e. livre iniciativa e a livre-concorrência, dispondo ainda a Constituição Federal “ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art.170, p. único). Adicionalmente, e para além da finalidade comercial, a garantia constitucional da publicidade também é vista a partir da proteção à liberdade de expressão e informação (arts. 5.º, IX, 220, CF).

Essas garantias constitucionais devem, naturalmente, dialogar com os demais princípios e garantias igualmente previstos na Constituição Federal, de modo que a atividade poderá, a depender do caso, ser restringida. Tanto assim, que o art. 220, § 3.º da CF dispõe que compete à lei federal estabelecer novas restrições à atividade publicitária que se mostre nociva. O § 4.º, por seu turno, estabelece, a priori, os produtos que merecem pronta restrição constitucional, a saber: medicamentos, tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e defensivos agrícolas, todos eles com suas mensagens publicitárias restringidas e/ou proibidas por meio das Leis Federais 9.294/96 e 10.167/2000.

Especificamente em relação às crianças, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação ...”. Com efeito, as crianças ainda não alcançaram a sua maturidade física e psicológica o que as coloca em situação de vulnerabilidade agravada. Considerando, pois, essa condição peculiar das crianças o CDC previu, no já mencionado artigo 37, ser abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Adicionalmente, e de modo complementar, consoante o chamado controle misto da publicidade (autorregulamentar e estatal), o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”), por meio de seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (“CBARP”), orienta o mercado quanto ao adequado conteúdo das mensagens eventualmente direcionadas às crianças, em particular, contemplando uma série de diretrizes em sua Seção 11 e Anexo H, este último específico para publicidade de alimentos. Mais recentemente, o órgão impôs vedações ao merchandising infantil, determinando que a publicidade exclusivamente para crianças somente pode ser feita em intervalos comerciais.

Diante do arcabouço jurídico existente sobre a matéria, e das garantias fundamentais que informam tanto publicidade quanto os direitos das crianças, duas conclusões nos parecem lógica: (a) a liberdade publicitária pode ser restringida, mediante edição de lei federal (art. 220, § 3.º c/c art. 22, XXIX, CF), com amplo debate democrático e; (b) a publicidade infantil restou autorizada pela Constituição Federal, tendo sido disciplinada pelo artigo 37, § 2.º do CDC que – ao menos nesses últimos 25 anos de vigência – proibiu apenas o abuso da comunicação mercadológica que se aproveita da deficiência da criança e não a atividade em si mesma.⁹

5. Publicidade Comparativa

Por fim, embora o nosso CDC não tenha feito expressa menção à publicidade comparativa, cumpre notar que essa técnica publicitária não está proibida, sendo certo, ainda, que no âmbito da autorregulamentação, o CONAR optou por regular expressamente o exercício desta prática, reconhecendo-a como parte dos usos e costumes de mercado. Neste sentido, o art. 32 do CBARP traça os limites ao exercício da publicidade comparativa e pode ser considerado fonte interpretativa subsidiária em matéria publicitária.

A publicidade comparativa ainda não é largamente utilizada no Brasil, mas vem ganhando adeptos nos últimos anos. Neste particular, ressaltamos campanha comparativa entre as pilhas Rayovac x Duracell, sobre haver a mesma durabilidade e menor preço das pilhas Rayovac, julgada lícita e pró-consumidor pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.668.550). Trata-se

9. Confira-se os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação n. 0035929-18.2012.826.0053; Apelação n. 0008196-14.2011.8.260053; Ap. n. 566.275-4/7; Ap. n. 994.04.072694-0 (pela inexistência de abusividade no caso concreto). Pelo reconhecimento de abusividade: STJ REsp 1.558.08, STJ REsp 1.613.561 e TJSP Ap. n. 0044517-82.2010.8.26.0053.

de prática que interessa tanto à concorrência quanto aos consumidores, restando, contudo, vedada, comparações enganosas que possam induzir os consumidores em erro.

6. Responsabilidade Civil pela publicidade ilícita

Quem responde pela publicidade ilícita? Em primeiro lugar, cabe lembrar quem são os agentes da publicidade: i) anunciante: que é o fornecedor e principal responsável pela realização da publicidade; ii) agência de publicidade: que pode ser definida como a empresa responsável em planejar, criar e distribuir a publicidade daqueles que a contratam e, ainda, iii) veículos: que são os meios de divulgação da publicidade aos consumidores.

Em relação a esses possíveis sujeitos passivos, há diferentes posições, oriundas de diferentes interpretações do CDC. De um lado, a jurisprudência segue na linha de indicar apenas o anunciante como responsável direto pelas mensagens. Essa tese fundamenta-se na interpretação do artigo 38 c/c 36, p. único do CDC, e recebeu colhida pelo STJ no Resp 604.172. Há, de outro lado, quem defenda que todos devem responder objetiva e solidariamente, por força do artigo 7.º p. único c/c § 1.º do art. 25 CDC.

Em nosso entendimento, parece-nos haver uma solidariedade entre o anunciante e a agência de publicidade. Esse entendimento está em linha, inclusive, com as normas do CONAR, que embora sejam éticas, reapresentam a orientação do mercado publicitário (art. 45 “b”). Naturalmente, a agência terá direito de regresso contra o anunciante, caso demonstre que a criação da publicidade ilícita se deveu exclusivamente de sua conduta.

Os veículos de comunicação, por sua vez, não participam do processo de criação da publicidade. São responsáveis em apenas difundir a mensagem. Também é certo que não podem controlar o conteúdo de todas as mensagens ou fazer um exame acurado de dados técnicos e científicos. Parece-nos correto, todavia, que tenham alguma responsabilidade, quando ajam com dolo ou culpa grave.

E as celebridades que participam da publicidade? Com efeito, as celebridades emprestam a imagem, voz e prestígio ao anunciante para promover os seus produtos. Não participam do processo de criação da peça publicitária, pois, via de regra, recebem um texto pré-definido pelo anunciante. Não podem ser responsabilizadas objetivamente. Ademais, as celebridades se apresentam como profissionais liberais, que nos termos do artigo 14, § 4.º CDC apenas respondem subjetivamente, mediante a verificação de dolo ou culpa grave.

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR POR VÍCIO E FATO DE PRODUTOS OU SERVIÇOS

LAURA BEATRIZ DE SOUZA MORGANTI

Área do Direito: Direito das Relações de Consumo.

Palavras-chave: Relação de Consumo – Direito do Consumidor – Responsabilidade Civil – Vício e Fato do Produto ou Serviço.

1. Responsabilidade civil no Direito Brasileiro

No direito brasileiro, a responsabilidade civil é tida como a obrigação imposta a uma pessoa (agente) de ressarcir os danos materiais e/ou morais causados a terceiros (vítima). Visa reprimir qualquer conduta ilícita que cause dano para outrem, bem como garantir ao lesado a reparação do dano sofrido. Seu preceito fundamental é a ilicitude da conduta com o consequente dano à vítima, não importando a forma utilizada pelo agente para sua efetivação. A teoria da responsabilidade civil está expressa nos artigos 186¹ e 927², ambos do Código Civil (“CC”).

Para configurar a responsabilidade de indenizar, será necessária a coexistência de três pressupostos, a saber: (i) ação ou omissão culposa ou dolosa

1. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.
2. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

do agente; (ii) dano experimentado pela vítima; e (iii) relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano.

Todas as ações que versem sobre a responsabilidade civil, com a conseqüente obrigação de indenizar, envolvem, portanto, um exame detalhado acerca daqueles três requisitos básicos e fundamentais que, necessariamente, devem estar presentes para que a indenização possa ser reclamada por aquele que viu diminuído seu patrimônio em face de um ato ilícito de outrem.

2. Responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo

No âmbito de uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) reconhece como um dos direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais, individuais, coletivos e difusos” (artigo 6.º, VI, do CDC).

Assim, o legislador, intencionalmente reconhecendo-o como a parte mais vulnerável da relação, dispensou o consumidor de demonstrar que o dano fora causado por dolo ou culpa do fornecedor. Ou seja, em contraposição às relações regidas pelo CC, o CDC adotou a chamada “teoria da responsabilidade objetiva” na qual o fornecedor deve reparar o dano causado ao consumidor, independentemente de culpa. Salvo as excludentes de responsabilidade indicadas pelo CDC, para a responsabilização do fornecedor basta, portanto, a demonstração (i) do resultado negativo (dano) advindo do produto ou serviço colocado no mercado de consumo, bem como do (ii) nexo de causalidade.

Todavia, ainda que objetiva, há diferença no regime da responsabilidade civil do fornecedor pelo vício (artigos 18 a 20 do CDC) e pelo fato (artigos 12 a 14 do CDC) do produto ou serviço, em especial, no tocante à solidariedade entre os entes que participarem da cadeia de fornecimento do produto ou serviço considerado defeituoso.

3. Responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço

Os artigos 18 e 19 do CDC tratam da responsabilidade por vício do produto, ao passo que o artigo 20 cuida da responsabilidade pelo vício do serviço. Por vício, entende-se todas “*as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminua o valor. Da mesma forma são considerados*

*vícios os decorrentes da disparidade havia em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária*³.

Nas palavras de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “*trata-se do quilo que tem apenas 900 gramas; do limpador que não limpa; do rádio que não capta devidamente as estações na frequência anunciada*”⁴. Ou seja, toda aquela característica que comprometa a qualidade ou quantidade do produto ou serviço e que os torne impróprios ou inadequados para o consumo a que se destinam, ou lhes diminua o valor. Do vício do produto ou serviço, não advém risco à saúde ou segurança do consumidor. O dano, no caso, restringe-se tão somente à esfera patrimonial e, eventualmente, à esfera moral do consumidor lesado.

Caso o produto ou serviço apresentem vício, existe previsão legal expressa estabelecendo a solidariedade entre todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento, sem distinção. Vale lembrar que fornecedor é, nos termos do artigo 3.º do CDC, todo aquele que desenvolve “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

No sistema do CDC, pouco importa a maior ou menor participação de cada tipo de fornecedor que contribuiu para a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo. Todos os fornecedores respondem solidariamente, independentemente de culpa, sendo assegurado direito de regresso ao fornecedor que reparou o dano em relação àquele que efetivamente introduziu o produto ou serviço viciado na cadeia de fornecimento.

Ou seja, o CDC coloca todos os participantes da cadeia de produção e introdução do produto ou serviço no mercado de consumo como responsáveis diretos pelo vício. Assim, o consumidor poderá, a seu arbítrio, acionar todos os fornecedores ou apenas alguns, se não quiser escolher apenas um. A esse respeito, CLAUDIA LIMA MARQUES ensina que “*no sistema do CDC respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto*”⁵.

3. NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 180.
4. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Nova Edição. Volume 4. Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas. 2009. p. 248.
5. MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 485.

O CDC determina que o fornecedor deve reparar o vício no produto no prazo máximo de 30 dias. Ultrapassado esse prazo, pode o consumidor exigir, à sua escolha, (i) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (ii) a restituição da quantia paga, atualizada monetariamente; ou (iii) o abatimento proporcional do preço.⁶ No tocante ao vício do serviço, o consumidor também está autorizado a exigir a reexecução deste, sem qualquer custo adicional, se assim for de sua conveniência.⁷

4. Responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço (defeito)

Entende-se por fato todo aquele vício que extrapola o produto ou o serviço em si, chegando a colocar em risco a saúde ou a segurança de consumidores ou mesmo de terceiros, o chamado acidente de consumo.

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO define o “fato” como sendo “*anomalias constatadas em produtos e serviços, que não apenas os tornem inadequados aos fins a que se destina, como também causados danos aos seus consumidores, ou então representam risco à vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores. Exemplos: um medicamento que não apresente informações adequadas, confundindo os consumidores, e agravando seu estado de saúde; a colocação no mercado de uma série de veículos com defeito no sistema de freios*”⁸

A responsabilidade civil é uma consequência lógica do acidente de consumo, que ocorre quando o produto ou serviço não apresenta a segurança que legitimamente dele se espera e acaba por causar dano ao consumidor ou mesmo a terceiros⁹.

Ao contrário da solidariedade que une todos fornecedores que compõem a cadeia de fornecimento no caso de vício do produto, o artigo 12 do CDC estabelece que a responsabilidade pelo acidente de consumo recai apenas sobre fornecedores expressamente determinados, a saber, o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador. O comerciante, por sua vez, só será responsabilizado (i) se o fabricante, o produtor, o construtor nacio-

6. Art. 18, § 1.º, do CDC.

7. Art. 20, I, do CDC.

8. FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor. 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010. P. 197.

9. O terceiro que for vítima de um acidente de consumo é equiparado a consumidor, para fins de responsabilização objetiva dos agentes responsáveis, nos termos do art. 17 do CDC.

nal ou estrangeiro e o importador não puderem ser identificados; ou (ii) pela má conservação de produto perecível.

SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL ensina que a decisão legislativa pela imputação nominal dos responsáveis pelo acidente de consumo decorrente de produtos foi consciente. Segundo ele *“isso não é sem motivo. Na verdade, para a hipótese do fato do produto foi estabelecido um sistema próprio de responsabilidade, em que somente os entes expressamente elencados no dispositivo legal podem ser chamados a responder pelos danos causados”*. E conclui dizendo que *“a questão da responsabilidade solidária pelo fato do produto tem limites rígidos estabelecidos na lei e é tratada de forma apartada dos outros casos de responsabilidade previstos no CDC”*¹⁰.

Já no caso de “fato do serviço” (ou seja, o acidente de consumo decorrente do fornecimento de serviço), o artigo 14 do CDC expressamente prevê que se aplica a regra geral de responsabilização de todos os fornecedores que compõem a cadeia de fornecimento, *“impondo a solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive aqueles que a organizam, os servidores direto e indiretos”*¹¹. Excetua-se da responsabilidade objetiva solidária apenas o profissional liberal. Nessa hipótese, o artigo 14, § 4.º, do CDC, prevê que a responsabilidade do profissional liberal deve ser apurada de forma subjetiva, ou seja, com a comprovação da sua culpa para a ocorrência do dano.

Por fim, vale mencionar que o CDC expressamente admite hipóteses em que estarão isentos de responsabilidade o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador (para o caso de “fato do produto”) ou todos os fornecedores (na hipótese de “fato do serviço”). São as chamadas excludentes de responsabilidade, que impõem o rompimento da relação de causalidade entre o evento e o dano e acabam afastando a responsabilidade civil.

Assim, na hipótese de acidente decorrente do consumo de um produto, o artigo 12, § 3.º, do CDC, expressamente prevê que o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador não serão responsabilizados quando provarem (i) que não colocaram o produto no mercado (ou seja, que o sujeito acionado não é o real fabricante do produto ou, ainda, na hipótese de furto ou roubo do produto defeituoso); (ii) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; ou (iii) a culpa exclusiva do consumi-

10. MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Extensão da Cadeia de Responsabilidade Solidária – Fato e Vício do Produto. Revista do Advogado, São Paulo, n. 130, p. 147-152, Agosto de 2016.

11. MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 421.

dor ou de terceiros (a doutrina define terceiro como “*qualquer pessoa que não se identifique com os partícipes da relação de consumo descrita no art. 12*”)¹².

No tocante aos serviços, nos termos do artigo 14, § 3.º, do CDC, os fornecedores não serão responsabilizados quando provarem (i) a inexistência de defeito no serviço prestado ou (ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Cumpra pontuar que a doutrina brasileira apresenta entendimento divergente acerca do enquadramento do caso fortuito e da força maior como hipóteses que podem elidir a responsabilidade do fornecedor. Isso porque o CDC não incluiu, no seu rol de excludentes do artigo 12, § 3.º e do artigo 14, § 3.º, tais hipóteses. A doutrina mais atualizada – e majoritária – aceita que esses eventos imprevisíveis excluem a responsabilidade civil e o dever de indenizar. No mesmo sentido, a jurisprudência firmada pelo STJ admite o caso fortuito e a força maior como excludente da responsabilidade civil do fornecedor¹³.

Ainda, o CDC prevê que o fato de um produto de melhor qualidade ter sido colocado no mercado de consumo não significa que aquele imediatamente inferior seja considerado defeituoso¹⁴. O mesmo se aplica em relação aos serviços, o qual deve ser considerado no momento em que executado. A adoção de novas técnicas não torna determinado serviço defeituoso, para fins de responsabilização do fornecedor¹⁵.

12. DENARI, Zelmo. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Volume I. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 205.

13. Nesse sentido, vide Recurso Especial n. 974.138/SP, julgado pela Quarta Turma do STJ em 22/11/2016, Relator Ministro Raul Araújo; Recurso Especial n. 1.327.778/SP, julgado pela Quarta Turma do STJ em 02/08/2016, Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

14. Art. 12, § 2.º, do CDC.

15. Art. 14, § 2.º, do CDC.

PROCEDIMENTO DE *RECALL* NO BRASIL

MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA

Área do Direito: Direito das Relações de Consumo.

Resumo: O presente artigo busca, de forma não exaustiva, apresentar os conceitos e um *guideline* a respeito do tema *recall*, com um enfoque de natureza prática.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – *Recall* – Procedimento.

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais; 2. Do *recall*; 2.1. Da legislação; 2.2. Quem tem a obrigação de adotar as medidas concernentes à implementação do *recall*; 2.3. Do *pari e passu* para o lançamento da campanha de *recall*; 2.3.1. Do comunicado às autoridades; 2.3.2. Do lapso temporal para o lançamento da campanha de *recall* e alerta de segurança; 2.3.3. Da campanha publicitária/plano de mídia; 2.3.4. Do plano de atendimento ao consumidor; 2.3.5. Das formas de correção do defeito; 2.3.6. Dos relatórios e pedido de encerramento; 2.4. Consequências da não convocação do *recall*; 3. Conclusões.

1. Considerações gerais.

A proteção ao consumidor, como direito fundamental, está assegurada no artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal¹.

1. “Art. 5.º, inc. XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

No tocante à proteção à saúde, o artigo 196 da Carta Magna estatui que é dever do Estado promover políticas públicas que objetivem a redução de riscos ao cidadão e o acesso igualitário a ações que visem sua proteção.

Nessa toada, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 e doravante referida como “CDC”) estabelece no seu artigo 6.º, inciso I², que são direitos básicos do consumidor a proteção à vida, saúde e segurança.

Como corolário lógico de tais premissas legais, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis, em decorrência das características inerentes ao próprio produto ou serviço e com relação aos quais os fornecedores obrigam-se a prestar todas as informações quanto aos correspondentes riscos³.

Por essa razão, se o fornecedor, após colocar um determinado produto ou serviço no mercado, verificar que o referido produto ou serviço apresenta potencial risco de causar um dano à saúde ou à segurança – risco esse, frise-se, que foge à sua essência –, deve imediatamente adotar todas as medidas para informar o consumidor e sanar a não conformidade. É o que preceitua o parágrafo 1.º do artigo 10 do CDC⁴.

Com efeito, o *recall* é o instrumento por meio do qual o fornecedor informa o consumidor a respeito da existência de um defeito no produto ou serviço que tem a potencialidade de causar um dano ou prejuízo à sua segurança ou saúde e o convoca para sanar a referida não conformidade.

2. “Art. 6.º. São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (...)”
3. “Art. 8.º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.
4. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (...)”

2. Do *recall*.

2.1. Da legislação.

No Brasil, o procedimento de *recall* está previsto no CDC e na Portaria 487, de 15 de março de 2012 do Ministério da Justiça (doravante denominada Portaria MJ). Tratam-se, por assim dizer, das principais referências normativas acerca do assunto.

Dizemos principais porquanto existem normas e algumas regras específicas para o *recall* de determinados produtos, a saber: alimentos, medicamentos e automóveis⁵.

Considerando, no entanto, que o objetivo do presente trabalho é o de fornecer os conceitos e um *guideline* a respeito da matéria, focaremos a análise das principais regras a respeito do assunto contidas no CDC e na Portaria MJ e, na medida do possível, incluiremos informações pontuais acerca das demais normas.

2.2. Quem tem a obrigação de adotar as medidas concernentes à implementação do *recall*.

De acordo com a legislação brasileira, todos os participantes da cadeia de consumo que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços são considerados fornecedores. É, aliás, o que disciplina o *caput* do artigo 3.º do CDC.⁶ Especificamente em relação ao *recall*, tanto o artigo 10 do CDC⁷, como a Portaria MJ, no seu

5. Resolução RDC 24/2015 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), Resolução RDC 55/2015 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), e Portaria Conjunta 69, de 15.12.2010 (Ministério da Justiça e Denatran).

6. “Art. 3.º. Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e serviços. (...)”

7. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1.º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem,

artigo 2.º⁸, estabelecem, de forma expressa, que é obrigação do fornecedor – *lato sensu* – providenciar o chamamento, de maneira que não há dúvidas de que todos os participantes da cadeia de fornecimento possuem responsabilidade perante os consumidores e órgãos de defesa do consumidor por adotar as medidas concernentes ao *recall* e, bem assim, ficarão sujeitos às sanções cíveis, administrativas e criminais acaso não atuem de acordo com a lei.

Obviamente, basta um participante da cadeia de fornecimento adotar as medidas para a implementação do *recall* para que se considere cumprida a obrigação. Em outras palavras, não há a necessidade de multiplicidade de pedidos de abertura de *recall* por um mesmo defeito, só porque existem diversos participantes na cadeia.

Sob o ponto de vista prático, é de suma importância que os participantes de uma determinada cadeia de fornecimento estabeleçam entre si, de forma prévia, clara e preferencialmente por meio de um acordo por escrito, quem assumirá a obrigação quanto à implementação de realização de *recalls* acaso necessários e, ainda, discutam as regras em relação ao prazo e desembolsos financeiros, sepultando assim eventuais impasses que possam surgir em relação ao tema.

Obviamente, esse “acordo” – justamente em razão da solidariedade –, não será oponível aos consumidores ou aos órgãos de defesa do consumidor, mas garantirá eventual direito de regresso de uma empresa contra a outra.

2.3. *Do pari e passu para o lançamento da campanha de recall.*

2.3.1. *Do comunicado às autoridades.*

Uma vez conhecida a periculosidade ou a nocividade de um determinado produto, o fornecedor deverá, imediatamente, comunicar o fato por escrito ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, da

deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

- § 2.º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.
- § 3.º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.”
8. “Art. 2.º. O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da nocividade ou periculosidade de que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente (...)”

Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça (“DPDC”), aos PROCONs Municipais, Estaduais e do Distrito Federal, e às demais autoridades competentes (isto no caso, por exemplo, de produtos sujeitos à vigilância sanitária ou qualquer forma de controle e fiscalização governamental, como os produtos farmacêuticos e alimentícios).

A comunicação conterá, obrigatoriamente:

- (i) a identificação completa do fornecedor do produto ou serviço objeto do chamamento a saber: razão social, nome fantasia, ramo de atividade – principal e secundária –, CNPJ/CPF, inscrição estadual, endereço, telefone, endereço eletrônico e nome dos administradores responsáveis, com a respectiva qualificação;
- (ii) a descrição pormenorizada do produto ou serviço, acompanhada das informações relativas à marca, modelo, lote, série, chassi, data inicial e final de fabricação e foto;
- (iii) a descrição pormenorizada do defeito, acompanhada de informações técnicas necessárias ao esclarecimento dos fatos, bem como data, com especificação do dia, mês, ano, e modo pelo qual a nocividade ou periculosidade foi detectada;
- (iv) a descrição pormenorizada dos riscos e as suas implicações;
- (v) a quantidade de produtos ou serviços sujeitos ao defeito e número de consumidores atingidos;
- (vi) o detalhamento sobre a distribuição geográfica dos produtos e serviços sujeitos ao defeito, colocados no mercado, por Estados da Federação, e os países para os quais os produtos forem exportados ou os serviços prestados;
- (vii) a indicação das providências já adotadas e medidas propostas para resolver o defeito e sanar o risco;
- (viii) a descrição dos acidentes relacionados ao defeito do produto ou serviço, quando cabível, com as seguintes informações: local e data do acidente, identificação das vítimas, danos materiais e físicos causados, dados dos processos judiciais relacionados ao acidente, especificando as ações interpostas, o nome dos autores e dos réus, as Comarcas e Varas em que tramitam com os números de cada um dos processos, e as providências adotadas em relação às vítimas;
- (ix) o plano de mídia;
- (x) o plano de atendimento ao consumidor; e
- (xi) o modelo do aviso de risco ao consumidor.

Especificamente em relação ao *recall* de veículos, e adicionalmente às providências acima, a empresa tem a obrigação legal de encaminhar ao DENATRAN (Departamento Nacional de Trânsito) a lista dos chassis de todos os modelos envolvidos. Trata-se de medida que permitirá que a informação acerca do *recall* fique vinculada ao documento do carro, de modo a permitir, na hipótese de venda, que o novo comprador tenha ciência acerca do *recall* e atenda ao chamamento, acaso o proprietário anterior não o tenha feito.

Para o *recall* de alimentos, há a previsão quanto à necessidade de um plano de recolhimento de produtos disponível aos funcionários e à autoridade sanitária, além de um mecanismo eficaz de rastreabilidade.

2.3.2. *Do lapso temporal para o lançamento da campanha de recall e alerta de segurança.*

Como os principais objetivos do *recall* são preservar a vida, a saúde, a segurança e a integridade física dos consumidores, bem como evitar/minimizar qualquer espécie de prejuízo, seja de ordem material, seja moral, a atuação do fornecedor deve ser rápida de forma a mitigar, o quanto antes, a exposição do consumidor àquela situação de potencial risco.

Nesse contexto, o § 1.º do artigo 10 do CDC estabelece que o fornecedor, assim que tiver conhecimento da periculosidade de determinado produto ou serviço, deve imediatamente comunicar às autoridades e fazer publicar os anúncios publicitários.

Como a lei não especifica prazo e usa a expressão temporal “imediata”, a questão do timing para o início do *recall* é e já foi alvo de inúmeras discussões. E tudo porquanto, na prática, o fornecedor pode enfrentar algumas questões logísticas que por vezes impossibilitam o lançamento imediato do *recall* como, por exemplo, a importação de peças de reposição e treinamento de pessoal para realizar os reparos.

Embora não exista nenhuma normativa a esse respeito, decisões administrativas, já proferidas, mostram que essas dificuldades burocráticas para o lançamento do *recall* não excluem o dever legal do fornecedor de comunicar de imediato o fato às autoridades competentes e, ainda, realizar um comunicado prévio (alerta de segurança), de forma a informar desde logo os consumidores acerca do defeito no produto/serviço, inclusive recomendando a interrupção do seu uso.

2.3.3. *Da campanha publicitária/plano de mídia.*

Sobre o tema campanha publicitária (ou plano de mídia), esclarecemos que o anúncio acerca do *recall* deve ser veiculado na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

Outrossim, a campanha deve ser dimensionada de forma suficiente a atingir o universo de consumidores adquirentes dos produtos ou serviços, objeto do *recall*, o que vale dizer que a agência a ser contratada para essa finalidade deverá fazer um estudo a respeito dos melhores meios e o tempo adequado de veiculação, de modo a garantir que a população destinatária do *recall* seja efetivamente alcançada pelos anúncios, possibilitando assim uma adequada adesão.

Os anúncios publicitários devem informar sobre o defeito que o produto ou serviço apresenta, bem como sobre os riscos decorrentes e suas implicações, as medidas preventivas e corretivas que o consumidor deve tomar, e todas as demais informações que visem a resguardar a segurança dos consumidores.

O fornecedor pode e deve fazer uso de outros meios para a informação aos consumidores sobre o *recall*, tais quais correspondências, anúncios via internet, contatos por telefone, dentre outros.

Vale esclarecer, contudo, que o uso de outros meios para informar o *recall* ao consumidor é forma adicional de comunicação e não dispensa veiculação dos anúncios nas três mídias. Aliás, a utilização dos três meios de comunicação – frise-se, obrigatória – não guarda qualquer relação com o número de consumidores afetados, tampouco com o valor agregado do produto ou serviço.

2.3.4. *Do plano de atendimento ao consumidor.*

Quanto ao plano de atendimento, a empresa deverá informar, de forma pormenorizada, como atenderá o consumidor, como a não conformidade será sanada, os locais e horários, e a duração média do atendimento (notadamente para as hipóteses de reparo ou troca de peças).

O ideal é que, além de uma linha direta (0800), o fornecedor disponibilize as informações do *recall* por meio da sua página na internet.

Todas as informações devem ser, necessariamente, disponibilizadas em português e o *recall* deve ser gratuito, ou seja, não pode impor ao consumidor qualquer espécie de ônus, além, obviamente, das medidas que ele deve adotar para garantir a sua adesão.

2.3.5. *Das formas de correção do defeito.*

Em relação à forma de correção do defeito, a lei não pré-estabeleceu qualquer formato – e nem poderia – deixando a cargo do fornecedor a decisão quanto a melhor forma de fazê-lo. Nesse sentido, o *recall* pode ser implementado mediante (i) a troca do produto; (ii) o reparo do defeito ou, ainda, (iii) a recompra dos produtos defeituosos (*buyback*).

Abrimos aqui um parêntese para consignar que as autoridades brasileiras vedam e punem o *double standart*. Explica-se. Para as situações em que um determinado *recall* afete mais de um país, o fornecedor deve garantir o tratamento igualitário aos consumidores, ou seja, definir e implementar, de forma homogênea, a forma de correção do defeito.

2.3.6. *Dos relatórios e pedido de encerramento.*

O fornecedor deverá apresentar ao DPDC, aos PROCONs e às demais autoridades competentes envolvidas, relatórios de acompanhamento da campanha com periodicidade mínima de 60 (sessenta) dias, informando, pelo menos, o universo de consumidores atendidos até aquele momento e a distribuição deste pelos Estados da Federação.

Os órgãos referidos no parágrafo anterior poderão solicitar a apresentação dos relatórios de acompanhamento em periodicidade inferior ao prazo de 60 (sessenta) dias, bem como, a qualquer tempo, expedir notificação solicitando informações adicionais referentes à campanha de chamamento. Da mesma forma, poderão determinar a adoção de medidas complementares para melhorar os índices de efetividade.

Ao término da campanha de *recall*, o fornecedor deverá apresentar um relatório final, no qual deverá conter a quantidade de consumidores, tanto em valores numéricos quanto em percentual relativamente ao total, que foram efetivamente atendidos, a justificativa para o percentual de consumidores eventualmente não atendidos, medidas que serão adotadas em relação ao percentual de produtos não recolhidos ou reparados, e a identificação da forma pela qual os consumidores tomaram conhecimento do *recall*.

O DPDC, caso entenda que os resultados informados pelo fornecedor não foram satisfatórios, poderá determinar, exclusiva ou cumulativamente, a prorrogação ou ampliação da campanha de chamamento.

2.4. *Consequências da não convocação do recall.*

A não convocação do *recall* ou a sua não convocação no prazo e forma poderão sujeitar o fornecedor às sanções administrativas e infrações criminais.

As sanções administrativas estão previstas nos artigos 57⁹ e seguintes do CDC e no Decreto n. 2.181/97 (doravante denominado Decreto).

São consideradas práticas infrativas aos direitos do consumidor, entre outras condutas, nos termos do inciso IX, “b”, do artigo 12 do Decreto¹⁰, colocar no mercado de consumo qualquer produto ou serviço que acarrete riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, sem informações ostensivas e adequadas. Ademais, nos termos dos incisos II e III do artigo 13 do Decreto¹¹, também são consideradas práticas infrativas: (i) deixar de comunicar à autoridade competente a periculosidade do produto ou serviço, quando do lançamento destes no mercado de consumo ou quando da verificação posterior da existência do risco; e (ii) deixar de comunicar aos consumidores, por meio de anúncios publicitários, a periculosidade do produto ou serviço, quando do

9. “Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos”.

10. “Art. 12. São consideradas práticas infrativas:

(...)

IX – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço:

(...)

b) que acarrete riscos à saúde ou à segurança dos consumidores e sem informações ostensivas e adequadas;

(...)”.

11. “Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei n. 8.078, de 1990:

(...)

II – deixar de comunicar à autoridade competente a periculosidade do produto ou serviço, quando do lançamento dos mesmos no mercado de consumo, ou quando da verificação posterior da existência do risco;

III – deixar de comunicar aos consumidores, por meio de anúncios publicitários, a periculosidade do produto ou serviço, quando do lançamento dos mesmos no mercado de consumo, ou quando da verificação posterior da existência do risco;

(...)”.

lançamento destes no mercado de consumo ou quando da verificação posterior da existência do risco.

As mencionadas práticas infrativas sujeitarão os fornecedores, nos termos do artigo 18 do Decreto, às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente: (i) multa; (ii) apreensão do produto; (iii) inutilização do produto; (iv) cassação do registro do produto junto ao órgão competente; (v) proibição de fabricação do produto; (vi) suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; (vii) suspensão temporária de atividade; (viii) revogação de concessão ou permissão de uso; (ix) cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; (x) interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; (xi) intervenção administrativa; e (xii) imposição de contrapropaganda.

Sem prejuízo dos aspectos de natureza civil e administrativos, a não realização do *recall* também sujeita o fornecedor às sanções de natureza criminal, incluindo, mas não se limitando, àquelas previstas no artigo 64 do CDC¹².

Especificamente em relação ao referido dispositivo legal, para que a conduta do fornecedor seja considerada crime é preciso o preenchimento de alguns requisitos.

O primeiro deles diz respeito ao dolo, ou seja, a vontade livre e consciente do agente de deixar de comunicar o fato às autoridades e aos consumidores ou de retirar do mercado os produtos nocivos ou danosos. A modalidade culposa do crime, tipificado no artigo 64 do CDC, não foi prevista.

Outro requisito necessário para a configuração do crime, previsto no artigo 64 do CDC, diz respeito ao conhecimento pelo fornecedor de que tais produtos, depois de colocados no mercado, apresentem defeitos que os tornam potencialmente nocivos ou perigosos ao consumidor. Se o fornecedor jamais teve esse conhecimento, inexistirá o crime.

As penas cominadas para quem cometer o referido delito são as de detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e de multa (penas cumulativas).

12. “Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”.

3. Conclusões

Mais do que um dever legal, a realização de forma adequada, de um *recall*, atesta o comprometimento do fornecedor com a proteção à vida, à saúde e à segurança dos seus consumidores, valores que, à toda evidência, devem ser priorizados.

Outrossim, e para garantir um resultado exitoso na campanha, recomenda-se que além de seguir rigorosamente o procedimento estabelecido pelo legislador, o fornecedor, e na medida dos limites legais, mantenha uma boa integração com os órgãos de defesa do consumidor, inclusive absorvendo e implementando eventuais sugestões por eles apresentadas.

E claro, para a hipótese de *recalls* mundiais, sempre contatar advogados locais, de modo a garantir que a legislação de um determinado país seja fielmente observada, evitando-se penalidades.

BANCO DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMO

JOSÉ INÁCIO F. DE ALMEIDA PRADO FILHO,

REBECA GARCIA E

DANIELA COELHO A. FERNANDES DE VASCONCELLOS

ÁREA DO DIREITO: Difusos e Coletivos

RESUMO: O presente artigo busca, de forma resumida e não exaustiva, analisar bancos de dados e cadastros de consumo à luz do Código de Defesa do Consumidor, assim como um de seus principais desdobramentos: a Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011, regulamentada pelo Decreto n. 7.829/2012).

PALAVRAS-CHAVE: Arquivos de consumo – Cadastro – Base de dados – *Credit Scoring* – Direito do Consumidor.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Bancos de dados vs. cadastro de consumo; 2.1 Qualificações e distinções; 2.2 Pressupostos de legalidade e de legitimidade; 2.3 Repasse de cadastros de consumo; 2.4 Falha na operação dos arquivos de consumo; 3. Crédito e arquivos de consumo: do cadastro de inadimplentes ao credit scoring; 4. Controle externo e instrumentos jurídicos; 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente artigo busca analisar os aspectos legais básicos dos bancos de dados e cadastros de consumo, à luz do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”); diante da inegável importância da proteção ao crédito para a manutenção de uma sociedade de consumo, trataremos também de um dos mais relevantes desdobramentos dos bancos de dados de consumo: a Lei do Cadastro

Positivo (Lei n. 12.414/2011), regulamentada pelo Decreto n. 7.829/2012. Questões mais específicas quanto a privacidade e proteção de dados – de fundamental relevância – serão aprofundadas no capítulo 12 desta obra.

2. Bancos de dados vs. cadastro de consumo

2.1 Qualificações e distinções

O CDC trouxe a previsão de *arquivos de consumo* sob a ótica da proteção dos direitos do consumidor em seu artigo 43; tal expressão consiste do gênero do qual fazem parte as espécies *bancos de dados* e *cadastros de consumidores*¹, sendo que essas ainda se subdividem em outras espécies variadas, como, por exemplo, *positivos* e *negativos*.

Apesar de o CDC normatizar não apenas os cadastros ou os bancos de dados negativos, estes se tornaram os mais comuns pelas próprias necessidades do mercado de consumo, tendo sido os registros positivos expressamente regulamentados pela Lei n. 12.414/2011, conhecida como Lei do Cadastro Positivo, não obstante disciplinar a “formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito” (cf. art. 1.º Lei n. 12.414/2011). Segundo a exposição de motivos da Medida Provisória n. 518, de 30/12/2010, que antecedeu a referida lei, uma das razões para sua edição decorreu justamente da histórica utilização de registros (negativos) de inadimplementos, e da necessidade de aprimoramento do marco legal para fins da utilização mais segura de registros (positivos) de adimplemento.

Ainda que haja recorrentes confusões entre os conceitos de *bancos de dados* e *cadastros de consumo*, ambos não se confundem. Ainda que partilhem afinidades, há diferença em pelo menos três pontos, dado que, no caso do cadastro: (i) a permanência das informações não é um fim em si mesmo, havendo manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial direto e particularizado do arquivista em relação ao cliente; (ii) a aleatoriedade não é pressuposto de funcionamento, ao contrário, arquivista e fornecedor são o mesmo agente econômico e o universo de cadastráveis tende a ser delimitado a poucos consumidores efetivos ou potenciais; e (iii) costuma haver circulação e benefi-

1. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 420.

ciamento apenas do arquivista, ou preponderantemente dele.² Ademais, via de regra, o próprio consumidor voluntariamente cadastra-se junto ao fornecedor no momento da aquisição de um produto ou serviço.

Nesse sentido, enquanto os bancos de dados funcionam como sistemas de coleta aleatória de informações objetivas e não valorativas, arquivadas normalmente sem o requerimento do consumidor, os cadastros de consumo operam como sistemas de coleta individualizada de informações (inclusive juízos de valor), relativo às operações de consumo presentes ou potenciais obtidos normalmente por informação do próprio consumidor.³

Apesar das diferenças conceituais, ambos têm o potencial de beneficiar ou lesar os consumidores em razão de reterem informações sobre eles que podem influenciar diretamente na concessão ou não de crédito, dentre outros. Dessa forma, os arquivos de consumo como um todo (incluídos tanto os cadastros quanto os bancos de dados) devem obedecer pressupostos e demais disposições normativas do CDC, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

2.2 *Pressupostos de legalidade e de legitimidade*

Somente quando preenchidos determinados pressupostos de legitimidade é que os arquivos de consumo são legais; tais arquivos devem atender, cumulativamente, pressupostos teleológicos (finalidade), substantivos (conteúdo), procedimentais (forma) e temporais (prazo).⁴

Inicialmente os arquivos de consumo devem sempre atender a finalidade única de alertar credores sobre os riscos envolvidos na concessão do crédito, para garantir “a proteção coletiva do crédito e não a adimplência específica da

2. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 421 e 422
3. JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira e BORBA, Mauro. “Crediscore, cadastros preditivos e assemelhados – violações a direitos ou simples ferramentas de análise de risco para concessão de crédito?” *Revista de Direito do Consumidor*, v. 102/2015, p. 45-66, Nov – Dez / 2015.
4. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 425 e ss.

obrigação que originou o registro”.⁵ Em segundo lugar, quanto ao conteúdo, a dívida a ser inscrita deve ser incontestada e a informação inscrita deve estar relacionada ao mercado de consumo, sendo excluídas aquelas de caráter personalíssimo.⁶ Quanto à certeza da dívida para fins de inscrição em bancos de dados negativos, a posição do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) tem sido pacífica no sentido de possibilidade de inscrição ainda que haja ação judicial, salvo se para questionamento do débito, quando demonstrada a aparência do bom direito e houver depósito da parcela incontroversa ou caução fixada, conforme recurso especial julgado segundo o procedimento de recurso repetitivo:

ORIENTAÇÃO 4 – INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;⁷

Quanto ao conteúdo e à forma, o consumidor tem o direito constitucional de acesso a suas informações, conforme disposto no artigo 5.º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal (“CF”). O art. 43, *caput*, do CDC reitera tal direito, franqueando ao consumidor o acesso pleno às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, assim como sobre suas respectivas fontes; o §1.º do referido artigo esclarece que os cadastros e dados dos consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, ao mesmo tempo em que o §6.º salvaguarda que as informações devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, mediante solicitação do consumidor, inclusive para pessoa com deficiência.

Há prazo limite de cinco anos para a permanência de informações negativas relacionadas ao consumidor (*cf.* art. 43, § 1.º, do CDC), ao passo que não podem ser fornecidas informações sobre débitos de consumidores cuja cobrança já esteja prescrita (*cf.* art. 43, § 5.º, do CDC). Diante desses dois dispositivos surgiu a controvérsia quanto ao prazo de permanência da inscrição

5. *Ib idem*

6. *Ib idem*

7. Recurso Especial n. 1061530/RS, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/10/2008, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI.

estar relacionado à prescrição da ação de execução, tendo o STJ sumulado a questão no enunciado de n. 323, *in verbis* “a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”. Segundo um dos precedentes originários da referida súmula⁸:

De outro lado, o teor do parágrafo 5.º, do mesmo dispositivo legal, refere-se à prescrição relativa à ação de cobrança de débitos do consumidor, não se confundindo, portanto, a prescrição da ação de execução com a prescrição do registro nos órgãos de controle cadastral. Destarte, mesmo se a via executiva não puder mais ser exercida, os débitos podem ainda ser cobrados por outro meio processual. [...] Logo, na esteira de precedentes desta Corte, é de concluir-se que a exclusão do nome do devedor dos órgãos de proteção ao crédito deve ser efetivada quando realizada uma das seguintes condições fácticas: decorrer o prazo quinquenal, a contar da inscrição; ou, ocorrer a prescrição do direito de cobrança em momento anterior ao decurso desse prazo.

Assim, além dos pressupostos de finalidade, conteúdo e forma, o registro do consumidor em bancos de dados negativos deve também observar o prazo máximo de cinco anos, ou, se anterior, a prescrição do direito de cobrança daquela dívida, sem qualquer outra vinculação temporal objetiva relacionada à ação de execução.

Vale ainda destacar que a abertura de registros (cadastros, fichas, entradas em banco de dados, etc.) contendo dados pessoais e de consumo deve ser comunicada por escrito ao consumidor quando não fora solicitada por ele (*cf.* art. 43, § 2.º, CDC).

2.3 *Repasso de cadastros de consumo*

Ainda que um arquivo de consumo seja legal e legítimo, há discussões sobre a possibilidade de seu repasse a terceiros, oneroso ou não. Não é incomum encontrar defensores da posição de que essa prática, se não previamente autorizada e notificada ao consumidor, seria considerada abusiva nos termos do artigo 39 do CDC, bem como uma violação à garantia constitucional do direito à privacidade.⁹ Há, contudo, tribunais estaduais, como o Tribunal de

8. Recurso Especial n. 676678/RS, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 18/11/2004, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI.

9. Nesse sentido, *cf.* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 367 e 368.

Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que tem entendido pela possibilidade de comercialização de dados de consumidores quando se tratando de dados que interessem à proteção do crédito e às relações comerciais, e não à privacidade do consumidor.¹⁰ A questão ainda não foi amplamente discutida nos tribunais superiores e pende de uniformização, especialmente por envolver dados pessoais, mesmo que corriqueiros em negociações, e uma tendência mundial a agregações cada vez maiores de dados.

Dado ainda não haver solução definitiva sobre repasse de arquivos de consumo, e diante dos direitos de informação adequada e de controle pelo consumidor de seus dados, a postura mais conservadora é sempre informar aos consumidores e obter suas autorizações previamente. Mas ainda nesse contexto conservador, podem surgir controvérsias, na medida em que o CDC também descreve como abusiva a prática de repassar informações depreciativas do consumidor no exercício de seus direitos (não sendo isento de debate que informações se enquadram nesse critério), e diante da crescente preocupação com privacidade de dados pessoais (e das dificuldades em separar informações de consumo dos dados pessoais); essas circunstância podem causar insegurança jurídica quanto à operação com cessão desses registros de consumo, seja em relação aos limites dos direitos do próprio consumidor, seja em termos de responsabilização dos que as manipulam, a despeito de todas as cautelas dos envolvidos (fornecedores e consumidores).

2.4 Falha na operação dos arquivos de consumo

É certo que, apesar de todos os pressupostos a que os arquivos de consumo estão sujeitos, os dados inscritos carregam um intrínseco potencial de prejuízo ao consumidor se mal empregados, seja tão somente pela privacidade de seus dados, ainda que positivos, seja pelo cunho iminente desabonador dos registros negativos em razão, por exemplo, de inadimplementos contratuais. Somado a isso, não se pode descartar o entendimento que assimile eventual deficiência na operação de cadastros e bancos de dados regulados pelo CDC a fato de serviço, que atrairia consequentemente seu respectivo regime específico de responsabilidade civil.¹¹

10. Apelação Cível n. 70069420503, julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 25/08/2016, Relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, e Apelação Cível n. 70060118239, julgado pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 31/07/2014, Relator Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz.

11. Cf. nesse sentido, MARQUES, Claudia Lima. Seção VI – Dos bancos de dados e cadastros de consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Cód-*

Dessa forma, falhas na prestação desse serviço de consumo estão sujeitas aos mecanismos de proteção previstos no CDC, tanto material quanto processual, que podem ter repercussões administrativas, cíveis e penais. Além disso, há responsabilidade solidária entre os manipuladores desses arquivos, *e.g.*, do banco de dados e do fornecedor.

3. Crédito e arquivos de consumo: do cadastro de inadimplentes ao *credit scoring*

Uma ferramenta mais recentemente questionada nos tribunais do país, o *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)”¹². Em 2015, o STJ editou a Súmula n. 550¹³, por meio da qual pacificou seu entendimento no sentido da desnecessidade de consentimento do consumidor, por não se tratar de um banco de dados, e ratificou o direito ao acesso às informações pessoais valoradas e as fontes de dados consideradas para o cálculo do escore de crédito atribuída àquele consumidor em específico. Apesar da decisão do STJ, o assunto ainda pode vir a despertar controvérsias, com possibilidade de potenciais desdobramentos futuros do *credit scoring* e suas conexões com as relações de consumo.¹⁴

Assim como os arquivos de consumo podem guardar um potencial lesivo, de igual modo são os sistemas de *credit scoring*. O desrespeito aos limites legais de utilização desse sistema pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária dos envolvidos na cadeia de prestação do serviço, incluindo o con-

go de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 612: “a falha no dever de cuidado na prestação, registro e aviso do consumidor na abertura e manutenção de cadastros e bancos de dados regulados pelo CDC é um fato de serviço de consumo”.

12. Recurso Especial n. 1.419.697/RS, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 12/11/2014, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino.
13. 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.
14. *Cf.*, por exemplo, MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, p. 612, ao argumentar que o *credit scoring*, se utilizado de forma imprópria, poderia servir para conceder mais crédito a consumidores superendividados (ou em vias de superendividamento), da mesma como seria possível ocorrer em relação aos bancos de dados propriamente ditos.

sulente, conforme artigo 16 da Lei n. 12.414/2011, bem como a ocorrência de danos morais se utilizadas informações excessivas ou sensíveis, consoante artigo 3.º, § 3.º, I e II da mesma lei.¹⁵

4. Controle externo e instrumentos jurídicos

Dentre os mecanismos de controle, o mais primário consiste no direito atribuído ao próprio consumidor de, se apurar inexatidão nos seus dados e cadastros, exigir a imediata correção, que deve ser efetivada e comunicada aos eventuais destinatários das informações incorretas no prazo de cinco dias úteis (*cf.* art. 43, § 3.º, CDC).

Somado ao direito de exigir a pronta correção e ao arcabouço geral de proteção aos direitos do consumidor, atribui-se aos operadores de arquivos de consumo, em sua maioria pessoas jurídicas de direito privado, o tratamento de entidades de caráter público por força do artigo 43, §4.º do CDC, a fim de permitir o controle externo, inclusive com utilização de instrumentos jurídicos manejáveis somente em face de instituições de caráter público, *e.g.* a ação de *habeas data*. Esse remédio constitucional, nos termos do artigo 5.º, LXXII da CF, visa assegurar tanto o conhecimento das informações relativas ao impetrante, seja para retificação de dados. Como o próprio CDC garante o acesso e a possibilidade de retificação de dados, o *habeas data*, ou mesmo uma ação cautelar de exibição de documentos, consoante o entendimento do STJ, deve vir acompanhado de prova da tentativa de acesso e, em se tratando de *credit scoring*, também da recusa do crédito almejado em razão da nota de crédito atribuída.¹⁶

De certa forma relacionado aos arquivos em matéria de relações de consumo, o CDC estabelece a manutenção, pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, de cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores, a ser divulgado pública e anualmente, indicando inclusive se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor (*cf.* art. 44 do CDC). Consistente com as salvaguardas sobre arquivos de consumo e o princípio da transparência que rege a Administração Pública, franqueia-se o acesso a tais bancos de dados a qualquer interessado (*cf.* art. 44, §1, do CDC), e se lhe aplicam – no que couber – as disposições sobre arquivos de consumo e sobre de-

15. Recurso Especial n. 1.419.697/RS, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 12/11/2014, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

16. Recurso Especial n. 1304736/RS, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 24/02/2016, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

ver do Poder Público ofertar serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos (*cf.* art. 44, § 2.º, do CDC).

5. Considerações finais

É irreversível a influência do avanço tecnológico e, com ele, a formação de grandes bancos de dados, *latu sensu*, que incluem informações de consumo, dados pessoais e informações as mais variadas. Tais ferramentas, utilizadas em linha com as previsões constitucionais e legais – aí incluídos também os princípios gerais do Direito –, são capazes de inúmeros benefícios aos consumidores, inclusive por meio da proteção à coletividade do crédito como um todo. A construção dos marcos jurídicos sobre arquivos de consumo e proteção de dados, inclusive por força dos precedentes administrativos e judiciais, deve estar atenta às preocupações legítimas de proteção dos interesses envolvidos (consumidores, fornecedores, Poder Público, e outros); o que não se pode é querer frear mecanismos que não mais são capazes de se dissociar da sociedade moderna e de consumo.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO

JULIANA TEDESCO RACY RIBEIRO

Área do Direito: Difusos e Coletivos

Resumo: O presente artigo busca, de forma resumida e não exaustiva, analisar os elementos de um sistema de proteção de dados pessoais no direito brasileiro. A análise passará por um breve histórico da proteção de dados pessoais em outros países, até chegar nos dispositivos legais já existentes no direito brasileiro, e incluindo projeto de lei ainda não aprovados sobre a matéria.

Palavras-chave: Proteção – Dados Pessoais – Direito do Consumidor – Privacidade

SUMÁRIO: 1. Breve Histórico 2. Proteção de dados pessoais no direito brasileiro; 2.1 Constituição Federal; 2.2 Código de Defesa do Consumidor; 2.3 Marco Civil da Internet; 2.4 Projeto de Lei – 3. Considerações finais

1. Breve Histórico

Antes de falar de um sistema de proteção de dados no direito brasileiro, faz-se necessária uma brevíssima contextualização histórica acerca do surgimento da preocupação em se proteger os dados pessoais do cidadão. E tal contextualização passa pela relação entre a proteção de dados pessoais e a necessidade de se tutelar a privacidade do indivíduo.

Esta necessidade é um fenômeno da sociedade moderna, e podemos considerar que seu marco inicial foi o artigo de 1890, escrito por de Samuel

Warren e Louis Brandeis e chamado de *The right of privacy*.¹ Neste momento, o direito à privacidade ainda estava ligado ao “direito a ser deixado só”, ou seja, essencialmente o que se protegia era a vida privada do cidadão contra a exacerbada e indesejada exposição ou publicação.

Esta proteção à vida privada do cidadãos ganhou status de direito fundamental ao aparecer na Declaração Universal do Direito dos Homens em 1948² e até hoje o direito à privacidade mantém este status nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Com o passar dos anos, o conceito de privacidade foi evoluindo, deixando de significar apenas a “vida privada” e passando a ter relação íntima com as informações pessoais do indivíduo.

O que se percebeu foi a consciência, em um primeiro momento, por parte do Poder Público, no sentido de que deter informações pessoais lhe garantia maior eficiência na administração e maior controle da população – fato que hoje sabemos ser incontestável.

Assim, e a medida em que a informação pessoal viu o seu papel ganhando relevância na sociedade, surgira, de um lado, mecanismos para coletar esta informação e, de outro, mecanismos para proteger esta informação.

As leis atualmente vigentes são as chamadas leis de quarta geração,³ nas quais há o reconhecimento do desequilíbrio que existe entre o indivíduo e aqueles que coletam e processam seus dados, tornando necessária a criação de padrões coletivos de proteção que, muitas vezes, não dependem da vontade individual.

Há, nessas leis, o expresso reconhecimento da relação entre a privacidade de um indivíduo e os seus dados pessoais. Mais do que isso, há o reconhecimento de que a privacidade tem de ser protegida, com a criação de padrões mínimos que se apliquem a toda a coletividade.

As normas de quarta geração trazem, de uma forma ou de outra, estes padrões mínimos, ou o chamado “núcleo comum”. Este “núcleo comum” foi traduzido no conjunto de princípios trazidos nas *Guidelines* da OCDE⁴ e na

1. Samuel Warren e Louis Brandeis, “The right to privacy”, in: *4 Harvard Law Review* 193 (1890)
2. Artigo 12. “Ninguém sofrerá intromissões na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à honra ou reputação.
3. Conforme classificação de Viktor Mayer-Scömborg.
4. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – em 1978 criou um grupo criou um grupo responsável por elaborar um modelo legislativo a ser

Convenção de Strasbourg⁵ importantes marcos na legislação sobre a proteção de dados. São eles:

Princípio da publicidade: não pode haver um banco de dados que armazene dados pessoais e seja mantido em segredo. A publicidade deve se dar por meio da exigência de autorização prévia para seu funcionamento, ou pela notificação de sua criação a uma autoridade ou, ainda, pela divulgação de relatórios periódicos.

Princípio da exatidão: os dados armazenados devem ser fiéis à realidade, o que também compreende sua atualização periódica.

Princípio da finalidade: a entidade que mantenha ou utilize dados pessoais deve garantir que eles serão utilizados de acordo com a finalidade comunicada ao interessado, devendo tomar precauções com relação ao mau uso dos dados.

Princípio do livre acesso: o titular dos dados deve ter acesso ao banco de dados, podendo obter as informações ali armazenadas e corrigi-las quando estiverem incorretas ou mesmo suprimi-las se julgar que sua divulgação não é conveniente.

Princípio da segurança física e lógica: os dados devem ser protegidos contra riscos de extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.

No Brasil, os dispositivos legais atualmente existentes observam também estes princípios, e os projetos de lei tramitando no Congresso Nacional têm, claramente, inspiração nestas diretrizes, daí porque dizemos que no Brasil, adota-se o modelo europeu de proteção de dados.

2. Proteção de dados pessoais no direito brasileiro

Diversamente do que ocorre na maioria dos países, inclusive os da América Latina, o Brasil ainda não possui, ainda, uma lei que trate especificamente da proteção de dados pessoais. Apenas para exemplificar, a Argentina e o Uruguai já têm legislação específica, baseada nas diretrizes europeias, por

seguido pelos demais países. Desta reunião surgiram as mencionadas *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*

5. A Convenção de Strasbourg é orientada pelas *Guidelines*, mas traz um elemento novo e de extrema importância: ao tratar da proteção de dados pessoais, ela vincula o assunto ao campo dos direitos humanos, evidenciando ter fundamento na Convenção Europeia para os Direitos do Homem, de 1968

meio da qual estabelecem regras específicas e criam autoridades responsáveis pela fiscalização do tratamento de dados.

No Brasil, enquanto se aguarda a aprovação da lei específica, o sistema de proteção de dados está estruturado em normas esparsas e também em decisões judiciais.

Atualmente, encontramos dispositivos que tratam da proteção de dados, ainda que de forma indireta, na Constituição Federal (“CF”), no Código Civil (“CC”), no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), na Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e em outras leis setoriais, como por exemplo a Lei de Imprensa ou de sigilo bancário.

2.1 *Constituição Federal*

É fundamento da República Federativa do Brasil o primado da dignidade da pessoa humana, conforme art. 1.º da CF.⁶ Fundado nesse primado, são objetivos fundamentais do Brasil, declarados pela Constituição Federal, dentre outros, os seguintes: (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e (ii) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A concretização desses objetivos fundamentais viabiliza-se com a garantia constitucional à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Tais direitos invioláveis, por seu turno, desdobram-se nos preceitos deles decorrentes, que são a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, além do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.⁷

Temos então que a proteção de dados no Brasil está inserida no contexto de proteção à intimidade e a vida privada, como direitos fundamentais do indivíduo, e que surge como garantia da inviolabilidade destes direitos, mas não se limitando a eles.

Os dados pessoais do indivíduo, tais como nome, endereço, profissão, e também seus dados cadastrais de cunho financeiro e econômico, tais como tipo de contrato firmado, eventuais inadimplementos, estão protegidos pelas garantias constitucionais de proteção à intimidade, vida privada, honra, ima-

6. “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

7. Artigo 5.º, incisos X e XII.

gem e ao sigilo de dados (art. 5.º, X e XII, da CF). O tratamento⁸ de tais dados também deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.⁹

A proteção de tais direitos é instrumentalizada genericamente por intermédio do princípio da legalidade,¹⁰ significando, portanto, que a eventual relativização dos direitos à liberdade, à igualdade e à segurança e/ou da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, e, via reflexa, do sigilo das informações pessoais, somente poderá ocorrer por força de lei.

Ainda, importante lembrar que o inciso LXXII do artigo 5.º da CF¹¹ introduziu no ordenamento um mecanismo processual para proteção dos dados do cidadão – o *habeas data* – o que permite ao indivíduo conhecer e, se necessário, retificar as informações sobre si mesmo armazenadas nos bancos de dados.

A partir daí outras normas infraconstitucionais surgiram para legislar sobre o tema, e também juízes tiveram fundamento para decidir, por analogia

8. Tratamento abrange toda operação ou conjunto de operações, realizadas com ou sem o auxílio de meios automatizados, que permita a coleta, armazenamento, ordenamento, conservação, modificação, comparação, avaliação, organização, seleção, extração, utilização, recuperação, bloqueio e cancelamento de dados pessoais, bem como o seu fornecimento a terceiros por meio de transferência, comunicação ou interconexão.
9. A privacidade, nesse caso, protege a informação de dados que envolvam avaliações (negativas) do comportamento que, publicadas, podem ferir o bom nome do sujeito, isto é, o modo como ele supõe e deseja ser visto pelos outros. Repita-se que o direito à privacidade protege à honra, podendo ocorrer a inviolabilidade do sigilo referente a avaliações que um sujeito faz sobre outro e que, por interferir em sua honra, comunica restritivamente, por razões de interesse pessoal. É o caso, por exemplo, de cadastro pessoais que contêm avaliações negativas sobre a conduta (mau pagador, devedor impontual, relapso etc.). No tocante à imagem, para além do que ela significa de boa imagem, assimilando-se, nesse sentido, à honra, a proteção refere-se a dados que alguém fornece a alguém e não deseja ver explorados (comercialmente, por exemplo) por terceiros Ferraz Junior, Tercio Sampaio in Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, 1ª Ed., pg. 183.
10. Artigo 5.º, inciso II.
11. “Conceder-se-á *habeas data* a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

ou aproximação, pela proteção de dados pessoais, ainda que fora do âmbito do *habeas data*.

2.2 Código de Defesa do Consumidor

O CDC foi promulgado para o fim de atender às necessidades dos consumidores, promover o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, além da proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4.º do CDC).

Avançando sobre o tema, o CDC regulamentou, em três artigos (arts. 43, 72 e 73), a proteção de dados pessoais e mecanismos elementares envolvendo os bancos de dados que recebem tais informações pessoais.

O que podemos perceber no CDC é a presença de princípios já mencionados acima, que tratam da proteção de dados pessoais, ainda que restritos ao âmbito das relações de consumo. Desse modo, qualquer abertura de cadastro de clientes por empresas privadas tem que observar limites rígidos, em atenção à garantia constitucional de proteção à privacidade e ao sigilo de dados.

A abertura de um cadastro ou banco de dados do consumidor, seja por empresa privada ou seja por órgão público, deve suceder a garantia ao *direito de acesso ao que dele constar* pelo consumidor (art.43, caput), bem como o direito de ser *comunicado por escrito* (art. 43, § 2.º), para que possa pleitear a *exclusão* ou *correção* de dados impróprios, incorretos ou imprecisos (art. 43, § 3.º), exclusão ou correção esta que deve ser comunicada a todos os que tenham recebido informações incorretas, dentro do prazo de 5 dias úteis (art. 43, § 3.º).

Frise-se, portanto, a importância de franquear ao consumidor o pleno e livre acesso às informações existentes a seu respeito em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes, devendo sempre lhe ser franqueado o direito à correção de informações equivocadas que lá estejam inseridas.

O consumidor não pode, ademais, ser obrigado a conferir à parte com quem entabulou contrato o direito amplo e irrestrito de incluir os seus dados pessoais e cadastrais em seu banco de dados, bem como de permitir a transferência destes dados a outras empresas do grupo, com as quais não tenha entabulado contrato.

É dever do fornecedor de serviços ao consumidor prover proteção aos seus dados e informações pessoais, seja no que diz respeito à sua divulgação ou repasse para terceiros, que somente poderá ocorrer mediante obtenção de prévia autorização para tanto do consumidor, seja no que diz respeito à sua veracidade

Cumpra mencionar que os artigos 72 e 73 do CDC caracterizam como crimes contra as relações de consumo, estabelecendo sanções penais (pena de detenção ou multa), as seguintes condutas: (i) impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros; (ii) deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata.

Como dissemos, todas estas previsões estariam restritas ao âmbito das relações de consumo, todavia, tendo em vista o caráter principiológico do CDC, há que se admitir uma interpretação extensiva, de modo a se identificar a presença de princípios de proteção de dados que se encaixem em outras relações.

2.3 *Marco Civil da Internet*

O Marco Civil da Internet (“Marco Civil”) reforçou a proteção à privacidade e intimidade dos usuários, agora na seara da comunicação em rede via Internet.

De acordo com o art. 3.º do Marco Civil, os seus princípios são a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, constituindo direito dos usuários. Decorrem portanto, de tais princípios, (i) a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (ii) a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; e (iii) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

O Marco Civil ainda estabelece aos consumidores o direito à: (i) informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; (ii) o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; (iii) informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; (iv) o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais

cláusulas contratuais; (v) a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Como se observa, o Marco Civil reforçou e nominalmente estabeleceu garantias aos dados pessoais em circulação na Internet.

O CDC considera abusiva cláusula contratual que imponha ao consumidor o armazenamento de seus dados, bem como a transferência/compartilhamento de seus dados cadastrais a terceiros, sem sua prévia autorização.

O Marco Civil, na mesma direção, instituiu a nulidade de pleno direito das cláusulas que violem quaisquer dos direitos acima listados, que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela Internet.

2.4 *Projeto de Lei*

Como se disse, ainda não existe lei específica no Brasil para a proteção de dados pessoais. Há, entretanto, projeto de lei sobre o tema tramitando no Congresso Nacional.

Como parâmetro para o presente artigo, analisamos o PL n. 5276/2016, elaborado pelo Ministério da Justiça. Vale ressaltar que as disposições abaixo trazidas podem ainda sofrer alterações, na medida em que o PL ainda está sujeito a alterações.

Em primeiro lugar, o PL tem fundamento expresso na CF, ou seja, como vimos acima, o fundamento da proteção de dados é então a inviolabilidade da intimidade e da privacidade. Entendemos que é pertinente compreender este objetivo da lei, já que a intenção do legislador é a de promover a proteção da intimidade/privacidade, muitas vezes em detrimento de outros valores (econômicos ou de segurança).

O PL define seus destinatários como sendo todas as pessoas físicas, e o seu âmbito de aplicação estende-se todas as pessoas físicas ou jurídicas que realizem o tratamento de dados pessoais, *ainda que o banco de dados seja localizado no exterior* (artigo 3.º).

Dispositivo de grande relevância nesta primeira parte do PL, o artigo 6.º define que o tratamento de dados pessoais será tratado como atividade de risco. A implicação imediata deste dispositivo encontra-se no campo da responsabilidade civil, pois o CC, em seu artigo 927, determina que todo aquele que exercer atividade de risco será responsabilizado de forma objetiva pelos riscos que causar a outrem.

A segunda parte do PL trata dos princípios gerais, sendo claramente inspirado na normativa europeia e nos princípios já elencados neste artigo.

O PL também traz os requisitos essenciais para tratamento de dados, sendo o mais importante – e presente em praticamente todas as leis internacionais – o consentimento do titular dos dados. Este consentimento pode ser concedido, basicamente, de duas maneiras: por meio do *opt-in* (sistema por meio do qual o titular tem de dar seu consentimento expressamente antes de haver a coleta e uso de dados) ou o *opt-out* (sistema por meio do qual o titular opta por não dar o consentimento, após coleta ou eventual uso dos dados). O legislador brasileiro optou pelo sistema *opt-in*, conforme artigo 9.º do PL.

Vemos, ainda, que nesta parte do PL há menção sobre o tempo da guarda de dados, todavia, não foi resolvida a questão já que se determina que os dados deverão ser conservados por tempo não superior ao necessário para as finalidades que justificaram sua coleta e por período não superior ao estabelecido em lei ou regulamento específico. Entendemos, portanto, que serão aplicados os prazos do Marco Civil.

Com relação aos dados sensíveis, o PL define como aqueles “cujo tratamento possa ensejar discriminação do titular, tais como aquele que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação sindical, partidária ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, os referentes à saúde e à vida sexual, bem como os dados genéticos e biométricos”. Especificamente quanto ao tratamento destes dados, o PL traz algumas normas específicas, essencialmente voltadas à proteção destas informações e a evitar, com ainda mais rigor, qualquer divulgação ou acesso indevido a estes dados.

Neste contexto, o PL proíbe a formação de bancos de dados que direta ou indiretamente revelem dados sensíveis, e também dispõe que ninguém será obrigado a fornecer dados sensíveis, sendo seu tratamento permitido apenas nas restritas hipóteses trazidas pelo art. 21.

Como já vimos acima, um dos princípios basilares do PL é a segurança dos dados, mais especificamente a segurança relativa a acesso indevido ou vazamentos. Daí porque há um capítulo dedicado inteiramente ao tema. Os artigos do mencionado capítulo tratam de reforçar a ideia de que o tratamento dos dados deverá ser feito de modo a reduzir ao mínimo o risco de destruição, perda, acesso não autorizado, tratamento não permitido pelo titular ou desvio da finalidade.

O PL define que o tratamento dos dados será encerrado quando não sejam mais pertinentes para a finalidade a que se destinaram. Ainda está em aberto o período de guarda dos dados, devendo ser utilizado o do Marco Civil.

Conforme mencionado no acima, o PL cria o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, que tem a incumbência de atuar como Autoridade de Garantia quanto à proteção de dados pessoais.

Este Conselho fiscalizará o cumprimento da Lei e receberá denúncias de descumprimento, além de ter autonomia para aplicar as sanções cabíveis. Vale ressaltar que além das sanções previstas, a Autoridade de Garantia poderá impor aos responsáveis que incorram em infrações, medidas corretivas que considere necessárias, podendo inclusive fixar multa diária no caso de não atendimento.

3. Considerações finais

Atualmente, cerca de 109 países possuem normas específicas sobre proteção de dados, e mais de 90 têm autoridade pública especializada no tema. O fato de o Brasil não estar incluído neste rol é altamente prejudicial para a concretização de relações de comércio exterior, já que não se oferecem os mínimos padrões de segurança internacionais relacionados à proteção de dados.

Ressalte-se que a maioria das leis relacionadas à proteção de dados determina que a transferência internacional de dados somente pode ocorrer entre países que tenham o mesmo nível de proteção de dados entre si. Como o Brasil não tem ainda a sua lei, ele não está apto a realizar negócios que envolvem tratamento de dados pessoais com empresas europeias, por exemplo, o que é altamente prejudicial.

No âmbito interno, essa defasagem também é prejudicial, já que o desequilíbrio entre o titular dos dados e aqueles que fazem a coleta e armazenamento só aumenta, permitindo-se, de um lado, que os dados sejam utilizados de maneira indiscriminada e, de outro, que não seja garantido àqueles que fazem o tratamento dos dados qualquer segurança no sentido de que poderão de fato utilizar esses dados.

Na falta de legislação específica, os Tribunais vêm utilizando os elementos do CDC ou mesmo os fundamentos constitucionais para proferir decisões relativas à proteção de dados pessoais, o que pode, muitas vezes, fazer com que sejam proferidas decisões que não são simples de se cumprir na prática, ou que ferem os já mencionados padrões mínimos de segurança com relação à proteção de dados.

Ao encaminhar o Projeto de Lei para aprovação, o próprio Ministério da Justiça trouxe, nas suas justificativas, uma elucidativa conclusão sobre a necessidade da proteção dos dados, e, para finalizar nossas breves considerações, tomamos emprestadas esta conclusão:

“O estabelecimento de regras sobre a proteção de dados possui, portanto, duas funções: proteger o titular dos dados e, ao mesmo tempo, favorecer sua utilização dentro de um patamar de segurança, transparência e boa-fé. Dessa forma, a utilização lícita de dados será incentivada pela delimitação de um espaço de segurança jurídica, favorecendo o fluxo de dados por agentes responsáveis e o desenvolvimento de setores econômicos ligados, por exemplo, às tecnologias de informação”.

Sem a aprovação de uma lei específica, questões vividas no dia-a-dia de empresas e cidadãos permanecem sem regulação. Empresas e consumidores não sabem ainda quais exatamente são seus direitos e deveres, já que as normas genéricas hoje existentes podem ser interpretadas de diversas maneiras a depender da situação, ou do intérprete.

Somente a aprovação da lei trará o nível de proteção adequado, colocando então o Brasil entre os países com capacidade para realizar tratamento de dados pessoais de forma segura, transparente e em linha com padrões internacionalmente estabelecidos.

A PROTEÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS DE ADESÃO

CARLA CAVALHEIRO ARANTES¹

1. Introdução

O estudo da história da humanidade mostra que diversos acontecimentos transformaram de forma profunda a política, a economia, as relações sociais e o próprio Direito, sendo o surgimento da sociedade de consumo um desses grandes marcos. O nascimento do consumo de massa surgiu por volta dos anos 1880, quando os mercados locais, de forma gradual, passaram a alcançar uma escala nacional, graças ao desenvolvimento de infraestrutura de transporte, de telecomunicações e de máquinas de fabricação contínua.

Diante dessas transformações ocorridas, a sociedade gradativamente observou a diminuição do consumo de produtos a granel e passou a adquirir produtos padronizados, distribuídos em escala nacional e em embalagens pequenas, com a marca do fabricante e com preço unitário acessível. Assim, o ato de comprar que antes era realizado por fornecedor e consumidor que se conheciam, passou a se tornar mais despersonalizado e distante, tendo ocorrido não apenas a massificação da produção, mas das próprias relações.

1. CARLA CAVALHEIRO ARANTES. Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada em responsabilidade civil pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pelo programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. ccavalheiro@pn.com.br.

Como bem observado por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a sociedade de consumo “é uma realidade coletiva, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, crédito em massa, comunicação em massa e consumo em massa”². Justamente em razão desse novo contexto social e econômico, observou-se uma crescente padronização dos contratos e um desnível cada vez mais acentuado no poder negocial das partes. Percebeu-se, ainda, que as regras tradicionais do Direito Privado, fundadas no liberalismo, individualismo e no dogma da autonomia da vontade, não eram mais suficientes para garantir uma proteção adequada à parte mais vulnerável dessas relações em massa, qual seja: o consumidor.

Dessa forma, seguindo semelhante movimento legislativo estrangeiro, o Brasil promulgou o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 – “CDC”), o qual trouxe importantes inovações ao ordenamento jurídico pátrio. Especificamente com relação à proteção contratual do consumidor, Nelson Nery Junior destaca que o CDC rompeu com a tradição do Direito Privado das grandes codificações europeias do século XIX para, dentre alguns exemplos de inovação, “a) relativizar o *princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato*, alterando sobremodo a regra milenar expressa pelo brocardo *pacta sunt servanda*, e enfatizar o *princípio da conservação do contrato* (art. 6.º, n. V); b) instituir a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo (art. 4.º, caput e n. III; art. 51, n. IV); c) impor ao fornecedor o dever de prestar declaração de vontade (contrato), se tiver veiculado oferta, apresentação ou publicidade (art. 30); d) estabelecer a *execução específica* da oferta como *regra* (arts. 35, n. III, e 84, § 1.º)”³.

Embora o quanto exposto já demonstre a relevância das modificações trazidas pelo CDC no regramento dos contratos de consumo, o objetivo deste artigo é abordar nos tópicos abaixo as principais normas de proteção contratual previstas no referido diploma legal, bem como a temática das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão.

2. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 262.
3. JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 518.

2. Disposições gerais sobre a proteção contratual do consumidor (artigos 46 a 50 do CDC)

Primeiramente, destaca-se que o CDC admite todas as formas de contratação⁴, podendo um contrato de consumo ser firmado, por exemplo, verbalmente, por escrito, de forma eletrônica ou por meio de um instrumento de adesão. Além disso, vale frisar que o contrato que está sujeito às regras protetivas do CDC são apenas os que regulam as relações de consumo, ou seja, aquelas que envolvem um fornecedor, a prestação de um serviço ou fornecimento de um produto como objeto do contrato, e uma pessoa física ou jurídica que recebe esse produto ou serviço como seu destinatário final⁵. *A análise prévia da relação que está sendo travada pelas partes é de extrema importância, já que, a partir disso, os princípios e as regras que serão aplicados aos contratos entabulados serão completamente distintos.*

Especificamente com relação às disposições gerais sobre a proteção contratual do consumidor, o artigo 46 do CDC estipula que os contratos de consumo não obrigarão o consumidor se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar o seu sentido ou alcance. Esse dispositivo legal concretiza na prática o direito básico do consumidor à informação (artigo 6.º, inciso III, do CDC), tornando sem efeito toda e qualquer disposição contratual estabelecida sem a prévia análise e conhecimento/compreensão do consumidor⁶.

4. “O Código admite todas as formas de contratação, de sorte que continuam válidos para as relações e consumo os aspectos da teoria geral dos contratos relativos aos contratos escritos, contratos verbais, contratos por correspondência, contratos de adesão etc.” JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 528.
5. Para maiores detalhes sobre a formação da relação de consumo e dos conceitos de fornecedor e consumidor, vide artigo ___ deste Manual.
6. “(...) DESCONHECIMENTO DA CLÁUSULA PELO CONSUMIDOR – INOBSERVÂNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR A INFORMAÇÃO PRÉVIA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – NÃO VINCULAÇÃO DO CONSUMIDOR – CDC, ART. 46 – INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA (...). A informação adequada, clara e prévia é direito básico do consumidor, assegurado no art. 6.º, III do CDC, corolário dos princípios da transparência (CF, art. 5.º, XIV), da vulnerabilidade (CDC, art. 4.º, I), igualdade material e formal (CF, art. 5.º, I), e do princípio da boa-fé e confiança (CDC, art. 4.º, III). Não logrando o fornecedor provar que o consumidor tinha plena ciência da existência da cláusula de barreira de saída, consistente em pagamento de aviso prévio em caso de cancelamento

O artigo 47 do CDC, por sua vez, é claro ao prever que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Pela redação desse artigo, verifica-se que a interpretação contratual mais favorável ao consumidor deve ser adotada em todo e qualquer tipo de contrato de consumo e para todas as cláusulas contratuais⁷, e não somente para as cláusulas ambíguas estabelecidas em contratos de adesão, como estipula o artigo 423 do Código Civil⁸.

Já o artigo 48 do CDC estabelece que as “declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.” Ou seja, tendo o fornecedor se comprometido a determinada conduta, tal promessa o vincula, podendo o consumidor exigir o seu cumprimento forçado e não apenas a sua resolução em perdas e danos.

O artigo 49 do CDC trata do direito de arrependimento do consumidor. De acordo com esse dispositivo legal, o consumidor pode desistir do contrato

imotivado do serviço, tal cláusula a ele não pode ser imposta (CDC, art. 46), a tornar, de consequência, descabida a cobrança dos dois meses posteriores ao efetivo cancelamento do serviço.” (Apelação n. 0018745-70.2006.8.26.0114, julgada pela 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 25.7.2011, Relator Desembargador Clóvis Castelo)

7. “(...) DIREITO DE INFORMAÇÃO CLARA E OBJETIVA. REGRAS DO SORTEIO. OMISSÃO. PROPAGANDA ENGANOSA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. CLÁUSULA SURPRESA. DIREITO DE INFORMAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. INCIDÊNCIA. (...) 3. No caso concreto, extrai-se dos autos que dados essenciais do produto ou serviço adquirido foram omitidos, gerando confusão para qualquer consumidor médio, facilmente induzido a erro. 4. As regras contratuais devem ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos. 5. O CDC, norma principiológica por natureza, proíbe e limita os contratos impressos com letras minúsculas que dificultem, desestimulem ou impeçam a leitura e compreensão pelo consumidor, visando permitir o controle de cláusulas contratuais gerais e a realização da liberdade contratual. 6. À luz do princípio da vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC), princípio norteador das relações de consumo, as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). 7. A transparência e a boa-fé permeiam a contratação na fase pré-contratual. (...)” (Recurso Especial n. 1344967/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 26.8.2014, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva)
8. “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

no prazo de sete dias a contar da sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial. Além disso, o parágrafo único desse artigo dispõe que, uma vez exercido tal direito, os valores eventualmente pagos pelo consumidor serão monetariamente atualizados e imediatamente devolvidos.

O exercício do direito de arrependimento pelo consumidor ainda é um tema bastante discutido pela jurisprudência e pelos operadores do direito, em especial em razão do desenvolvimento do comércio eletrônico. No entanto, para fins deste artigo, as discussões envolvendo tal tema não serão aprofundadas, cabendo apenas destacar que a jurisprudência tem garantido o amplo exercício desse direito pelo consumidor⁹.

Por fim, o artigo 50 do CDC encerra a seção das disposições gerais de proteção contratual ao consumidor para estipular que a “garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito”, o qual deverá ser padronizado e entregue devidamente preenchido pelo fornecedor no ato do fornecimento e juntamente com o manual de instrução, instalação e uso do produto. Especificamente com relação ao termo de garantia, o parágrafo único do referido artigo dispõe que o termo deve esclarecer em que consiste a

9. “ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. (...). 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias (“período de reflexão”), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais.” (Recurso Especial n. 1340604/RJ, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15.8.2013, Relator Ministro Mauro Campbell Marques)

garantia, bem como a sua “forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor”.

3. Cláusulas Abusivas (artigos 51 e 53 do CDC)

Em linhas gerais, os artigos 51 e 53 do CDC tratam especificamente das cláusulas abusivas, sendo o artigo 52 do CDC destinado a estabelecer deveres adicionais ao fornecedor de produtos ou serviços que envolva a outorga de crédito ou a concessão de financiamento, motivo pelo qual, neste artigo, serão brevemente analisadas apenas as disposições dos artigos 51 e 53 do CDC.

Como se depreende do artigo 51 do CDC, foram enumeradas, de forma exemplificativa, diversas cláusulas consideradas abusivas e que, nos termos do referido dispositivo legal, são nulas de pleno direito. O CDC não estabeleceu um rol taxativo ou uma definição restritiva do que seriam cláusulas abusivas, possibilitando ao magistrado declarar a nulidade de uma cláusula que, devido às circunstâncias do caso concreto, mostre-se significativamente desfavorável ao consumidor e desequilibre a relação.

Embora o CDC não traga uma definição expressa do conceito de cláusula abusiva, Claudia Lima Marques defende que o inciso IV do artigo 51 do CDC representa, na verdade, uma “cláusula geral”¹⁰ das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, já que prevê, de forma bastante ampla, que são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Com relação ao conceito de vantagem exagerada, o parágrafo primeiro do artigo 51 do CDC estabelece que será presumida como exagerada a vantagem que, entre outros casos, (i) ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; (ii) restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, ameaçando o seu objeto ou equilíbrio contratual; e (iii) se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias do caso.

Além disso, conforme dispõe o artigo 51 do CDC, também são consideradas abusivas as cláusulas que: (i) impossibilitem, exonerem ou atenuem a

10. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.021.

responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza¹¹ (inciso I); (ii) subtraíam do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (inciso II); (iii) transfiram a responsabilidade do fornecedor a terceiros¹² (inciso III); (iv) estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (inciso VI); (v) determinem a utilização compulsória de arbitragem (inciso VII); (vi) imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor (inciso VIII); (vii) deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigue o consumidor (inciso IX); (viii) permitam ao fornecedor a variação unilateral do preço (inciso X); (ix) autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (inciso XI); (x) obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor (inciso XII); (xi) autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (inciso XIII); (xii) infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (inciso XIV); (xiii) estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (inciso XV); e (xiv) possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (inciso XVI).

11. “Apelação. Ação de indenização. Compromisso de compra e venda de imóvel. Sentença de procedência. Inconformismo das rés. Legitimidade das rés para figurar no polo passivo. Preliminar de falta de interesse de agir. Quitação embutida em cláusula de ‘Termo de Entrega de Chaves’. Cláusula nula, nos termos do artigo 51, I, do CDC. (...). A quitação outorgada pela compradora constante da cláusula 8ª do ‘termo de entrega de chaves’ é nula (fls. 70/71), pois exonera a responsabilidade da vendedora e implica renúncia de direitos do consumidor, nos termos do art. 51, I, do CDC. Sem a assinatura do termo de transferência de posse, no qual estava embutida a cláusula de quitação, a autora não receberia o imóvel. (Apelação n. 1018676-20.2015.8.26.0562, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 8.2.2017, Relator Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho)
12. “APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. TAXA DE ANUÊNCIA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. (...). Tentativa de transmissão dos riscos do negócio ao consumidor. Cláusula leonina. Inteligência do art. 51, III e IV da Lei n. 8.078/90. (...). Percebe-se, assim, que a “taxa de cessão” nada mais é do que uma tentativa de transmitir ao consumidor um ônus que é próprio das empresas de investimento imobiliário, que atuam cotidianamente no mercado de alienação de bens imóveis, razão pela qual afigura-se ilícita, nos termos do art. 51, III e IV do Código de Defesa do Consumidor (...).” (Apelação n. 011848-35.2015.8.26.0068, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 21.6.2017, Relatora Desembargadora Rosângela Telles)

Vale ressaltar, ainda, que o parágrafo segundo do artigo 51 deixa claro que a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. Ou seja, a regra estabelecida pelo CDC é a de que, mesmo existindo uma cláusula abusiva, o contrato permanece válido, devendo ser considerada nula apenas a cláusula problemática.

Por fim, o artigo 53 do CDC estabelece que, no tocante aos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, serão nulas as cláusulas que estabeleçam a perda total das parcelas pagas pelo consumidor quando o credor, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e retomada do produto alienado.

4. Contratos de adesão (artigo 54 do CDC)

Com o desenvolvimento da sociedade de consumo, as relações tornaram-se cada vez mais padronizadas e a necessidade de se atender com agilidade a massa de consumidores permitiu que as tratativas contratuais em que se discutiam todas as cláusulas do contrato dessem lugar aos contratos com cláusulas preestabelecidas, em que uma das partes apenas aceita o quanto previsto no instrumento contratual e não tem a oportunidade de discutir o seu conteúdo. Justamente em razão da vulnerabilidade do consumidor nessa forma de contratação, o CDC trouxe em seu artigo 54 um regramento específico para tratar dos contratos de adesão.

Antes de se adentrar especificamente na análise do artigo 54 do CDC, vale ressaltar que os contratos de adesão não são uma categoria ou um tipo de contrato, mas apenas uma técnica de formação contratual, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato quando se busca agilidade em sua conclusão¹³.

Nos termos do artigo 54 do CDC, contrato de adesão é “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o contrato”. Ou seja, ainda que o consumidor possa discutir algum ponto específico do contrato ou mesmo inserir ou optar por alguma cláusula do formulário, a natureza de adesão do contrato não será afastada, a não ser que essa participação do consumidor na

13. JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 532.

formação do contrato seja efetiva e substancial (parágrafo primeiro do artigo 54 do CDC).

Além disso, o parágrafo segundo do artigo 54 admite a existência de cláusula resolutória alternativa nos contratos de adesão, desde que a escolha entre a resolução ou manutenção do contrato seja do consumidor. Ainda, o parágrafo terceiro do referido artigo estabelece que os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos, legíveis e com fonte não inferior ao corpo doze, de modo a facilitar a compreensão do consumidor.

Por fim, o parágrafo quarto do artigo 54 do CDC dispõe que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas em destaque, permitindo sua imediata e fácil constatação¹⁴.

Como se nota da análise do artigo 54 do CDC, os contratos de adesão são amplamente admitidos pela legislação consumerista¹⁵, a qual apenas estabelece alguns deveres adicionais ao fornecedor que opta por essa forma de contratação. A invalidação de determinada cláusula ou do próprio contrato de adesão somente ocorrerá nas hipóteses previstas no próprio CDC, ou seja, no caso de, por exemplo, existir alguma cláusula abusiva (artigo 51 do CDC) ou se não for dada a possibilidade de o consumidor tomar conhecimento prévio dos termos contratuais (artigo 46 do CDC).

5. Conclusão

Por meio deste breve artigo, foi traçado um panorama geral dos dispositivos legais que tratam da proteção contratual do consumidor. Além disso, esta sucinta explanação já deixa evidente que o CDC trouxe diversas regras de interpretação e de validade das cláusulas contratuais, de forma a garantir a proteção do consumidor e o equilíbrio da relação existente com o fornecedor.

14. “A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que, nos contratos de adesão, consoante o art. 54, § 4.º, do CDC, a cláusula restritiva a direito do consumidor, para ser exigível, deverá ser redigida com destaque, a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão.” (Agravo de instrumento em Recurso Especial n. 1451386/SC, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 21.3.2017, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino)

15. “CONTRATO DE ADESÃO – Cláusulas pré-estabelecidas – Impossibilidade de discussão paritária que não tem o condão de invalidar a avença – Conclusão do negócio é opção do consumidor – Necessidade de efetiva demonstração das ilegalidades aventadas.” (Apelação n. 1132722-16.2016.8.26.0100, julgada pela 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 29.6.2017, Relatora Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa)

Diante disso, sendo o CDC um regramento bastante protetivo e com disposições criadas especificamente para as relações de consumo, ressalta-se, uma vez mais, que é de extrema importância que as empresas tenham clareza acerca da relação que está sendo travada com a assinatura de um determinado contrato, posto que, sendo de consumo, todo o regramento contratual deverá observar as regras expostas acima.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO — CONSIDERAÇÕES SOBRE O DL 7962/13

FABÍOLA MEIRA DE ALMEIDA SANTOS

Área do Direito: Direito do Consumidor. Direito das Relações de Consumo

Resumo: O presente artigo traça considerações sobre o Comércio eletrônico e a proteção do consumidor no Brasil, debatendo, basicamente os dois principais instrumentos normativos relativos ao tema, quais sejam, o Código de Defesa do consumidor (lei 8078/90)¹ e o Decreto lei 7962/13².

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor – Comércio Eletrônico – Proteção do Consumidor – Relações de consumo – Decreto lei 7962/13.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Código de Defesa do Consumidor e o comércio eletrônico. 3. Considerações sobre o DL 7962/13. 4. Conclusão.

1. Introdução

O crescimento e a relevância econômica do comércio eletrônico no Brasil aparecem a cada ano. De acordo com pesquisa realizada em junho de 2016, 90% dos internautas brasileiros costumam fazer compras online.³ De acordo

1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm – Acesso em 23/06/17
2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm – Acesso em 23/06/17
3. Disponível em <http://conectaibrasil.com.br/noticias/confira-quais-sao-os-itens-que-os-internautas> – Acesso em 16/06/17.

com a Webshoppers 35 (relatório sobre o comércio eletrônico de acordo com pesquisa realizada pela Ebit)⁴, no Brasil, 48 milhões de consumidores fizeram pelo menos uma compra virtual em 2016. Segundo a pesquisa, o faturamento do comércio eletrônico foi de R\$ 44,4 bilhões, representando um crescimento nominal de 7,4% em relação a 2015, quando registrou-se R\$ 41,3 bilhões. A categoria de “Moda e Acessórios” liderou as vendas do e-commerce brasileiro em 2016.

Referida pesquisa da Ebit trouxe também os dados do NPS (indicador que mensura a satisfação e a fidelização dos clientes - Net Promoter Score® (NPS)). Verificou-se que o NPS se manteve próximo de 65% (a partir de maio de 2016). Porém, a partir de novembro de 2016, com o aumento do atraso (relacionado pela pesquisa ao grande volume das vendas do Black Friday), o indicador apresentou queda de 12 pontos percentuais. Para 2017, a pesquisa da Ebit prevê um crescimento nominal de 12% no faturamento alcançando R\$49,7 bilhões em 2017. Já a ABCComm (Associação Brasileira de Comércio Eletrônico) estima um faturamento de R\$59,9 bilhões, acreditando em um provável registro de mais de 200 milhões de pedidos nas lojas virtuais⁵.

Diante desse cenário, é certo que conflitos surgem no que se refere à proteção do consumidor. Logo, o presente artigo pretende destacar os pontos de maior preocupação e que demandam especial atenção pelos partícipes desta relação, de forma que o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa estejam de acordo com os ditames constitucionais e legais, nos termos dos artigos 5.º, XIII e 170, V, Constituição Federal (“CF”) e artigo 4.º, III⁶, do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), mantendo o respeito ao consumidor, o equilíbrio e harmonização das relações.

Destarte, traçaremos breves considerações acerca do CDC no que concerne aos dispositivos aplicáveis ao comércio eletrônico, na medida em que, independentemente de não trazer uma seção específica sobre o comércio eletrônico, possui principiologia dedicada a toda e qualquer relação de consumo em que estejam presentes o consumidor (de acordo com os conceitos trazidos

4. Disponível em: <http://www.ebit.com.br/webshoppers> – Acesso em 16/06/17.

5. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/e-commerce-brasileiro-espera-faturar-r-599-bilhoes-em-2017/> – Acesso em 16/06/17.

6. Art. 4.º, III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

pelos artigos 2.^o, 2.^o § único⁸, 17⁹ e, principalmente, 29¹⁰, CDC), o fornecedor (artigo 3.^o)¹¹ e um produto (artigo 3.^o, §1.^o¹², CDC) ou serviço (artigo 3.^o, §2.^o¹³, CDC).

A partir disso, abordaremos o Decreto 7962/13, vigente desde maio de 2013, a Nota Técnica 40/13, as discussões atualmente existentes no Planalto envolvendo o tema (PL 3514/15), de forma a destacar o regime jurídico e os principais debates sobre o tema no Brasil.

2. Código de Defesa do Consumidor e o comércio eletrônico.

O CDC é considerado um microsistema. É lei de ordem pública e de interesse social (artigo 1.^o), ou seja, possui contorno imperativo, de caráter cogente e obrigatório, apto a regular as relações existentes entre fornecedor e consumidor, incluídos os consumidores equiparados e também atingidos pela relação de consumo (artigos 2.^o, 17 e 29), independente do tema envolvido, ou seja, o Código não traz seções e capítulos sobre contratos e segmentos específicos, pois será aplicável à todas as relações consumeristas. Logo, a principiologia e as cláusulas gerais do CDC são aplicáveis às relações contratuais *on line*, independente de uma legislação específica.

Isso porque, independente das peculiaridades do comércio eletrônico, a contratação à distância será regida pelo CDC, especialmente no que se refere à boa-fé, direitos básicos, dever de informar, oferta, descumprimento de oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e cadastros de consumo.

7. Art. 2.^o Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
8. Art. 2.^o Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
9. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.
10. Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.
11. Art. 3.^o Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
12. Art. 3.^o § 1.^o Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
13. Art. 3.^o § 2.^o Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Destarte, estes consumidores “à distância” terão o direito à informação extremamente adequada para que possam exercer sua liberdade de escolha de forma plena e segura, pois a dificuldade de acesso imediato ao vendedor gera insegurança no que se refere à possibilidade ou não de ser atendido na solução de eventual conflito, correção da compra, ajuste, pedido de esclarecimento ou qualquer outra necessidade envolvendo a compra e venda online. Logo, a especificação correta sobre os diferentes produtos e serviços, quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e, principalmente preço, encargos incluídos ou não no valor total a ser pago, formas de pagamento aceitas ou não, são fundamentais para a satisfação do consumidor e para a própria garantia do negócio, pois gera menor índice de devolução e reclamações.

É certo que a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como a análise de práticas e cláusulas abusivas ou impostas no comércio eletrônico também devem observância aos preceitos dos artigos 6.º, 30 a 39, do CDC. As determinações do artigo 35 do CDC¹⁴ são as comumente aplicadas às contratações à distância em razão de reclamações envolvendo a não entrega do produto no prazo ofertado ou mesmo o não recebimento do produto comprado.

Além disso, no Estado de São Paulo, por exemplo, temos a chamada “Lei da entrega” (Lei Estadual 13747/09) que, além da data, trata do turno de entrega. Referida lei “Obriga os fornecedores de bens e serviços localizados no Estado de São Paulo a fixar data e turno para a entrega dos produtos ou realização dos serviços aos consumidores, e dá outras providências”¹⁵. Portanto, o artigo 35 do CDC tem importância fundamental na proteção do consumidor para solução de conflito desta natureza.

Em relação à responsabilidade, o fornecedor de produtos e serviços à distância, obviamente, também responderá por vícios e defeitos, sendo certo que

14. Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

15. <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/alteracao-lei-13747-07.10.2009.html>.

a responsabilidade destes é objetiva, independentemente de culpa, não podendo, por exemplo, alegar um problema na transportadora terceirizada ou um problema com a empresa de estoque para justificar o atraso ou a não entrega do produto. Haverá responsabilidade solidária entre fornecedor e comerciante nas hipóteses de vício. Porém, nas hipóteses de defeito, sem prejuízo do direito de regresso, o comerciante responderá quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Assim, sites que comercializam produtos e não identificam o fabricante, na hipótese de defeito, responderão pelo dano.

Impende destacar que o CDC traz um rol exemplificativo de práticas e cláusulas abusivas. Isso significa que eventual prática ou cláusula adotada no comércio eletrônico que não esteja arrolada nos arts. 39 e 51, do CDC, caso viole a principiologia e os direitos básicos do consumidor, poderá ser considerada abusiva. Daí a imprescindível necessidade de conhecimento do microsistema para que o fornecedor não seja responsabilizado seja cível, administrativa ou até criminalmente por conta de condutas adotadas no desenvolvimento da atividade econômica.

A cobrança de dívidas é outro tema que demanda atenção e que o CDC, de forma clara, estabelece as responsabilidades no artigo 42, ao proibir a cobrança do consumidor por meio de exposição ao ridículo, mediante constrangimento ou ameaça. Logo, jamais o consumidor poderá ser cobrado via redes sociais, por exemplo, pois sua inadimplência será exposta publicamente. Ainda, vale chamar atenção para o fato que, diante de inúmeros sites de reclamações que podem ser acessados por qualquer um, o credor não poderá por exemplo, em sua resposta, alegar que o consumidor está inadimplente para justificar a não entrega de um produto. Destaque-se que, na hipótese de o consumidor ser cobrado e pagar por uma compra não efetuada, terá direito à devolução em dobro.

A proteção de dados pessoais e privacidade é outro tema de relevância. Sem prejuízo de uma lei de proteção de dados que venha a entrar em vigor, é certo que qualquer coleta e tratamento de dados do consumidor virtual deverá ser comunicado previamente e atender ao princípio da finalidade, ou seja, deve apresentar pertinência com a contratação. A solicitação de informações, portanto, deve se dar de forma razoável e adequada à contratação e o consumidor deve ter a opção de aceitar ou não a inclusão de seus dados em um banco de informações, ressalvadas as informações pertinentes à cobrança para que o fornecedor possua condições de efetuar-la e exigir o pagamento. Frisa-se, os

dados não podem ser transferidos a terceiros sem que o consumidor seja previamente comunicado.

Não podemos deixar de destacar que o artigo 101, I, CDC, dispõe que o consumidor lesado que pretender ingressar com uma ação judicial, poderá interpor a ação no foro de seu domicílio. Logo, o fornecedor deverá estar atento a esta garantia, na medida em que deverá estar preparado para litigar em todo o território brasileiro independentemente de onde esteja estabelecido “virtualmente”.

Diante da carga probatória imposta pelo artigo 6.º, VIII, CDC, compete ao fornecedor a prova da entrega do produto ou prestação de serviços nos moldes ofertados e contratados, a prova que o produto entregue na residência do consumidor era exatamente o contratado (peso, quantidade, tamanho). Assim, considerando que o juiz poderá inverter o ônus da prova sempre que presente a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência, a empresa deverá estar ciente de que deverá ter condições de efetuar a prova da entrega do bem em perfeitas condições.

Pois bem. Não obstante o arcabouço do CDC e a previsão de tantas garantias, entendeu-se por regulamentar o tema por meio de um Decreto Legislativo que adiante será abordado, juntamente com o direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do CDC.

3. Considerações sobre o DL 7962/13

Em 14/05/13 entrou em vigor, no Brasil, o Decreto Legislativo 7962/13¹⁶ (“DL 7962/13”), que “regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico”¹⁷. O DL 7962/13, em nosso entendimento, surge das dificuldades que foram sendo constatadas com o crescimento das compras online. Não obstante o CDC fosse suficiente para regular o tema, entendeu-se que seria necessário um decreto dispondo sobre a contratação no comércio eletrônico na tentativa de evitar os problemas que estavam surgindo, especialmente no que se refere a: (i) dificuldades de acesso ao fornecedor (o consumidor ainda enfrentava problemas relacionados a sites

16. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm

17. Após a vigência do Decreto (maio/13), em setembro do mesmo ano, a SENA-CON, com o fim de dirimir dúvidas sobre o DL 7962/13, emitiu a Nota Técnica 40/13 apresentando a contextualização do Decreto, análise e conclusão sobre a implementação. Disponível em: Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-no-40-2013-comercio-eletronico.pdf> – Acesso em 27/06/17.

que não informavam endereço físico ou os meios de contato para que pudesse exercer seus direitos, o que dificultava e até mesmo impedia o exercício do direito de arrependimento/reclamações; a cadeia de fornecimento - site, meio de pagamento, marca, imagens, domínio, localização do site, entre outros - gerava uma certa confusão ao consumidor quando pretendia o cancelamento ou reembolso de uma compra; as informações sobre trocas e devoluções, possibilidade e prazo de arrependimento e canais de atendimento não eram disponibilizadas); (ii) falta de transparência, clareza e objetividade na informação envolvendo valor total a ser pago, frete e demais encargos; (iii) desconfiança e receio do consumidor quanto ao sigilo de seus dados; (iv) insegurança quanto às formas de pagamento e entrega; (v) dificuldades para o exercício do direito de arrependimento previsto no artigo 49 do CDC; (vi) problemas gerados com o prazo ou falta de reembolso da quantia paga na hipótese de devolução do produto, entre outros.

O escopo do DL 7962/13, como se nota pela fácil e rápida leitura, preza especialmente: (i) pela informação clara; (ii) atendimento facilitado ao consumidor; e (iii) respeito ao direito de arrependimento. A informação clara diz respeito não apenas aos produtos e serviços comercializados, mas, também, a obrigatoriedade de disponibilização, em local de destaque e de fácil visualização, das informações mais completas acerca da empresa. Informações envolvendo preços, despesas adicionais ou acessórias, valores de entrega ou seguros, condições integrais da oferta, modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto, restrições à fruição da oferta foram as principais preocupações que o DL 7962/13 pretendeu eliminar.

A expansão das compras coletivas também gerou a necessidade de se aclarar a obrigação de informações sobre quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, prazo para utilização da oferta pelo consumidor e identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado.

Em termos de atendimento e contratação, o DL 7962/13 exige a apresentação de sumário do contrato antes da contratação, preservando o exercício do direito de escolha do consumidor, a possibilidade de identificação e correção de erros ocorridos nas etapas anteriores, além de determinar que a empresa confirme imediatamente o recebimento da aceitação da oferta. A disponibilização de canais de atendimento para resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato é outra exigência do DL 7962/13, inclusive, exigindo-se para o atendimento do “pós-venda”, o mesmo meio de atendimento disponível para compra.

A segurança na informação (tratamento de dados) em relação aos meios de pagamento, assim como o dever de informar ostensivamente os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, também é trazido pelo DL 7962/13.

Em relação ao exercício do direito de arrependimento (já previsto pelo artigo 49 CDC)¹⁸, o DL 7962/13 impõe que esta opção do cliente deverá ser comunicada imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou para que seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

O DL 7962/13 não traz prazo certo para que o reembolso da quantia seja realizado. Recomenda-se que a devolução seja efetivada no período de até duas faturas (na hipótese de cartão de crédito), pois presume-se que este seria um tempo hábil para o processamento da comunicação e lançamento do crédito. No entanto, embora o artigo 35 do CDC seja claro quanto às opções do consumidor quando do descumprimento de oferta, bem como a ausência de previsão de prazo legal para a reembolso de quantia paga quando do arrependimento, recentemente, em decisão bastante criticada, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹ (“STJ”) decidiu no sentido de que uma determinada empresa seja obrigada a incluir, em seus contratos, a previsão de multa quando do atraso na entrega de mercadoria, assim como também incluía previsão de multa quando do atraso de restituição de valores pagos em caso de arrependimento do consumidor.

Assim, não obstante a regulamentação do tema, até o momento nota-se a falta de adequação de determinados sites e empresas. Mais do que isso, o tema ainda gera dúvidas, principalmente envolvendo o direito de arrependimento, na medida em que há situações em que o CDC e o DL 7962/13 não dispõem de forma objetiva, sendo necessário recorrer aos deveres de boa-fé e conduta esperada para solução dos conflitos e decisões a serem tomadas pela empre-

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

19. (REsp 1548189 / SP (2014/0173222-3), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO – TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/17).

sa quando da solicitação de cancelamento da compra por meio do direito de arrependimento.

Há hipóteses em que a contratação ocorre em uma loja física, mas sem acesso ao produto. Nestes casos, considerando que entendemos que o escopo da norma é a aquisição consciente e refletida e que no próprio estabelecimento comercial físico o consumidor, em tese, tem a oportunidade de questionar, dialogar e compreender melhor o produto buscado e a informações para troca, preço e forma de contato e pagamento, entendemos que não há se falar em direito de arrependimento, mas em livre escolha do consumidor de adquirir, por sua conta e risco, um produto na loja sem que tenha acesso àquele no momento. Assim, o fato de não levar o produto naquele momento e recebê-lo em sua casa, não daria o direito de arrepender-se em 7 dias.

No que se refere ao direito de arrependimento envolvendo produtos personalizados e sob medida, como o CDC e o DL 7962/13 não trazem qualquer exceção ao exercício do arrependimento, tem-se que, pelo artigo 47 do CDC, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor. Assim, não se pode afirmar que, pela leitura da lei, tal direito possa ser negado. Porém, diante da própria característica do produto, “da criação do produto pelo próprio consumidor”, que teve possibilidade de moldá-lo aos seus interesses e escolhas e que foi absolutamente customizado e criado para aquele consumidor específico, recomenda-se que eventual restrição à troca seja clara e previamente informada logo no início da escolha do bem e que prevaleça a boa-fé objetiva, o equilíbrio e harmonia das relações de consumo, de forma que nenhuma das partes pretenda extrair vantagem exagerada em detrimento da outra. Igualmente, entendemos que também deve ocorrer: (i) na hipótese de contratações de risco (investimentos pela internet e por aplicativos); (ii) nos casos de produtos visivelmente usados, deteriorados; (iii) hipóteses de produtos perecíveis em menos de 7 dias, dentre outros. Nestes casos, indubitável que a boa-fé objetiva, desde que precedida de informação prévia, clara e objetiva, deve prevalecer e se sobrepor à exigência de troca e/ou cancelamento.

Importante mencionarmos também que o direito de arrependimento não exige motivação e nem demanda o pagamento de despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual o consumidor pretende desistir²⁰.

Não podemos deixar de mencionar que tramita na Câmara o Projeto de Lei n. 3514/15 que “Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código

20. (REsp 1340604/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013).

de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9.º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais²¹. De acordo com o último andamento, datado de 09/05/17, foi apensado o Projeto de Lei n. 6.533/2016 ao Projeto de Lei n. 3.514/2015. A ementa do Projeto de Lei n. 6533/16 “Determina a aplicação de lei mais favorável ao consumidor, nos casos que especifica”.

Muito do que consta no Projeto de Lei n. 3514/15 já consta no DL 7962/13. No entanto, o projeto pretende suprir, aperfeiçoar e solucionar os problemas surgidos e debatidos ao longo dos anos no que se refere ao comércio eletrônico e, ainda, alterar a redação do artigo 49 do CDC (de acordo com o texto acessado em 26/06/17), para impor devolução da quantia paga em dobro na hipótese de descumprimento, pelo fornecedor, de obrigações envolvendo o direito de arrependimento.

4. Conclusão

O presente artigo pretendeu trazer uma síntese do regime jurídico que envolve o tema, destacando, desde já, que se discute na Câmara dos Deputados a alteração do CDC para o fim de incluir na Lei 8078/90 dispositivos que regulam especificamente o comércio eletrônico, alertando os fornecedores sobre a intenção do legislativo. No que se refere a atual regulamentação, nota-se que a informação prévia, adequada e clara por parte do fornecedor e a facilitação do atendimento ao cliente e do direito de arrependimento revelam-se como as principais preocupações. Nestes termos, diante dos atuais números envolvendo o comércio eletrônico, é certo que o respeito ao consumidor será fator preponderante e diferencial para as empresas manterem-se no mercado online, conquistando o respeito dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, e do Judiciário, corroborando com o que determina o artigo 170, V, da CF e o artigo 4.º, III, do CDC.

21. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488> – Acesso em 26/06/17.

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR: A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS E O PROBLEMA DO *BIS IN IDEM*

FABIO TEIXEIRA OZI E

LIGIA LIMA GODOY

Área do Direito: Direito das Relações de Consumo.

Resumo: O presente artigo busca, de forma não exaustiva, apontar o entendimento jurisprudencial sobre a duplicidade de sanções aos fornecedores de produtos ou serviços por múltiplos órgãos de defesa do consumidor na esfera administrativa, por um mesmo fato.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – Sanções Administrativas – *Bis in Idem*.

No Brasil, a regulamentação normativa direcionada para o direito consumerista chegou tardiamente. A despeito de o projeto para este fim específico ter surgido no país ainda em meados de 1977, a codificação dos direitos dos consumidores só teve início onze anos depois, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (“CF”), que previu no seu artigo 5.º, inciso XXXII que “*o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor*”.

A esse respeito, cumpre destacar que a CF, em seu Ato de Disposições Transitórias, apresentou a exigência de se sistematizar e ordenar o sistema infraconstitucional das normas de direito privado e público, por meio da criação de um código de defesa dos consumidores¹. Nesse cenário é que sobreveio,

1. ADCT, art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

então, o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), aprovado pelo Congresso Nacional em 1990.

Com sua vigência se iniciando em 11 de março de 1991, o *diploma consumerista* é bastante novo e recém completou vinte e cinco anos no ordenamento pátrio, servindo como importante balizador nas relações mercadológicas que prosseguem em ascensão ante o fenômeno da globalização, apurado com a quebra de fronteiras decorrente do desenvolvimento das mídias digitais e tecnologias inovadoras – como as redes sociais, que conferem inegável e rápida aproximação entre público e fornecedor.

Desde sua promulgação, o CDC “*visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo*”². Diz-se, assim, que o Direito das Relações de Consumo passou a se constituir no país como um subsistema jurídico absolutamente autônomo. Não é uma parte do Direito Civil, nem do Direito Comercial, tampouco do Direito Administrativo, mas, sim, *classificado como um dos ramos do direito difuso*³.

O resultado da tardia implementação da norma de proteção específica no ordenamento jurídico trouxe máculas até hoje não superadas na prática pelos aplicadores do Direito em nosso sistema jurídico. Isso porque, em praticamente todo o Século XX, os legisladores do país “*acabaram aplicando às relações de consumo a lei civil para resolver os problemas que iam surgindo*”⁴, e, por isso, a aplicação da lei vem ainda ocorrendo de modo equivocado em diversas oportunidades. Aplica-se a norma puramente civil quando, na realidade, a norma específica tinha cabimento. A esse respeito, RIZZATO NUNES afirma que “*esses equívocos permanecem na nossa formação jurídica, ficaram na nossa memória influenciando na maneira como nós enxergamos as relações de consumo, e, atualmente, temos toda a sorte de dificuldade para interpretar e compreender um texto que é bastante enxuto [o Código de Defesa do Consumidor]*”⁵.

2. FILOMENO, José Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26,
3. SANTANA, Hector Valverde. Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo, Editora RT, vol. 22, pag. 44.
4. NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 5ª Edição. Editora Saraiva, p; 58.
5. NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 5ª Edição. Editora Saraiva, p; 58.

A aplicação equivocada da lei consumerista também ocorre em virtude de verdadeira *confusão* causada pelos próprios entes fiscalizadores quando da análise de sua observância pelos fornecedores. Os múltiplos órgãos administrativos e a competência concorrente a eles conferida gera, costumeiramente, situações de extrema injustiça com a aplicação de *dupla condenação* pelos órgãos administrativos de defesa do consumidor por um mesmo fato.

O papel da doutrina e da jurisprudência na correção desses equívocos é mister, de tal modo que, aos operadores do Direito, cabe o zelo na aplicação da lei e na construção de novos paradigmas que acompanhem a sociedade de consumo e não torne a intenção do legislador, de proteger o *vulnerável* na relação de consumo e manter um mercado de consumidor saudável, algo próximo de obsoleto. Explica-se.

Relembre-se que, sendo o CDC *norma principiológica* de ordem pública, entendida como deflagradora de um microsistema jurídico, o *códex* prevê normas de cunho civil, administrativo e penal visando dar cumprimento ao regramento do mercado de consumo. O CDC, no âmbito da *tutela civil*, prevê como regra, a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto e serviço; no âmbito da *tutela penal* prevê a imposição de multa e sanções para fazer valer suas previsões; e, no âmbito da *tutela administrativa*, prevê a implementação/criação de órgãos que atuem com *poder de polícia* na gestão das relações de consumo, com o objetivo de dar efetividade e coesão ao sistema.

A esse respeito, destaca-se que a tutela administrativa se dá por meio de diversos órgãos, sistematizados por meio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”), que foi regulamentado pelo Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, “*integrando órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municípios, incluindo ainda entidades civis de defesa do consumidor sem que haja, entre eles, hierarquia ou subordinação (art. 105, CDC)*”⁶.

Para coordenar esse conjunto de estruturas é que o artigo 106 do CDCr e o artigo 3.º do Decreto n. 2.181/97 previram a criação da Secretaria Nacional do Consumidor (“SENACON”), que integra o Ministério da Justiça e, ao lado do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor (“DPDC”), da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (“PROCONS”) e demais órgãos regulatórios, fiscaliza a observância às regras consumeristas no país.

Cumprir destacar, sobre a organização do sistema de consumo, o importante papel da SENACON, pois, “*além do planejamento, elaboração, coordenação*

6. <http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>

*nação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, a SENACON também atua na análise de questões que tenham repercussão nacional e interesse geral, na promoção e coordenação de diálogos setoriais com fornecedores, na cooperação técnica com órgãos e agências reguladoras, na advocacia normativa de impacto para os consumidores, na prevenção e repressão de práticas infratoras aos direitos dos consumidores*⁷.

A SENACON tem atuação concentrada no planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo⁸. De acordo com o artigo 4.^º do CDC, a Política Nacional das Relações de Consumo visa “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”.

7. <http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>
8. <http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor>
9. “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: 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 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.

No que toca às *sanções administrativas*, o Decreto n. 2.181, de 20.3.1997, estabeleceu as normas gerais de aplicação de tais sanções, definindo como *práticas infrativas* o rol taxativo dos artigos 12 e 13, e as práticas enganosas no artigo 14 do normativo.

O artigo 5.º do mencionado Decreto, por sua vez, estabelece que qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual, municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações à legislação consumerista.

O artigo 56 do CDC, ainda, também em rol taxativo, estabelece as sanções administrativas aplicáveis pelos órgãos federais, estaduais, Distrito Federal e municipais integrantes do SNDC, em caso de infração às normas ali previstas. Notadamente: (i) multa, (ii) apreensão do produto viciado, (iii) inutilização do produto, (iv) cassação de seu registro, (v) proibição de fabricação do produto, (vi) suspensão do fornecimento, (vii) suspensão temporária da atividade da empresa, (viii) revogação de concessão ou permissão de uso, (ix) cassação de licença ou interdição do estabelecimento, (x) intervenção administrativa e (xi) imposição de contrapropaganda.

As sanções mais severas, como a suspensão temporária da atividade da empresa, cassação de alvará de licença, interdição do estabelecimento e intervenção administrativa devem, em princípio, ser aplicadas a hipóteses em que o fornecedor “*reincidir na prática das infrações de maior gravidade*”¹⁰ da lei consumerista.

A esse respeito, a doutrina se manifesta afirmando que “*a interdição de estabelecimento, bem como a intervenção administrativa, devem ser aplicadas in extremis, justamente por envolver restrição ao princípio constitucional da livre iniciativa, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômi-*

10. Art. 59. As penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, quando o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade previstas neste código e na legislação de consumo.

§ 1.º A pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual.

§ 2.º A pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação de licença, a interdição ou suspensão da atividade.

ca (cf. art. 170 e parágrafo único)¹¹. Portanto, para que não se inviabilize os negócios, prevê-se a reincidência como agravante das penalidades administrativas, condicionando à aplicação das mais graves à prova de sua ocorrência no caso concreto, o que parece bem acertado.

Deve-se acrescentar também que, muito embora não seja previsto literalmente no Decreto n. 2.181/1997, mais especificamente no artigo que versa sobre sua competência (artigo 3.º), pode também a SENACON, em casos extremos, optar por impor obrigações ativas aos fornecedores, como, por exemplo, a realização compulsória de uma campanha de chamamento. Esta imposição somente seria possível nos casos em que o defeito ou potencial defeito encontrado no produto ou serviço possa colocar em risco a integridade física dos consumidores e o fornecedor apresenta resistência à realização do chamamento espontâneo.

Já no que se refere às *sanções de natureza pecuniária*, o artigo 57 do CDC prevê a aplicação de multa mediante procedimento administrativo, a qual poderá ser fixada em valor entre duzentas e “três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo”¹². Para a fixação adequada da multa, serão levados em consideração: (i) a gravidade da infração, (ii) a vantagem eminentemente econômica auferida pelo fornecedor¹³ e (iii) a condição econômica do infrator.

Haja vista o subjetivismo imbuído na previsão do dispositivo em questão, diversos PROCONS estaduais e municipais do país passaram a adotar, cada um, uma equação aritmética e/ou procedimentos próprios para apurar o valor da sanção de acordo com a gravidade da infração cometida¹⁴.

11. DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ada Pelegrini, 5ª ed., Rio de Janeiro, forense, 1998, p. 473.

12. Art. 57 do CDC. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

13. Sobre a vantagem auferida, pronunciou-se Zelmo Danari (Op. Cit): “Temos como certo que essa vantagem será de caráter econômico. Quanto maior essa vantagem, maior há de ser a multa”.

14. VIDE, por exemplo, a Portaria 45/2015 expedida pelo PROCON-SP.

Diante da atuação insistente e, por vezes, automática de tais órgãos é que, para se evitar abusos com a aplicação de sanção pecuniária excessiva, em patente violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade previstos constitucionalmente, o Poder Judiciário costumeiramente sopesa a aplicação deste tipo de sanção, intervindo, assim, para redução dos valores aos patamares mais equilibrados:

“[...] Ação anulatória. Multa PROCON/RJ. Decisão administrativa. Fundamentação. Redução do valor da multa [...]. Por outro lado, o valor da multa fixado não poderá ser mantido. Muito embora a quantia esteja dentro do limite estabelecido no art. 57 da Lei 8.078/90, esta não se mostra razoável em se considerando a gravidade da infração estipulada em leve – e a vantagem econômica auferida, conforme dispõe o art. 3.º da Lei Estadual 3.906/2002. Não se pode olhar, tão-somente, para condição econômica da apelante. Precedentes”¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷.

Trata-se de verdadeiro controle externo pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, essenciais à manutenção da Justiça no Estado Democrático de Direito, coibindo abusos disfarçados de atos dotados de discricionariedade.

Outra situação em que o controle externo se faz necessário se relaciona ao fato de o fornecedor ser submetido a mais de uma multa, em razão da mesma infração, por diferentes órgãos de defesa do consumidor. Esta possibilidade decorre da competência concorrente do poder de polícia dos órgãos de defesa do consumidor previsto no citado artigo 5.º do Decreto n. 2.191/1997¹⁸.

A despeito de a aplicação da multiplicidade de multas ser uma dura e lamentável realidade ainda nos dias de hoje, entende-se pela incorreção dessa prática, por força do princípio do *non bis in idem* vigente no ordenamento jurídico, segundo o qual ninguém pode ser apenado mais de uma vez pelo mesmo fato¹⁹.

15. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. 0275539-05.2008.8.19.0001, Des. Rel. José Carlos Paes, j. 19.10.2011.

16. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. 0181314-27.2007.8.19.0001, Des. Rel. Carlos Eduardo Moreira da Silva. 15.6.2011.

17. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Ap. 0000226-41.2007.4.05.8000, Des. Rel. Marcelo Navarro, j. 10.3.2009.

18. “Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuições para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo”.

19. O *non bis in idem*, ao contrário, tem outra e especial serventia enquanto princípio geral do Direito: a de proibir reiterado sancionamento por uma mesma infração –

Ora,

“não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado”²⁰.

A vedação ao *duplo sancionamento* tem respaldo na própria regulamentação que dispõe sobre a organização SNDC, conforme é possível se depreender dos artigos 15 e 16 do mencionado Decreto 2.181/97. Literalmente:

“Art. 15 – Estando a mesma empresa sendo acionada em mais de um Estado federado pelo mesmo fato gerador de prática infrativa, a autoridade máxima do sistema estadual poderá remeter o processo ao órgão coordenador do SNDC, que apurará o fato e aplicará as sanções respectivas.

Art. 16 – Nos casos de processos administrativos tramitando em mais de um Estado, que envolvam interesses difusos ou coletivos, o DPDC poderá avocá-los, ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, bem como as autoridades máximas dos sistemas estaduais”;

Se de um lado referidos dispositivos consignam a possibilidade de uma empresa ser acionada por mais de um dos órgãos de defesa do consumidor; de outro lado, permitem compreender que, nesses casos, deveria haver a comunhão dos procedimentos administrativos sancionadores, para evitar a ocorrência de decisões que imponham mais de uma penalidade para a mesma infração. Nessa mesma linha, a atual jurisprudência caminha para o afastamento do *bis in idem* em casos de múltiplos órgãos de defesa do consumidor pretender apenar a empresa, apontando para a reunião dos procedimentos administrativos ou, ainda, para a declaração de nulidade, via judicial, de uma das penalidades então impostas.

Cite-se, sobre o tema, que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) se manifestou nesse sentido em caso em que DPDC e PROCON buscavam multar a General Motors do Brasil S/A. Em referido aresto, entendeu-se não ser lícita

vale dizer, afastar a possibilidade de múltipla e reiterada manifestação sancionadora da Administração Pública” (FERREIRA, Daniel, Editora Malheiros, 2ª edição. Página 76).

20. STJ, REsp 1.087.892-SP, 1ª Turma, Ministro Relator Benedito Gonçalves, j. 22.6.2010.

a aplicação de sanções ao fornecedor decorrentes de um mesmo fato²¹, o que leva à inevitável conclusão de que, embora os órgãos de defesa do consumidor possuam âmbitos de competência distintos e estejam em diferentes posições hierárquicas, eles compõem o mesmo *sistema de proteção* aos consumidores e, em última análise, a mesma entidade administrativa, não sendo, assim, tolerada a dupla penalização das empresas.

A Corte Paulista em recente decisão expressamente se posicionou nesse sentido, ao fazer constar que “*ao consagrar para o SENACON o poder de avocar os procedimentos administrativos que corram em paralelo, de sorte a que somente se pode esperar que órgão federal e órgãos estaduais busquem uma sintonia fina, para que infrações às regras de consumo não fiquem sem punição e tampouco sejam punidas em duplicidade ou mesmo multiplicidade, conforme o número de Estados que compõem a Federação*”²². O entendimento é pacífico há alguns anos, conforme se observa de outros precedentes nesse mesmo sentido²³.

Conforme se observa das recentes decisões citadas, o caminhar da jurisprudência permite compreender, pois, que a despeito de a legislação deixar margem à dupla penalização dos fornecedores por diversos os órgãos e entidades que compõem o SNDC, tais órgãos deveriam cuidar para uma aplicação justa das normas consumeristas, evitando a multiplicidade de procedimentos administrativos para penalização pelo mesmo fato, sob pena de posterior declaração de nulidade, na linha do quando já foi definido pelo Poder Judiciário.

A inobservância desta realidade pelos órgãos do SNDC causa, unicamente, a movimentação desnecessária do Poder Judiciário, que atuará como verdadeiro fiscal dos excessos cometidos no âmbito administrativo, sobretudo porque um mercado de consumo saudável é aquele em que o fornecedor também não é submetido a injustiças. Burlar essa realidade para justificar a inde-

21. SRJ, REsp 1087892/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 22.6.2010.

22. Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 0013705-52.2013.8.26.0053, Rel. Souza Meirelles, j. 8.3.2017.

23. MANDADO DE SEGURANÇA – ÚNICA INFRAÇÃO AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, OBJETO DE MULTAS DISTINTAS, UMA PELO DPDC (âmbito federal), no grau máximo, e outra pelo PROCON/SP (esfera estadual) – Inadmissibilidade (“bis in idem”) – Sentença reformada – Confronto das situações previstas pelos § 1.º, do artigo 10, e 8.º e 10 “caput”, do Código do Consumidor, “que se excluem, não coexistem e, como tal, não podem ser, cumulativamente, sancionadas. Descumpriu-se, ainda, a lei, ao se aplicar, com esse procedimento, muitas, que sancionadas ultrapassam o limite previsto para a mesma infração”. Recurso provido, concedendo-se a ordem, nos termos do pedido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Milton Gordo; Comarca não informada; j. 12.7.2006).

vida aplicação de multas com caráter confiscatório aos fornecedores desvirtua a própria essência do CDC, desprestigiando a norma específica.

Por fim, no que tange às *sanções de cunho penal* e sem a pretensão de se aprofundar no assunto, bastante amplo e até mesmo controvertido no ordenamento jurídico pátrio, destaca-se que o Código de Defesa do Consumidor define diversos tipos penais entre os artigos 61 a 74, além de existirem outros delitos contra as relações de consumo, definidos ora pelo próprio Código Penal, ora por Leis Especiais Penais.

A responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, no entanto, somente se processa no âmbito da responsabilidade civil, inexistindo, em regra, nosso ordenamento pátrio, a responsabilidade penal objetiva.

Sabe-se, por fim, que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se de pleno direito, sendo independentes entre si. Por essa razão, não há que se falar no vedado *bis in idem* para a condenação de fornecedor pelas diferentes esferas, já que em cada uma delas responderá por condutas diversas.

O *bis in idem* que vem sendo afastado pelos Tribunais do país é àquele relacionado à dois ou mais órgãos administrativos detentores de competência concorrente que punem o fornecedor em procedimentos administrativos paralelos no âmbito de suas atribuições, ainda que pelo mesmo fato, o que realmente não pode ser admitido e releva-se um desserviço à coletividade, além de desprestígio ao quanto inicialmente preconizado pelo Diploma Consumerista.

TUTELA DO CONSUMIDOR NO BRASIL: DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

PRISCILA DAVID SANSONE TUTIKIAN E
AMANDA CELLI CASCAES

Área do Direito: Consumidor; Direito Processual.

Resumo: Este artigo objetiva fornecer um panorama dos aspectos de ordem processual previstos no CDC, os quais balizam as demandas envolvendo consumidores. A partir de um exame das garantias e princípios processuais, e dos objetivos traçados pelo conjunto normativo de Direito do consumidor, o artigo oferece um apanhado dos principais aspectos que envolvem as demandas individuais e coletivas que podem ser movidas no ambiente das relações de consumo no Brasil.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – Relação de consumo – Garantias processuais – Tutela individual e coletiva dos consumidores.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Noções gerais sobre a tutela processual do consumidor; 1.1 As garantias processuais previstas no CDC; 1.2 A primazia pela efetividade da prestação jurisdicional; 2. A tutela individual e coletiva dos direitos do consumidor; 2.1 As demandas do consumidor individual: PROCONs, Reclamação Pré-processual, Juizado Especial Cível e Justiça Comum; 2.2 A proteção coletiva de interesses e direitos: as ações coletivas; 3. Conclusão.

Introdução

Quando promulgado, o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) foi considerado por muitos um conjunto de normas revolucionário, apto a mo-

dificar de forma profunda e definitiva as relações privadas no Brasil, estabelecendo um novo padrão de boa-fé e qualidade nas relações econômicas. Não se deve perder de vista, entretanto, que se trata de um microsistema de codificação parcial, cujo objetivo consiste na proteção prioritária de um grupo social: os consumidores.¹ Além do conjunto de regras a ser observado, o CDC também estabelece valores e princípios básicos que devem pautar as relações mantidas entre as partes que o código visa a tutelar, incidindo sobre a atuação de fornecedores e consumidor no âmbito judicial e fora dele. Em seu artigo 6.º, o CDC assegura aos consumidores o direito de acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com particularidades para a sua defesa, mas, mais do que isso, o microsistema impõe princípios e normas de ordem processual, que deverão pautar os procedimentos que envolvem relações de consumo.

1. Noções gerais sobre a tutela processual do consumidor

1.1 *As garantias processuais previstas no CDC*

O CDC contém normas de caráter procedimental, que pautarão as demandas consumeristas, no intuito de concretizar o objetivo declarado de facilitação e proteção dos direitos dos consumidores visando a sua completa defesa. Trata-se de normas especiais, que prevalecem diante das regras gerais previstas no Código de Processo Civil (“CPC”), nos termos de alguns de seus aspectos principais a serem, exemplificativamente, analisados a seguir.

Quando do ajuizamento de ações de responsabilidade civil, os consumidores têm a opção de fazê-lo no foro do seu domicílio, como forma de facilitar o acesso à Justiça e impor (ou transferir) ao fornecedor os eventuais custos de litigar em local diverso da sua sede. Além disso, ao consumidor carente é assegurada a assistência jurídica integral e gratuita, que abrange as custas e taxas processuais (concessão do benefício da gratuidade de justiça) e a representação processual (que poderá ser exercida pela Defensoria Pública ou órgãos administrativos de proteção ao consumidor, podendo ainda ser dispensada,

1. “O CDC, como codificação, é parcial, é uma pequena (micro) codificação especial, privilegiadora de um sujeito ou grupo de sujeitos. [...] Em resumo, as leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade [...]” (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60, 73).

caso o procedimento seja proposto perante o Juizado Especial Cível, e a causa, de menor valor).

No que tange ao polo passivo do processo, os pleitos podem ser intentados pelos consumidores frente a quaisquer fornecedores que tenham participado da cadeia de consumo, podendo também optar por acionar apenas um desses fornecedores em juízo. Há responsabilidade solidária entre todos os integrantes da cadeia de consumo (fabricante, industrializador, importador, representante comercial, distribuidor final, comerciante etc.). Ao fornecedor que foi acionado judicialmente, o ordenamento jurídico assegura o direito de regresso, a ser exercido em ação autônoma, ajuizada em face do fornecedor que tenha sido *comprovadamente* responsável pela causação do dano.

Como decorrência da opção do legislador por responsabilizar solidariamente todos os fornecedores envolvidos na cadeia de consumo, há disposição no CDC vedando o instituto da denunciação à lide, justamente porque o fornecedor incluído no polo passivo deve responder sozinho pela demanda.² Contudo, a vedação expressa no artigo 88 do CDC foi recentemente flexibilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) em julgado cujo fundamento foi: não havendo prejuízo ao consumidor, a norma deve ser interpretada à luz dos princípios da celeridade e economia processual:

In casu, tendo havido já condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, a interpretação do art. 88 do CDC deve ser realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo, *não havendo justificativa, no caso, para se cassar a decisão de admissão da denunciação da lide.*³

2. Sobre o tema, o STJ possui entendimento consolidado: “A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide” (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 334.359/SP, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 20/03/2014, Relator Ministro Marco Buzzi).
3. Recurso Especial n. 913.687/SP, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 11/10/2016, Relator Ministro Raul Araújo.

Outra norma de relevante importância processual diz respeito à produção de provas em demandas consumeristas: a possibilidade de inversão do ônus da prova, de forma a eximir o consumidor de provar determinados fatos que constituem a causa de pedir. De acordo com o CDC, o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova, nos casos em que, a seu critério, (i) a alegação do consumidor for verossímil ou (ii) o consumidor for considerado hipossuficiente. Não será invertido o ônus da prova em toda e qualquer relação de consumo, mas somente quando estiverem presentes os requisitos para tanto, conforme posição consolidada pelo STJ.⁴ Nessas hipóteses, a regra geral prevista no CPC (artigo 373), do ônus da prova ser do autor para fatos constitutivos de seu direito, é afastada, para aplicação da inversão prevista no CDC.

A verossimilhança é a “aparência de veracidade que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece”,⁵ ao passo que a hipossuficiência é um conceito jurídico indeterminado que não se confunde com vulnerabilidade, uma vez que “todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor será hipossuficiente”.⁶ A hipossuficiência pode ser conceituada como uma redução da capacidade do consumidor, de origem informacional, educacional, técnica, econômica, dentre outras. De acordo com o entendimento do STJ, a inversão do ônus da prova está limitada ao fato cuja prova dependa de conhecimentos técnicos específicos detidos pelo fornecedor:

A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6.º, inciso VIII, do CDC, *está ancorada na assimetria técnica e informacional* existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que *a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova*, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais

4. “A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, nos termos do art. 6.º, VIII, do referido instrumento normativo, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis, ou a parte seja hipossuficiente” (Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1478062/SP, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15/12/2016, Relator Ministro Raul Araújo; grifo nosso)
5. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 381.
6. *Ibid.* p. 381.

facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.⁷ (Grifo nosso)

Ainda, caso o fornecedor possua apólice de seguro que cubra a sua responsabilidade, o CDC permite que a empresa seguradora seja chamada a compor o polo passivo do processo (artigo 101, inciso II, do CDC). A finalidade da norma, novamente, é a de proteger o consumidor, na medida em que a inclusão da seguradora na demanda permite que a decisão seja executada pelo consumidor diretamente contra a seguradora, aumentando as chances de êxito da fase de execução.⁸

1.2 A primazia pela efetividade da prestação jurisdicional

Visando a garantir a efetividade das suas disposições, o CDC prevê inúmeros conceitos abertos, a serem moldados e aplicados dependendo das peculiaridades do caso concreto, tais como: “vantagem manifestamente excessiva” (artigo 39, inciso V), “suficientemente precisa” (artigo 30), “informação depreciativa” (artigo 39, inciso VII), “obrigações iníquas, abusivas, [...] ou incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (artigo 51, inciso IV), “excessivamente onerosa” (artigo 51, §1.º, inciso III), dentre outros. Contudo, não foi por acaso que o legislador optou por fazer referência a conceitos jurídicos indeterminados. Em realidade, trata-se de um meio de outorgar liberdade interpretativa ampla

7. Recurso Especial n. 720.930/RS, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 20/10/2009, Relator Ministro Luis Felipe Salomão.
8. Veja-se, exemplificativamente: “Com efeito, o próprio legislador, ao elaborar a regra, excepcionou, tão somente, a participação das seguradoras nos processos indenizatórios, em vista do disposto no art. 88 do aludido Diploma Legal, *porquanto é inegável que as grandes empresas desse ramo de atividade possuem, em regra, aporte financeiro significativo, muitas vezes maior do que o próprio segurado circunstância que, por conseguinte, aumenta as chances de recebimento da indenização pelo prejudicado*, pleito que restou deferido no caso em epígrafe” (Agravo de Instrumento n. 2049701-03.2017.8.26.0000, julgado pela Décima Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 22/05/2017, Relatora Claudia Grieco Tabosa Pessoa; grifo nosso) e “Cuidando-se de relação de consumo, a denúncia da lide é vedada (art. 88 do CDC); mas o chamamento ao processo pode ser admitido, à luz do inciso II, artigo 101 do referido Código. *A norma em comento tem como desiderato a proteção do consumidor, porquanto o instituto do chamamento coloca o terceiro na condição de devedor solidário, permitindo que eventual sentença condenatória seja executada diretamente contra a seguradora*” (Agravo de Instrumento n. 70070219837, julgado pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 03/11/2016, Relator Túlio de Oliveira Martins; grifo nosso).

ao juiz, permitindo que as normas sejam flexibilizadas à luz dos novos fatos e circunstâncias, perpetuando a sua aplicabilidade.

A preocupação do CDC em garantir a efetividade da prestação jurisdicional verifica-se pela preferência do legislador pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, ao invés de promover a conversão da obrigação em perdas e danos. Isso decorre da conclusão de que a efetividade do processo está diretamente ligada à possibilidade de o consumidor, quando vitorioso, gozar do resultado prático almejado. Este é o posicionamento do STJ:

Conquanto não haja previsão em lei ou norma regulamentadora que estabeleça a obrigação de inclusão no DUT da informação pretendida, *a tutela e promoção da defesa do consumidor impõem ao Estado, por seus órgão e entidades, o dever de garantir a máxima efetividade e concretude dos direitos básicos elencados no art. 6.º do CDC*. A conformidade em tese do pedido com o ordenamento jurídico nacional é suficiente para afastar a impossibilidade jurídica do pedido e garantir o direito à apreciação do mérito da ação.⁹ (Grifo nosso)

Ainda relacionada à ideia de que o consumidor não deveria satisfazer-se com “prêmio consolação” está a possibilidade de o juiz tomar as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da obrigação na sua forma específica, ainda que em cognição sumária. Desse modo, foram ampliados os poderes do juiz no que tange à antecipação de tutela, desde que haja plausibilidade no pleito formulado pelo consumidor e receio de ineficácia do provimento final (artigo 84, §3.º, do CDC).

Por fim, importante ressaltar que o juiz está autorizado pelo artigo 84, §4.º, do CDC, e ainda que o autor não tenha feito pedido nesse sentido, a impor penalidades pecuniárias nas decisões liminares ou na própria sentença – a serem aplicadas (e agravadas, se necessário) ao réu que descumpra a decisão. A finalidade de tal imposição consiste em compelir o réu a obedecer a ordem do juiz e, portanto, garantir a efetividade da decisão, especialmente diante de uma determinação de obrigação de fazer ou não fazer. Contudo, por opção do autor ou caso a execução da tutela específica não seja possível, a obrigação poderá ser convertida em perdas e danos (artigo 84, §1.º do CDC), ficando o autor intitulado a receber o valor correspondente às multas aplicadas e à verba

9. Recurso Especial n. 1338207/GO julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 22/10/2013, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

indenizatória fixada pelo juiz (com possível cumulação de danos materiais e morais).¹⁰

2. A tutela individual e coletiva dos direitos do consumidor

2.1 *As demandas do consumidor individual: PROCONs, Reclamação Pré-processual, Juizado Especial Cível e Justiça Comum*

Em âmbito administrativo, o consumidor tem a possibilidade de formular uma reclamação perante os órgãos administrativos de defesa do consumidor (como, por exemplo, os Programas de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCONs). Contudo, a atuação de tais órgãos a nível *individual* consiste (i) na tentativa de solucionar a controvérsia de forma conciliadora junto ao fornecedor e, caso não seja possível, recomendar ao consumidor que o pleito seja levado ao Poder Judiciário; ou (ii) analisar se tal pleito reflete uma prática abusiva que afeta uma coletividade de consumidores e que, portanto, legitima a atuação da entidade a nível *coletivo*.

Já em âmbito judicial, o consumidor que se sentir de alguma forma lesado poderá acionar o Poder Judiciário, optando por ajuizar a ação perante o Juizado Especial Cível (“JEC”) ou perante a Justiça Comum. Contudo, antes mesmo do ajuizamento de uma demanda propriamente dita, o consumidor poderá acionar o Poder Judiciário por meio de uma Reclamação Pré-processual, cujo procedimento está previsto no artigo 165 e seguintes do CPC, e que consiste em inovação no sistema processual brasileiro. Por meio de centros de solução consensual de conflitos, busca-se a solução consensual pela via do acordo; porém, caso não seja possível, o consumidor pode optar por ingressar com um processo em juízo.

Baseado no princípio de amplo acesso à Justiça, o microsistema dos Juizados Especiais (criado pela Lei 9.099/1995) é uma alternativa para enfrentamento de litígios de menor complexidade ou baixo valor econômico, que provavelmente não chegariam à Justiça Comum.¹¹ Os consumidores podem

10. De acordo com Hélio Zaghetto Gama, “o consumidor deverá comprovar os prejuízos materiais ou patrimoniais que sofreu e indicar a repercussão, no campo pecuniário, das lesões morais sofridas. Poderá apresentar laudos ou demonstrativos que embasem a indenização pleiteada” (GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 152).

11. Em virtude do baixo valor econômico envolvido em tais demandas, os consumidores poderiam optar por não acionar o Poder Judiciário, em especial diante do tempo para a obtenção de um pronunciamento judicial, dos valores a serem gas-

optar por ingressar com demandas perante o JEC quando a causa for de baixa complexidade e o valor econômico envolvido não exceder quarenta (40) salários mínimos.¹² O procedimento perante os Juizados Especiais – pautado pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade, e visando à celebração de acordo entre as partes – apresenta peculiaridades em relação aos pleitos processados perante a Justiça Comum.¹³

O procedimento tem início com a apresentação de uma petição inicial, escrita ou oral, e conta com a realização de uma audiência de conciliação (presidida por um conciliador) e uma de instrução e julgamento (presidida por um juiz leigo ou togado). O juiz pode optar por inquirir um técnico de sua confiança,¹⁴ mas eventual necessidade de produção de prova pericial completa pode resultar na extinção do feito, diante da ausência de simplicidade na causa.¹⁵ A decisão proferida em um processo que tramite perante o JEC deve conter os elementos que levaram à formação da convicção pelo juiz,¹⁶ e será pautada pela equidade, justiça e bem-estar da sociedade – racional bastante similar ao previsto no CDC. A sentença pode ser objeto de recurso (para órgão recursal pertencente ao próprio sistema do Juizado Especial, as chamadas Turmas Recursais, e não destinado a Tribunal de Justiça estatal) e é executável perante o próprio JEC.

Contudo, o consumidor poderá acionar a Justiça Comum por sua livre escolha ou quando a complexidade ou valor da causa não permitirem o seu

tos com honorários advocatícios contratuais, custas e taxas judiciais, bem como possíveis honorários advocatícios de sucumbência em caso de decisão de improcedência da demanda, dentre outros.

12. Em 2017, quarenta (40) salários mínimos nacionais correspondem a aproximadamente R\$ 37.480,00. De acordo com o artigo 3.º, §3.º da Lei 9.099/1995, “A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação”.
13. Como forma de exemplificar a simplicidade e informalidade que regem os procedimentos que tramitam perante o JEC, pode-se mencionar a possibilidade de realização de intimações pelo aplicativo WhatsApp, considerado meio idôneo de comunicação nos termos do artigo 19 da Lei 9.099/1995. A utilização da ferramenta (de forma facultativa, sem imposição às partes) está amparada por decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em junho de 2017, no âmbito do Procedimento de Controle Administrativo n. 0003251-94.2016.2.00.000.
14. De acordo com o artigo 35 da Lei 9.099/1995.
15. De acordo com o artigo 51, inciso II, da Lei 9.099/1995.
16. Artigo 38 da Lei 9.099/1995: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”.

acesso ao JEC – cenário no qual o procedimento observará o disposto no CPC, à luz das garantias processuais previstas no CDC (primeira parte deste artigo). Salienta-se que no procedimento perante a Justiça Comum, será permitida a produção ampla de provas (inclusive de cunho técnico, como perícias complexas), observada a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, em especial diante de sua eventual hipossuficiência técnica.

2.2 *A proteção coletiva de interesses e direitos: as ações coletivas*

Assim como ocorre nas demandas individuais, também a tutela coletiva pode surgir no âmbito dos órgãos administrativos competentes. Perante o Ministério Público, o procedimento (inquérito civil), visa a apurar eventuais práticas abusivas e danos causados à coletividade, com a finalidade de coibir ou punir lesões a tal gama de consumidores. No âmbito dos PROCONs, estaduais ou municipais, o procedimento (reclamação), tem por finalidade primordial a resolução do conflito pela via do acordo, mas também pode culminar na aplicação de sanção (multa pecuniária) aos fornecedores. Mesmo no caso de uma lesão individual a consumidor, o órgão administrativo poderá intervir caso verifique que tal prática (considerada abusiva) foi efetivada pelo fornecedor frente a uma coletividade de consumidores. É o exemplo de uma lesão contratual oriunda de cláusula abusiva inserida em um contrato de adesão, replicado a inúmeros consumidores.¹⁷

A autoridade administrativa tem legitimidade para proferir decisões impondo obrigações de fazer ou não fazer aos fornecedores, bem como para aplicar penalidades pecuniárias. Além disso, o fornecedor pode optar por assinar termo ou compromisso de ajustamento de conduta (instrumento conhecido pela sigla ‘TAC’), por meio do qual obriga-se a adequar as suas práticas às exigências legais. Em caso de descumprimento da decisão, o fornecedor pode tornar-se réu em ação coletiva ou ação civil pública.

Em âmbito judicial, as ações coletivas foram recepcionadas com entusiasmo pela doutrina: “[a]s ações coletivas constituirão, sem dúvida, o melhor

17. A tutela jurisdicional dos contratos de adesão, em especial frente a cláusula abusivas, reflete uma preocupação por parte da doutrina brasileira, que defende a atuação de ofício dos órgãos jurisdicionais: “A efetividade está também ligada ao controle judicial das cláusulas abusivas dos contratos de consumo, considerado o crescimento dos contratos de adesão, permitindo-se o pronunciamento judicial independente de provocação, por ser matéria de interesse social, elevando o Código de Defesa do Consumidor a uma nova ordem jurídica” (CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24).

mecanismo para a obtenção da proteção dos interesses do consumidor”.¹⁸ O polo ativo de tais demandas pode ser composto pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, por Entidades e Órgãos da Administração Pública e/ou por Associações legalmente constituídas. Deve-se atentar para o fato de que a existência de ação coletiva em curso não induz litispendência para as ações individuais ajuizadas pelos consumidores, de forma que o autor de uma ação individual poderá optar por suspender a sua demanda (a fim de aproveitar os efeitos da decisão proferida na ação coletiva), ou dar a ela prosseguimento, hipótese na qual não será beneficiado por eventual decisão favorável na ação coletiva.

Os interesses e direitos que permitem uma tutela coletiva (difusos, coletivos e individuais homogêneos) estão especificados no artigo 81 do CDC. Entende-se por direitos *difusos* aqueles que possuem natureza indisponível (que não admite transação), com objeto indivisível, e cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como, por exemplo, pessoas que residem em uma mesma localidade, que foram expostas a um mesmo risco ou prática abusiva. Os direitos *coletivos*, por sua vez, também não admitem transação e possuem objeto indivisível, mas dizem respeito a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Sobre tais direitos, a doutrina brasileira afirma:

É por isso que se diz que os direitos ou interesses difusos e coletivos não são públicos e nem privados; pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém; dizem respeito aos valores da comunidade como um todo, valores que não se confundem com os de cada pessoa.¹⁹

As decisões proferidas em sede de ações coletivas geram efeitos *erga omnes* (valem para todos) quando se referem a direitos difusos, justamente em virtude da natureza indivisível e transindividual desses direitos. No caso de direitos coletivos, as decisões geram efeitos *ultra partes*, uma vez que estarão limitados ao grupo, categoria ou classe a quem dizem respeito. Em ambos os cenários, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, outro legitimado poderá propor nova ação com o mesmo fundamento, oportunidade em que poderá produzir outras provas visando à procedência da demanda. Destaca-se que, em caso de condenação pecuniária do fornecedor, a

18. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 476.

19. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 397.

indenização será revertida a um fundo, de cuja gestão participam o Ministério Público e representantes da comunidade, nos termos da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Por fim, o CDC criou uma nova categoria de direitos coletivos, chamados de *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos aqueles decorrentes de uma origem comum. Os titulares desses direitos (que são disponíveis) consistem em sujeitos determinados, de forma que a justificação para o tratamento jurídico na forma coletiva reside na origem comum, que pode ser fática (um mesmo acidente de consumo que afete dezenas de vítimas, por exemplo), ou jurídica (como é o caso de uma determinada prática abusiva adotada por uma empresa em relação aos seus consumidores). As decisões proferidas em sede de ações coletivas que visem a tutelar direitos individuais homogêneos geram efeitos *erga omnes* (para todos) apenas no caso de procedência do pedido, como forma de beneficiar todas as respectivas vítimas e seus sucessores. Contudo, a decisão será sempre genérica, pois apenas definirá a responsabilização do fornecedor pelo dano causado. Competirá a cada um dos consumidores lesados inaugurar a fase de liquidação e execução de sentença para receber o valor da indenização que lhe cabe (artigo 95 do CDC).

3. Conclusão

A efetividade dos direitos e garantias conferidas aos consumidores pelo CDC pressupõe a sua concretização por meio de órgãos administrativos e do Poder Judiciário, na medida em que a tutela do consumidor em juízo, seja de forma individual ou coletiva, consiste no meio de assegurar a realização do direito material e das normas previstas pelo legislador. Todavia, a posição do STJ no que tange às garantias e princípios previstos no CDC é no sentido de que a aplicação das normas (de cunho declaradamente protecionista) não compactuará com exageros na proteção do consumidor, de forma a não obstar a operação do mercado de consumo:

O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.²⁰

Sob um olhar retrospectivo, após passados mais de 25 anos de vigência do CDC, conclui-se que houve uma verdadeira adaptação dos fornecedores à

20. Recurso Especial n. 586.316/MG, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 17/04/2007, Relator Ministro Herman Benjamin.

nova realidade protecionista do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à necessidade de observância das novas garantias processuais que passaram a reger as demandas e que, sem dúvidas, influenciam em seu resultado prático e no sucesso das atividades desenvolvidas pelos fornecedores no mercado de consumo em que se inserem.

ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LUCIANA GOULART PENTEADO E

BRUNA MONIQUE VACCARELLI

Área do Direito: Arbitragem. Direito do Consumidor.

Resumo: O intuito do presente trabalho é abordar, de forma sucinta, a viabilidade da instituição da arbitragem nas relações de consumo, sobretudo relacionada aos contratos de adesão. A análise pretende expor recentes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o assunto, bem como tecer considerações sobre os benefícios a serem obtidos diante deste método alternativo de solução de conflitos no âmbito das relações consumeristas.

Palavras-chave: Arbitragem – Relação de Consumo – Direito do Consumidor – Contrato de Adesão.

SUMÁRIO: 1. Breves considerações sobre a arbitragem no Brasil; 2. Ponderações sobre a aplicação da arbitragem nas relações consumeristas; 3. Considerações finais.

1. Breves considerações sobre a arbitragem no Brasil

Na modernidade, a jurisdição estatal é o meio mais utilizado para a solução de controvérsias inerentes ao convívio em sociedade.

Inevitavelmente, a massificação dos processos judiciais, atrelada ao aumento significativo do mercado de consumo, ensejaram a morosidade no julgamento de demandas e, conseqüentemente, retardo significativo na busca pelo direito pretendido.

Diante desse cenário, a atividade jurisdicional, por vezes, não se mostra suficiente para dirimir os conflitos resultantes da própria relação consumerista.

Como resultado do potencial aumento de ações judiciais, especialmente nos últimos anos, passou-se a considerar factível a instituição de técnicas alternativas, como forma de atender a latente demanda e alcançar o fim primordial de satisfação dos interesses da parte.

É nesse contexto, portanto, que surgem as discussões acerca dos métodos alternativos de solução de conflitos ou, como parte da doutrina denomina, os equivalentes jurisdicionais. O momento atual é propício, já que, envoltos a uma cultura até então predominantemente litigiosa, estamos vivenciando mudanças na prestação jurisdicional, de modo a valorizar os meios consensuais de solução de conflitos. Dentre eles, notório mecanismo de resolução de controvérsias, temos a arbitragem.

Regulamentada pela Lei n. 9.307/96, a arbitragem consiste em uma modalidade extrajudicial, por meio da qual um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, decidirão determinado litígio envolvendo necessariamente direitos patrimoniais disponíveis, sendo imprescindível a plena capacidade das partes.

Cumprir consignar que a decisão pela arbitragem se pautará em uma convenção privada, motivo pelo qual um dos princípios basilares desse meio de solução de controvérsias é a autonomia de vontade das partes.

Nos termos do artigo 3.º da Lei n. 9.307/96, a convenção de arbitragem é gênero, enquanto o compromisso arbitral e a cláusula arbitral configuram-se espécies.

No compromisso arbitral, por meio de um acordo de vontades, as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a submeter à decisão de um terceiro (denominado árbitro), a solução de pendências entre elas existentes.

Por outro lado, entende-se como sendo cláusula arbitral a convenção pela qual as partes, por meio de um contrato, comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que eventualmente venham a ocorrer.

Com o advento da Lei de Arbitragem muito se discutiu sobre a sua aplicabilidade nas relações consumeristas, principalmente no que concerne às cautelas a serem adotadas para evitar afronta aos direitos da parte, em tese, vulnerável na relação, no caso, o consumidor.

Passemos a analisar o instituto sob a ótica consumerista.

2. Ponderações sobre a aplicação da arbitragem nas relações consumeristas

Conforme já abordado, a arbitragem é legitimada pelo princípio da autonomia da vontade e, portanto, não poderá ser imposta à parte. É exatamente diante desta premissa que grande parte da doutrina resistia em aceitar a sua aplicabilidade nas relações de consumo, principalmente no que concerne aos contratos de adesão.

Em um primeiro momento, a análise do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) leva a crer que seria nula a instituição da arbitragem nas relações de consumo, tendo em vista a disposição do artigo 51, VII, que prevê expressamente:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

Contudo, antes que haja uma prematura negativa da instituição deste método alternativo de solução de conflitos, que conforme dito anteriormente, tem se mostrado efetivo, necessário que se faça uma análise do diploma legal baseado, sobretudo, em critérios de justiça, proporcionalidade e razoabilidade.

Por óbvio, a intenção do legislador foi impedir a utilização compulsória da arbitragem, mormente no que tange aos contratos de adesão, de modo a evitar que a inserção de cláusulas arbitrais banalize o instituto, evitando-se, assim, que seja incluída indiscriminadamente e à mercê dos interesses exclusivos do fornecedor.

Sabe-se que os contratos de adesão, geralmente direcionados ao público em massa, são, em suma, aqueles em que as cláusulas são unilaterais e uniformemente pré-elaboradas pelo fornecedor, ao passo que a aprovação do consumidor é feita em blocos, ou seja, não há possibilidade de discussão ou modificação do conteúdo do contrato.

Ora, mas se os contratos de adesão versam sobre direitos disponíveis, por qual motivo não poderiam estar sujeitos à instituição da arbitragem?

Nesse sentido, a própria Lei de Arbitragem, mais precisamente em seu artigo 4.º, § 2.º, autoriza a inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão, desde que o aderente tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, por escrito em documento anexo ou em negativo, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A fim de corroborar a viabilidade da instituição da arbitragem nas relações de consumo, em março de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão¹.

O Ministro Luís Felipe Salomão salientou que o CDC não é avesso à instituição da arbitragem, ao contrário, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios, desde que não sejam impositivos pelo fornecedor.

A linha de julgamento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça visa à conciliação entre as normas, Lei de Arbitragem e CDC, de modo a prestigiar a rápida solução do litígio. Assim, por um lado, o entendimento adotado confere máxima efetividade à norma e, ao mesmo tempo, protege o interesse da parte hipossuficiente.

Sabidamente ressaltou o Min. Luís Felipe Salomão: “Com efeito, visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Isto é, só haverá falar em eficácia da cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o oblato/consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição de outrora.”

Veja-se que o próprio CDC, mais precisamente em seu artigo 4.º, V, ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo, incentiva a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, o que contribui para o entendimento de que tais métodos visam a dar efetiva solução à lide instaurada e, conseqüentemente, aliviar os tribunais do significativo volume de demandas.

Sobre o tema, a Ministra Nancy Andriighi, em sua obra sobre

“Arbitragem nas Relações de Consumo”, afirma de forma contundente que: “O legislador consumerista, inspirado pelo princípio de proteção ao hipossuficiente, reputou prejudicial ao consumidor a pactuação, em contrato, de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no momento da contratação, faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, livremente e de forma consciente, pela adoção do procedimento

1. Recurso Especial n. 1.189.050 – SP (2010/0062200-4), julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 14.03.2016, Relator Ministro Luís Felipe Salomão.

arbitrai como meio de solucionar futuro conflito de consumo. Proibiu-se, com isso, a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito, havendo consenso entre o consumidor e o fornecedor, seja instaurado o procedimento arbitral.”²

Desta forma, temos que a instituição da arbitragem nas relações de consumo deverá ser analisada de acordo com o caso concreto. Havendo previsão de cláusula compromissória no contrato de adesão, a sua validade dependerá da expressa manifestação de concordância do consumidor, ou de que adote a iniciativa de optar pela arbitragem.

No mesmo sentido, expõe a Professora Selma Ferreira Lemes: “O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vêm sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitrai. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitrai em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz.”³

Conclui-se, assim, que a arbitragem consumerista não encontra óbice legal para a sua instituição. A bem da verdade, o próprio CDC, por meio da Política Nacional das Relações de Consumo, sugere a criação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

3. Considerações finais

A plausibilidade da instituição da arbitragem nas relações de consumo vai muito além da análise sistemática dos marcos legais existentes, Lei de Arbitragem e CDC.

Em que pese a preocupação primordial do legislador – de evitar que o fornecedor, com o eventual intuito de obter vantagem econômica, imponha a solução de uma controvérsia por meio de arbitragem – não se pode desconsi-

2. NANCY ANDRIGHI, Fátima. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf>>. Acessado em 29.06.2017.
3. LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

derar a necessidade de se ampliar a atuação de métodos alternativos de solução de litígios, em benefício do próprio consumidor.

A intenção do legislador ao condicionar a instituição da arbitragem à anuência ou escolha do consumidor, foi exatamente a de proteger o consumidor, prevenindo, assim, os possíveis abusos cometidos em desfavor do aderente.

Nesse sentido, deverá o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem ou que o próprio aderente demonstrou interesse em resolver o conflito por meio da arbitragem.

Por óbvio, para que a instituição da arbitragem nas relações de consumo possa se mostrar eficaz, é imprescindível que haja condições efetivas de operacionalidade. A utilização não pode se tornar um obstáculo para a parte vulnerável, sob pena de desprestigiar o instituto.

É preciso que se facilite o acesso e que sejam garantidas instituições arbitrais idôneas para esta operação. Afinal, a busca pela qualidade nas relações de consumo e de que os conflitos sejam solucionados de forma simples, eficaz e imparcial, refletem os anseios da própria sociedade contemporânea.

Portanto, desde que a iniciativa seja do consumidor, ou que este concorde expressamente com a sua instituição e, por óbvio, mediante uma estrutura organizacional que suporte a instauração de tal mecanismo, a arbitragem nas relações consumeristas poderá se mostrar uma eficiente forma de alcance do direito pretendido, além de reduzir significativamente o número de demandas judiciais em trâmite.

O que se pretende com a instituição da arbitragem é exatamente aproximar a justiça da sociedade, no que diz respeito à resolução de controvérsias de forma sólida e proveitosa.

Por fim, não restam dúvidas de que a arbitragem consumerista, devidamente organizada, estruturada e adaptada às particularidades dos conflitos oriundos das relações de consumo, pode ser uma realidade vitoriosa no Brasil.

ENGLISH VERSION

**Legal overview about
consumer relations in Brazil**

ABOUT THE AUTHORS

Amanda Celli Cascaes, attorney at Veirano Advogados, graduated of Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), with Postgraduate degree in Civil Procedure Law by the same institution and LL.M Candidate in Private Law at Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Focusing her practice on Dispute Resolution and Consumer Law. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC) and AMCHAM.

Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup, senior lawyer of TozziniFreire Advogados, graduate of Universidade Estácio de Sá, with Postgraduate degree in Civil Procedure Law from PUC-RJ. Focusing her practice on consumer law issues, Anna Carolina counsels clients in litigation matters related to the Consumer Protection Code.

Bruna Monique Vaccarelli, associate lawyer at the law firm Demarest Advogados, graduated from Faculdades Metropolitanas Unidas Law School – FMU, post-graduation in Civil Procedure Law at Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Concentrates her practice in Civil Litigation with emphasis on Consumer Law. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC).

Carla Cavalheiro Arantes, senior associate of Pinheiro Neto Advogados, LL.B. from São Paulo Catholic University, Specialization degree in Civil Liability from Getúlio Vargas Foundation Law School in São Paulo and attending a Master Degree in Diffuse and Collective Rights at São Paulo Catholic University. She practices in the firm's litigation area with focus on civil and commercial issues, as well as on consumer relations and data privacy. She is member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Author of the article

“The rights of personality and the legal entity”, published by *Revista de Direito Privado*, vol. 74/2017.

Caroline Visentini Ferreira Gonçalves, senior associate of Trench, Rossi e Watanabe Advogados, graduated before Universidade Presbiteriana Mackenzie Law School, specialist in Environmental Law before GVLaw, post-graduated in Consumer Law from the Escola Paulista da Magistratura and obtained a Master degree before Columbia Law School, Columbia University. She concentrates her practice on environmental law, consumer law, and climate change. Member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Coauthor of *Consumer Protection, current challenges and perspectives*, edited by Professor Cláudia Lima Marques, Professor Gail Pearson and Professor Fabiana Ramos.

Daniela Coelho A. F. de Vasconcellos, attorney at BMA Advogados, degree in law from Centro Universitário do Distrito Federal, postgraduate student in business law from Fundação Getúlio Vargas/RJ. Focusing her practice on antitrust areas.

Fabio Teixeira Ozi, partner at Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, who graduated from Universidade de São Paulo. Focuses his practice on representing Brazilian and international clients in pre-litigation, seeking to avoid disputes, as well as during litigation and settlement negotiations, with emphasis on the automotive and agribusiness sectors and matters related to product liability. Member of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Ranked by Chambers Global for the practices Arbitration (2017) and Litigation (2013-2017) and Chambers Latin America for Litigation (2013-2017) and Product Liability (2015-2017).

Fabíola Meira de Almeida Santos, partner of Braga Nascimento e Zilio Advogados Associados, graduated from Universidade Metropolitana de Santos, PhD and Master in Diffuse and Collective Rights from Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), post-graduated in Consumer Relations Law from Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Her practice is focused on consumer law issues, including advisory and judicial and administrative litigation. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Coordinator and Author of Comments on the Consumer Protection Code (Ed. Verbatim) and of several articles published by Specialized Magazines of the *Revista dos Tribunais* (RT). Recognized and awarded among the 500 most admired lawyers in Brazil by the *Análise Advocacia* 500.

José Inácio F. de Almeida Prado Filho, partner of BMA Advogados, degree in law from Universidade de São Paulo, degree in economics from Fundação Getúlio Vargas/SP, with Doctorate in commercial law from the Universidade de São Paulo School of Law. Focusing his practice on antitrust areas. Member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). José Inácio was recognized as an “Associate to Watch” in Chambers Latin América 2016.

Juliana Tedesco Racy Ribeiro, lawyer from Demarest Advogados, graduated in Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Focusing her practice on civil and consumer litigation, and also counseling clients on Consumer Code’s related issues. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC).

Laura Beatriz de Souza Morganti, counsel at the law firm Pinheiro Neto Advogados, graduated at Pontifícia Universidade Católica de São Paulo and also holds a specialist degree in civil process law from the same institution. Focusing her practice on civil litigation, with emphasis in consumer law, especially for the automotive sector and product liability. She also works in the regulatory field involving the agrochemical sector. Member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Co-author of the “Brazil” chapters from the publication *The International Comparative Legal Guide to: Product Liability*, in 2016 and 2017.

Ligia Lima Godoy, associate at Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, who graduated from Pontifícia Universidade Católica de São Paulo and received a post-graduate degree in Consumer Relations Law from the same educational institution. Ligia mostly represents companies in the automotive industry and in matters related to product liability, both in pre-litigation and throughout litigation. Member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC).

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias is the partner responsible for Consumer and Regulatory matters at Magalhães and Dias – Advocacia. Law Degree by the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC/SP) and holds a Doctorate degree by the University of São Paulo. She focuses her practice on litigation (civil and administrative) and consultancy, in all matters related to consumer law and regulatory, before several consumer protection system bodies as well as regulatory agencies. She was the Committee of the Brazilian

Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC) Director (2010-2013) and, currently, she is part of its Consumer Committee, besides being Brasilcon Director (Consumer Law and Policy Institute). She is guest Professor in several schools and also a renowned author of many publications, among which Advertising and the Law, on its third edition. She was a guest author of the Ministry of Justice historic documentary celebrating the 25th anniversary of the Consumer Protection Code, also being part of the editorial body of important publications about the matter. She is recognized as an expert attorney by LACCA, Chambers and Análise Advocacia 500.

Luciana Goulart Penteado, partner at the Law firm Demarest Advogados, graduated from Faculdades Metropolitanas Unidas Law School – FMU, post-graduation in Civil Procedure Law at the same School of Law and preparatory course for LL.M. (Cultural Exchange Program) at Cumberland School of Law, Samford University, Birmingham/AL, USA. Concentrates her practice in Civil Litigation with emphasis on Consumer Law. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC) and representative of the Demarest in Brazilian Society of Retail and Consumption (SBVC). Nominated for the Chambers Latin America, Latin Lawyer, Legal 500 e Análise Advocacia.

Maria Helena Ortiz Bragaglia, partner of Demarest Advogados, graduated from Faculdades Metropolitanas Unidas (United Metropolitan Colleges) and specialist in Civil Procedural Law by Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Pontifical Catholic University of São Paulo – PUC/SP). She acts in the Civil Litigation/Arbitration area, defending national and foreign companies in legal and/or administrative disputes, having background on the civil, business, and consumer areas. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC) and of the “Product Liability and Product Safety” Group of Lex Mundi, the biggest and most renowned independent firms network. She was nominated to Chambers Latin America 2011, 2012, 2016 e 2017 and to the Legal 500 Latin America 2016 and 2017.

Patrícia Helena Marta, partner of TozziniFreire Advogados, graduate of Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), with Postgraduate degree in Consumer Law from PUC-SP and Specialized degree in Business Management from Business School São Paulo. Focusing her practice on consumer law issues, Patrícia counsels clients in litigation matters related to the Consumer Protection Code. Member of the Committee of the Brazilian

Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Author of the chapter “Como a Tecnologia mudou – e Continua a Mudar – o Direito e o Judiciário”, of the book *40 anos de Direito Empresarial no Brasil*; and of the “Brazil” chapter from the publication *The International Comparative Legal Guide to: Class and Group Actions*. Patrícia is recognized as a leading lawyer in *Chambers Latin América* and *Análise Advocacia 500*, relevant legal guides.

Priscila David Sansone Tutikian, partner of Veirano Advogados, graduated from Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), with LL.M in Private/Civil Procedural Law from Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Focuses her practice on Dispute Prevention and Resolution, Consumer Law and Product Liability and Commercial Contracts. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC) and AMCHAM. Author of several articles and the book “O silêncio como declaração em negociações visando à formação contratual – sob a perspectiva dos Modelos Hermenêuticos de Miguel Reale”. Awarded by the Brazilian Institute of Consumer Policy and Law (BRASILCON). Priscila is a recommended lawyer by ‘The Legal 500’, Latin America, a relevant legal guide.

Rebeca Garcia, attorney, degree in law from Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Master’s in civil law from Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Doctoral candidate in commercial law at the Universidade de São Paulo School of Law. Focusing his practice on private and digital law.

Renata Campetti Amaral, partner of Trench, Rossi e Watanabe Advogados, graduated from the before the Pontifícia Universidade Católica Law School, specialist in International Law from the Universidade Federal do Rio Grande do Sul and obtained a Master degree from the University of Texas School of Law. She concentrates her practice on environmental law, consumer law, and climate change. She is a member of the Committee of the Brazilian Institute of Studies of Competition, Consumer Affairs and International Trade (IBRAC). Indicated to *Chambers*, *Legal 500*, *Award Law Review*, among others.

Thais Matallo Cordeiro Gomes, partner of Siqueira Castro Advogados, graduated from Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), postgraduate degree in business law from FGV-SP and a master’s degree in civil procedural law from PUC-SP. Trained in corporative mediator from French-Brazilian Chamber of Commerce (CCI) and Centre de Médiation et d’Arbitrage de Paris – CMAP. Expert in consumer protection law and corporate civil litigation. Professor of postgraduate programs of PUC-SP (COGEAE)

and Mackenzie University. Member of the Brazilian Institute of Studies in Competition, Consumer Relations and International Trade Law – IBRAC. Elected by Análise Advocacia and Chambers Latin América as one of the most respected lawyers in Brazil in the area of consumer protection law.

TABLE OF CONTENTS

About the Authors.....	143
National consumer defense system: agents, mechanisms, and challenges	153
Renata Campetti Amaral and Caroline Visentini Ferreira Gonçalves	
1. Introduction	153
2. National Consumer Defense System: legal framework, agents and mechanisms	154
3. Challenges.....	158
4. Final considerations.....	160
The principles that underpin the consumer relationship	161
Thais Matallo Cordeiro Gomes	
1. Principle of State Intervention or Governmental Obligation: Established in articles 5, XXXII, and 170, V, both of the Brazilian Constitution	161
2. Principle of Vulnerability: This is the guiding principle of the CDC, established in article 4, numeral I.	162
3. Principle of Good Faith: This principle is written into the CDC, in article 4, numeral III:	163
4. Principle of information: Established in art. 6, III, of the Code.	164
5. Principle of transparency: Taken from article 4 of the CDC.	165
6. Principle of strict liability: Taken from articles 12 and 14 of the CDC.....	166

7.	Principle of joint and several liability: This principle is contained in the sole paragraph of article 7 of the CDC.....	166
8.	Conclusion.....	167
	How consumer relations are formed. Supplier and consumer concepts.....	169
	Patricia Helena Marta Martins and Anna Carolina Ribas Vieira Kastrup	
1.	Introduction. How a consumer relationship is formed	169
2.	The concept of the supplier.....	170
3.	The concept of the consumer	171
4.	Conclusion.....	175
	Offer and Advertising in Consumer Relationships.....	177
	Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias	
1.	Introduction.....	177
2.	On the advertised offer and how it is binding upon the supplier ...	178
3.	Misleading Advertising	180
4.	Abusive Advertising.....	181
5.	Comparative Advertising	184
6.	Civil liability for illicit advertising.....	185
	Supplier liability for product and service flaws and harm caused	187
	Laura Beatriz de Souza Morganti	
1.	Civil liability in Brazilian law	187
2.	Civil liability within consumer relationships	188
3.	Civil liability for the flaw in the product or service.....	188
4.	Product or service liability (defect)	190
	Brazilian procedure for recalls.....	193
	Maria Helena Ortiz Bragaglia	
1.	General Overview	193
2.	Recall.	194
3.	Conclusions.	202

Databases and consumer records.....	203
José Inácio F. de Almeida Prado Filho, Rebeca Garcia e Daniela Coelho A. Fernandes de Vasconcelos	
1. Introduction.....	203
2. Databases vs. consumer records	204
3. Credit and consumer files: registering defaults for credit scoring...	209
4. External control and legal instruments.....	210
5. Final Considerations	210
Brazilian Law and the Protection of Personal Information	213
Juliana Tedesco Racy Ribeiro	
1. Brief history	213
2. Information Protection under Brazilian Law.....	215
3. Final considerations.....	222
Contractual protections provided in the consumer defense code; abusive clauses and adhesion contracts.....	225
Carla Cavalheiro Arantes	
1. Introduction.....	225
2. General rules regarding contractual protection for the consumer (articles 46 – 50 of the CDC).....	226
3. Abusive Clauses (articles 51 and 53 of the CDC)	229
4. Adhesion contracts (article 54 of the CDC).....	231
5. Conclusion.....	233
Consumer e-commerce rights protection – considerations on dl 7962/13 ...	235
Fabiola Meira de Almeida Santos	
1. Introduction.....	235
2. The Consumer Defense Code and e-commerce	237
3. Considerations about DL 7962/13.....	240
4. Conclusion	244

Administrative sanctions, and consumer protection and defense agencies: the discrepancy between interpretations and the problem of double jeopardy.....	245
Fabio Teixeira Ozi and Ligia Lima Godoy	
Consumer Protection in Brazil: Individual and Collective Claims	255
Priscila David Sansone Tutikian and Amanda Celli Cascaes	
Introduction	255
1. Overview of procedural consumer protection	256
2. The individual and collective protection of consumer rights	261
3. Conclusion.....	265
Arbitration for consumer relations	267
Luciana Goulart Penteadó and Bruna Monique Vaccarelli	
1. Brief overview of arbitration in Brazil.....	267
2. Considerations regarding the use of arbitration in consumer relations	268
3. Final Considerations	271

NATIONAL CONSUMER DEFENSE SYSTEM: AGENTS, MECHANISMS, AND CHALLENGES

RENATA CAMPETTI AMARAL AND
CAROLINE VISENTINI FERREIRA GONÇALVES

Area of Law: Consumer Law

Abstract: This article presents a legal overview of the creation of Brazil's National Consumer Defense System, with information and aspects about its organizational structure. In addition, it presents the main players involved in carrying out the National Consumer Relations Policy, as well as practical aspects and challenges faced by suppliers on the Brazilian consumer market.

Keywords: Consumer Defense Code – National Consumer Defense System – Agents – Challenges.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. National Consumer Defense System: legal framework, agents and mechanisms; 2.1. Legal framework; 2.2. Agents and mechanisms. 3. Challenges. 4. Final considerations

1. Introduction

The National Consumer Defense System (“SNDC” by its Portuguese acronym), created with the advent of the Consumer Defense Code (“CDC”), seeks to guarantee, through its agents and mechanisms, compliance with and respect for the principles, basic rights, obligations, and objectives that should guide consumer relations on the Brazilian market. The SNDC currently has a very comprehensive, wide-ranging structure, divided among several agents in the federation, in the form of the respective jurisdictions and authorities.

However, there are present-day challenges that the SNDC's agents must face, given the possible divergence of understanding among consumer-defense authorities, which may, for instance, research in legal insecurity, at times, for suppliers operating on the Brazilian consumer market. We present below a few brief considerations regarding this issue.

2. National Consumer Defense System: legal framework, agents and mechanisms

2.1. Legal framework

On September 11, 1990, Federal Law 8078 of 1990 was sanctioned, which provides for consumer protection and sets forth other measures, creating the Consumer Defense Code ("CDC"). As explained by Professor Cláudia Lima Marques, in the first issue of *Revista do Direito do Consumidor*, with the advent of the CDC "we shifted to a social view, which values the law's role as an asset assuring a balance, as a protector of trust and legitimate expectations in consumer relations on the market."¹ The CDC sets out the principles, basic rights, obligations, objectives, and instruments that should guide consumer relations on the Brazilian market.

Article 4 of the CDC defines the goals to be achieved by Brazil's National Consumer Relations Policy ("PNRC"), and it provides guidelines and principles to be obeyed by society in general, as well as the government, consumers, and suppliers, etc.² Thereafter, Article 5 presents the instruments at the government's disposal to implement the PNRC, listing the institutions, in practical terms and with examples, that ought to provide consumer protection, such as the Consumer Defense District Attorney's Office, Consumer Defense Associations, and several others.³

Article 6 of the CDC, for its part, lists the consumer's basic rights, representing a summary of what can be found in the provisions of material and procedural law throughout the CDC.⁴ Said article goes over the consumer's

-
1. MARQUES, Claudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1. p. 27-54, 1992.
 2. SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 183.
 3. *Ibidem*, p. 192.
 4. WATANABE, Kazuo... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: commented on by the authors of the draft. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

basic rights, such as the protection of health and safety, clarity of information provided on products and services, guarantees related to commercial practices, including advertising, prevention and reparation of individual, collective, and diffuse property damage and pain and suffering, in addition to provisions regarding contracts and their clauses, among other things.

One of this framework's implementation instruments stipulated in the CDC is the National Consumer Defense System ("SNDC"). Article 105 of the CDC states that the SNDC consists of federal, state, local, and Federal District bodies, as well as private consumer-defense entities. In other words, they are "public bodies that directly or indirectly play a role, among their many responsibilities, that in some way are aimed at the quality and safety of products and services."⁵

Federal Decree 2181 of 1997 not only establishes general rules for assessing the administrative penalties provided for in the CDC, but also provides for the SNDC's organization and delineates the authority of the respective agents operating within this system.

2.2. *Agents and Mechanisms*

As defined by Article 105 of the CDC and Article 3 of the Federal Decree, the recently created National Consumer Office⁶ (known as "Senacon"), which is part of the Ministry of Justice and Public Safety, is charged with coordinating the SNDC's policy. Its work focuses on "planning, preparing, coordinating, and carrying out the PNRC,"⁷ directing, advising, and evaluating actions for qualifying measures related to complying with the CDC designed for the members of the SNDC. Among the mechanisms at Senacon's disposal are: (i) the National Consumer Defense Information System (known as "Sindec"), which represents the SNDC's public integration policy, providing a national base with records of individual consumer service interactions, instructions for service procedures, and complaint processes, in addition to managing the service policies and internal flows of the integrated Consumer Protection Programs (PROCONs) and preparing the State and National Registry of Justified Complaints,⁸ (ii) the National Consumer Defense School ("ENDC"),

5. Ibidem, p. 1033.

6. Created by Federal Decree 7738 of 2012.

7. National Consumer Office – Senacon. Available at <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/senacn>>. Viewed on June 28, 2017.

8. What is Sindec. Available at <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec>>. Viewed on June 30, 2017.

whose goal is the “education and technical training of the SNDC’s agents and technicians throughout Brazil.”⁹ Besides these aspects, Senacon is also responsible for analyzing matters of national and general interest, in addition to represent consumer interests and those of the SNDC in interactions with international organizations, such as Mercosur and the Organization of American States (“OAS”).¹⁰

One of Senacon’s most recently launched mechanisms is a website: consumidor.gov.br, a tool monitored by SNDC bodies that seeks to resolve consumer disputes quickly and with little bureaucracy. Through this platform, companies that formally sign on to the service promise to acknowledge, analyze, and invest efforts in resolving the claims submitted.¹¹ The platform currently has over 395 companies registered in a wide array of sectors of the consumer market.

The Department of Consumer Protection and Defense (“DPDC”) is responsible for advising Senacon, among other things, in formulating and promoting the PNRC, in addition to advising Senacon on integrating, articulating, and coordinating the SNDC.¹² With respect to its policing power, the DPDC is able to audit claims involving relevant general and national interests, as well as assessing administrative sanctions, and being able, as part of that, to undertake preliminary investigations and administrative proceedings. Also within the scope of the SNDC, the DPDC is also responsible for promoting and maintaining interaction among the federal government’s agencies and the agencies and bodies of the states, the Federal District, and cities, and with civil entities with ties to consumer protection and defense.¹³

In practical terms, the DPDC over the past ten years has become a major leader and primary mover in the discussion of CDC-related issues and their application, representing the main forum in Brazil for discussions with suppliers about best practices, recommendations, and the agency’s understandings in relation to recall campaigns, advertising, commercial practices, among other things. In terms of recall campaigns in Brazil, the now defunct Office of Economic Law established the Permanent Consumer Accident Study

9. National School of Consumer Defense. Available at <<http://defesadoconsumidor.gov.br/escolanacional/endc>>. Viewed on June 30, 2017.

10. Ibidem.

11. Regarding this Office. Available at < <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>. Viewed on June 30, 2017.

12. Article 18 of Directive 1840 of August 21, 2012, of the Ministry of Justice.

13. Ibidem.

Group (“GEPAC”),¹⁴ with the goal of defining and promoting procedures and strategies to curb the sale of highly dangerous products and services, as well as monitoring issues related to consumer accidents.¹⁵ The main outcomes of this group’s actions include: (i) GEPAC Recommendation No. 1 of 2012,¹⁶ regarding the obligation of suppliers to report that subsidiaries and importers of product and service suppliers are subject to recall campaigns abroad to the proper Brazilian authorities, and that the products or services being recalled don’t affect the Brazilian market; and (ii) GEPAC Recommendation No. 1 of 2013,¹⁷ which recommends the standard to be followed by suppliers when notifying the risk of recall campaigns.

Also, as defined by a federal decree, within the scope of their jurisdiction and authority, the state, Federal District, and city agency is responsible for consumer protection and defense, with these entities responsible for auditing consumer relations, meeting consumer demands, as well as operating within administrative proceedings, as a discovery and trial instance, given its administrative policing power. In other words, important work is being done by the state consumer defense agencies, the PROCONs, with a heavy presence at the state level, and in some cases, the city level as well, as can be seen from the work of the Porto Alegre Municipal PROCON.

As such, the federal decree stipulates that any government agency that is part of the SNDC may therefore look into and punish CDC violations, within the scope of their respective authority, and related legislation, by assessing pecuniary penalties such as fines.

Among the agents listed in Article 5 of the CDC with authority to enforce the PNRC as well, it is important to point out the work done by the District Attorney Offices specializing in Consumer Law, at both the state and federal

14. Directive 44 of 2008 of the Office of Economic Law. Available at < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/2008portariasde044.pdf>>. Viewed on June 30, 2017.

15. Composed of the following members of the following SNDC bodies: DPDC, Federal Public Prosecutor’s Office of São Paulo, State Public Prosecutor’s Office of São Paulo, PROCON Foundation of the State of São Paulo, and the Brazilian Institute of Consumer Defense (“IDEC”).

16. GEPAC Recommendation No. 1 of 2012. Available at < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/recomendacoesgepac.pdf>>. Viewed on June 30, 2017.

17. GEPAC Recommendation No. 1 of 2013. Available at < <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2395323.PDF>>. Viewed on June 30, 2017.

levels. The main office of the State of São Paulo's Public Prosecution Office, for instance, employs six district attorneys specializing in consumer law.

The work being done by the consumer defense associations should also be highlighted, including the Brazilian Institute of Consumer Defense ("Idec"), founded in 1987, which is known for its publication of Idec Magazine, in addition to offering courses.¹⁸ The Brazilian Institute of Consumer Policy and Law ("BRASILCON"), known nationally and internationally, represents one of the major academic forums for CDC-related issues and their implications, by holding conferences aimed at encouraging international cooperation through exchanges with entities, professionals, and academics.¹⁹ Information about other civil associations can be found at the National Forum of Civil Entities for Consumer Defense.²⁰

Finally, it is also important to point out the work of other active players, such as the Consumer Defense Offices that seek to look into and investigate consumer-relations crimes, in addition to the National Council of Advertising Self-Regulation ("CONAR"). CONAR, a non-governmental organization, made up of advertising and other professionals, seeks to promote freedom of advertising expression by judging reports made by consumers, the authorities, and associates about the content of advertisements.²¹

Therefore, the PNRC is enforced through the actions of the SNDC's agents and other active players in Brazil in a diffuse, wide-ranging, and independent manner in their respective jurisdictions and authority. Said work may, in certain situations, create challenges for both its agents and for the companies operating in the consumer market, as explained in the next item.

3. Challenges

The system established by legislation regulating the entities that offer consumer protection – which, as we have seen, include federal and state agents along with the Public Prosecutor's Office, among others – certainly creates some major challenges for those being managed. If on the one hand consumers have a wide range of options through which to seek their protection and file

18. What is Idec. Available at < <http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>>. Viewed on June 30, 2017.

19. Who we are. Available at < <http://brasilcon.org.br/quem-somos>>. Viewed on June 30, 2017.

20. Who we are. Available at < <http://www.forumdoconsumidor.org.br/>>. Viewed on June 30, 2017.

21. Mission. Available at < <http://www.conar.org.br/>>. Viewed on June 30, 2017.

their complaints, then on the other, suppliers are left operating on multiple fronts, doing their best to address claims at various authorities, without often obtaining uniform decisions. At times, companies are required to face discussions regarding the same facts and issues at several consumer-defense authorities that have authority to act in their respective jurisdictions and realms.

On this matter, the Superior Court of Appeals (“STJ”) has acknowledged that a supplier cannot be fined by more than one consumer-defense authority for the same violation. As noted in said decision, “even though consumer protection and defense agencies that are part of the National Consumer Defense System are autonomous and independent in terms of oversight and control of the consumer market, it isn’t reasonable and lawful to assess penalties on suppliers from the same violation by more than one consumer authority, given that such conduct would enable all the consumer defense bodies operating in the country to punish the offender, misrepresenting the government’s punitive power.”²²

That decision, despite representing progress in the sense of confirming the need for coordination among consumer-protection agencies, has not had the ability of preventing the need to have address distinct claims and requirements, in a pre-litigation period – during a sanctioning administrative proceeding, civil inquiry, or even a proceeding before CONAR – before a wide array of authorities as a result of the same event.

Even among the PROCONs, whose administrative proceedings for investigating violations of CDC regulations, in theory, ought to be similar, there have been major discrepancies in terms of the organizational structure, procedures, parameters for calculating fines, etc. An example is the PROCON Office in the state of Minas Gerais, which, according to Supplementary Law 34/94, the State Program of Consumer Protection and Defense (PROCON/MG), is a body of the Public Prosecutor’s Office of the State of Minas Gerais,²³ unlike the majority of PROCONs in all other states, which are part of the State Government. Additionally, this large network of bodies and authorities, however, cannot be appropriate or sufficient to meet the demands of specialized sectors of industry, including from a technical standpoint. Issues related to the right to privacy, or for instance, the automotive sector, may demand the

22. Special Appeal 1087892/SP 2008/0206368-0, 1st Bench, Reporting Minister Benedito Gonçalves, judged on 6/22/2010, DJe 8/03/2010.

23. Supplementary Law 34 of 9/12/1994 – Text updated. Available at < <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=34&comp=&ano=1994&texto=consolidado>>. Viewed on June 30, 2017.

existence of specialized bodies, such as the National Highway Traffic Safety Administration (“NHTSA”), in the United States.

Added to this complex scenario is the crucial role of new players, such as social networks, specialized blogs, etc., which not only need to be constantly verified, but also adequately and quickly responded to, in accordance with the communication strategy laid out by the market-leading supplier, but without failing to transparently address market demands. As recorded in recent studies on this issue, consumers have become active participants on the consumer market, creating an era of “radical transparency”.²⁴

4. Final considerations

SNDC agents have been maturing along with the rights and obligations stipulated in the CDC, through the creation of specialized groups like the GEPAC or actual analyses of specific cases in Brazilian courts, pursuant to the STJ’s decision, which confirms the need for greater coordination among consumer-protection agencies.

Senacon and the DPDC perform fundamental roles in the SNDC’s coordination and leadership, through the possibility of dialog with industry representatives and by taking educational measures for the SNDC’s members. However, there are many challenges that must be faced by society in order to improve the balance among SNDC agents, active players, and suppliers.

It is the hope that, with the current complexity of the consumer market and suppliers’ sophistication, society as a whole will come up with new solutions, which may be reflected by relevant laws and regulations, the creation of specialized bodies, as well as legal interpretations regarding the matter by the country’s courts.

24. In my honest opinion: consumers and the power of online feedback. Available at <<http://www.consumersinternational.org/media/1218514/in-my-honest-opinion.pdf>>. Viewed on June 30, 2017.

THE PRINCIPLES THAT UNDERPIN THE CONSUMER RELATIONSHIP

THAIS MATALLO CORDEIRO GOMES

Consumer protection is established in the 1988 Brazilian Constitution. The state has the legal duty to defend consumers (art. 5). For this purpose, art. 48 of the Final Transitory Constitutional Provisions Act (appended to the Constitution) was the enactment of a Consumer Defense Code (“CDC”) through a subsequent enabling law. In September 1990, this resulted in the passage of Law 8,078 (CDC), which sets forth the tenets of the relationship between consumers and suppliers of goods and services.

The CDC has a broad foundation, and seeks to provide an appropriate interpretation, understanding and application of the rules it sets forth, which apply to contractual relationships involving consumers.

In this article, I cover some of the principles that underpin the consumer relationship, which, albeit law-based, inspire trust and guide the interpretative activities of judges in deciding specific cases.

1. Principle of State Intervention or Governmental Obligation: Established in articles 5, XXXII, and 170, V, both of the Brazilian Constitution

Art. 5. (...)

XXXII – the State shall provide for the defense of consumers, as set forth in law;

Art. 170. The economic system, founded on the valorization of human work and free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity,

in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles:

V – consumer protection;

The State has the duty not just to protect the interests of consumers, but mainly to ensure that those rights are effective.

The need for State intervention arises because consumers are considered the more vulnerable parties in the contractual consumption relationship, as will be demonstrated throughout this article.

2. Principle of Vulnerability: This is the guiding principle of the CDC, established in article 4, numeral I.

Art. 4 – The objective of the National Policy for Consumer Relations is to attend to consumers' needs, impose respect for the consumers' dignity, health and safety, protect their interests and ensure transparency and harmony in consumer relations, based upon the following principles:

I. Recognition of the consumers' vulnerability in the market.

The CDC is based on the idea that in consumer relations, consumers are the weaker parties. Therefore, the two sides involved in the relationship are not at the same level. Suppliers have numerous factors in their favor (technical, financial, marketing), which puts them in an advantageous position over consumers.

This is what the noted scholar José Geraldo Brito Filomeno has to say on the subject: "With respect to special protection for consumers, they are without doubt the weaker, more vulnerable parties, if one takes into account that those who hold the means of production are those that hold full market control, which is to say, about what to produce and for whom, without mentioning setting their profit margins."¹

The legal provisions of the CDC seek to balance the relationship between the parties, granting legal equality to consumers and suppliers.

"All consumer protection legislation has, therefore, the same rationale, which is to say, to rebalance the consumer relationship, always reinforcing

1. FILOMENO, José Geraldo Brito, *Da política nacional de relações de consumo, Código Brasileiro de Direito do Consumidor*, pgs. 71-177, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

consumers' position whenever possible, which may involve banning or limiting certain market practices."²

Consumer vulnerability may be technical, legal, factual or even socioeconomic.

In the words of the jurist Luiz Antonio Rizzato Nunes: "The consumer is the weak link in the contractual consumer relationship. This weakness, this fragility, is real, it is concrete, and it is the result of two aspects: one technical and the other economic. The first is related to the means of production, the understanding of which is monopolized by the supplier. And when we talk about means of production, we are not just referring to the technical and administrative aspects of manufacturing products and rendering services that a supplier possesses, but also about fundamental decision-making powers: the supplier chooses what, when and how to produce, and therefore the consumer is at the mercy of what is produced."³

There are many consequences resulting from the principle of vulnerability, which include the courts' tendency to interpret consumer contracts favorably to consumers, for example.

3. Principle of Good Faith: This principle is written into the CDC, in article 4, numeral III:

Art. 4 – The objective of the National Policy for Consumer Relations is to attend to consumers' needs, impose respect for the consumers' dignity, health and safety, protect their interests and ensure transparency and harmony in consumer relations, based upon the following principles:

III – bringing together the interests of those participating in consumer relations and making consumer protection compatible with the need for economic and technological development, so as to ensure the existence of the underlying principles of the economic system (article 170 of the Federal Constitution), which is always based on good faith and the balance of relations between consumers and suppliers.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim, *Trabalhos de Elaboração – Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Direito do Consumidor*, pgs. 01-08, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.
3. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1 a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

This principle is also found at various other points throughout the CDC, like article 51, numeral IV, which nullifies contractual clauses that are incompatible with good faith and fairness.

From the rules cited above, it can be concluded that the principle of good faith concerns how the parties must act in the consumer relationship, and as such, it is characterized by a duty to act with respect for certain standards of honesty and loyalty, so as to not weaken trust between the parties, and also to maintain the balance in consumer relationships.

These are related to the principle of good faith and the principle that affords the right to information provided in article 6, III, of the CDC. The right to information springs directly from the principle of good faith, so when consumers acquire products or services, they have the right to access all information about the thing they are acquiring.

4. Principle of information: Established in art. 6, III, of the Code.

Art. 6. The following are basic consumer rights:

III. Adequate and clear information about the various products and services, with correct specification of quantity, characteristics, composition, quality and price, as well as the risks presented.

This is the principle that provides consumers with the guarantee that they will be properly informed about all aspects related to the goods placed in the market, or services offered to them. This information should protect consumers against harm due to a lack of information related to the good or service acquired.

Throughout the Code, it is possible to identify other provisions that establish the duty to inform on the part of suppliers, as is the case of articles 12 and 14.

In the words of Rizzato Nunes: “The duty to inform: effectively, this is the system implemented by the CDC, whereby the supplier is bound to render all information regarding the product and service, its characteristics, qualities, risks, prices etc., given clearly and precisely, with failures and omissions not being allowed.”⁴

4. NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. Saraiva, 2005. p. 129.

The Superior Tribunal of Justice⁵ (“STJ”) has decided this: “Article 6, III, of the CDC establishes the duty of information and enshrines the principle of transparency, which is fundamental to a business, because the information given to the consumer is part of the contract’s actual content. It is a duty intrinsic to the business and must be present not only when the contract is written, but also employed throughout the life of the contract.”⁶

Information must cover all of the important characteristics of the product or service, so that the consumer can purchase a product or contract a service in full understanding or awareness.

5. Principle of transparency: Taken from article 4 of the CDC.

Art. 4 – The objective of the National Policy for Consumer Relations is to attend to consumers’ needs, impose respect for the consumers’ dignity, health and safety, protect their interests and ensure transparency and harmony in consumer relations, based upon the following principles.

This principle establishes that the less vulnerable party (the supplier) must provide clear and precise explanations to consumers, to allow them to understand the product or service that is being offered to them as best they can, and therefore be able to choose what they really want.

The noted Professor Fabio Ulhôa Coelho says: “Based on the principle of transparency, it is not enough that business owners abstain from lying; they must also transmit to potential consumers all information essential to their decision to consume the good or not”⁷

Under these circumstances, for example, in the absence of clear and precise contractual information, the most favorable interpretation must be given to the consumer, as set forth in article 47 of the CDC. This is a consequence resulting from the principle of transparency, among others.

5. The *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) is the highest court for non-constitutional matters, with responsibility for harmonizing interpretation of federal laws by the state and regional federal courts of appeal.
6. Special Appeal 1121275/SP, Third Panel, Reporting Judge Nancy Andrichi, judged on March 27, 2012, published on April 17, 2012.
7. COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia, *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, 1/96, Sept.-Dec. 1996.

6. Principle of strict liability: Taken from articles 12 and 14 of the CDC.

Art. 12. The manufacturer, producer, builder (whether domestic or foreign), and the importer are liable, regardless of culpability, for repairing the harm caused to consumers due to defects linked to the design, manufacture, construction, assembly, formulas, manipulation, presentation or packaging conditions of their products, as well as for any lack of information or of providing inadequate information about public use and risks.

Art. 14. The service supplier will be liable, regardless of the existence of culpability, for reparation of the damages caused to consumers due to any defects pertaining to services rendered, as well as for insufficient or inadequate information about the nature of the service and the risks involved.

Based on these rules, the suppliers, irrespective of their own culpability, are held responsible for damages caused to the consumers. That responsibility, however, will only be triggered when three requirements are met: (i) defect of the service, (ii) damaging event, and (iii) causal relationship between the defective service and the damage itself.

7. Principle of joint and several liability: This principle is contained in the sole paragraph of article 7 of the CDC.

Art. 7 (...)

Sole paragraph. If more than one party was responsible for the offense, then all parties will be held liable for redressing the damages as specified in consumption rules.

The liability of the supplier of goods and services is strict. As such, in the event of harm caused to a consumer, simply placing the good or service on the market is enough to see the supplier held liable for the harm caused.

However, this liability is held jointly along the entire supply chain of parties that participate in the economic cycle of the product or service made available in the market (manufacturer and dealer, for example).

The STJ has ruled on this subject on a number of occasions, of which the following passage is emblematic: “The sole paragraph of article 7 of the consumer code adopts the principle of legal solidarity of those liable to repair damages caused to consumers, and hence, the consumer can decide who to sue. And because of this joint and several liability, the party held jointly liable, once damage has been repaired, should so desiring, can file suit against the

others held jointly and severally liable, either to receive indemnity or share expenses, based on the consumer relationship existing among them.”⁸

Obviously, solidarity does not in any way preclude an investigation in any given case of a causal relationship by the alleged causers of the damage. Equally, a court can determine that a party be excluded from liability, in accordance with art. 14 of the Consumer Defense Code, such as: (i) absence of defect, or (ii) blame attributable exclusively to the consumer or a third party.

8. Conclusion

The principles that govern consumer relationships contribute to effectively protect consumer rights by directing the analysis and interpretation of the rules that make up the CDC. As such, a better understanding the Code’s basic principles is needed to best apply and integrate its rules.

The National Consumer Relations Policy, analyzed throughout this article, is established in article 4 of the CDC. This rule and its sub-items make up the founding principles of consumer defense, and basically rest on acknowledging the consumer as the vulnerable party.

Understanding these principles is the key to a harmonious consumer protection system, and in order to meet the goal, which is to ensure consumer activities that are egalitarian and effective.

8. Special Appeal 1102849/RS, Third Panel, Reporting Judge Sidnei Beneti, judged on April 17, 2012, published on April 26, 2012

HOW CONSUMER RELATIONS ARE FORMED. SUPPLIER AND CONSUMER CONCEPTS

PATRÍCIA HELENA MARTA MARTINS AND
ANNA CAROLINA RIBAS VIEIRA KASTRUP

1. Introduction. How a consumer relationship is formed.

Both literally as well as intuitively, a consumer relationship is composed of a consumer on the one side and a supplier on the other. The object is products (material goods, portable goods, and real estate) and services.

However, defining whether or not a certain legal relationship qualifies as a consumer relationship or not goes beyond the relevance of theoretical discussion, into practical, concrete and immediate effects. Under the Brazilian Consumer Defense Code (“CDC”), the consumer gains a wide range of protective rights and the supplier, in turn, is submitted to a series of obligations.

The entire base of principles that comprise the CDC operates on the premise that consumers are vulnerable and economically disadvantaged,¹ and

-
1. The principle of consumer vulnerability on the consumer market is expressly recognized by the CDC in Article 4, Item I. On this point, Rizzatto Nunes has this to say: “(...) Item I of Article Four states the following: the consumer is vulnerable. That acknowledgement is the first measure in balancing the scales as guaranteed by the Brazilian federal constitution. It means that the consumer is the weaker party in the legal consumer relationship. This weakness, this fragility, is real, concrete, and results from two things, one technical and the other economic in nature. The first is connected to the means of production, which only the supplier knows about. (...) The second aspect, the economic one, concerns the supplier’s greater economic capacity, which, as a rule, the supplier has over the consumer. It is a fact that there will be rich individual consumers, who sometimes have more economic resources than small suppliers. But that is an exception to the general

grants them a series of protective mechanisms as guarantees, such as expressly banning clauses that would exclude supplier liability, a legal guarantee on products and services, irrespective of any contractual guarantee, and shifts the burden of proof to the supplier in lawsuits.

Obligations imposed on suppliers include strict liability (irrespective of fault) for flaws and defects in products, clear and objective explanation and presentation of products and services with correct, precise and clear information in Portuguese, prohibition of combined sales of two or more products or services, and a requirement to keep components and replacement parts available for the useful life of the product.

That is, there is inequality to achieve equality.

But, even though there is no significant discussion about who is the supplier in the consumer relationship, the concept of a consumer has been discussed widely in legal disputes, especially how a legal entity consumer ends up being characterized.

2. The concept of the supplier.

Article 3 of the CDC establishes that “a supplier is any physical person or legal entity, public or private, domestic or foreign, as well as unincorporated

rule.” NUNES, Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva 2013. pgs. 202 and 203.

The economically disadvantaged are also covered by the Brazilian Constitution, the CDC and by specific legislation. See this observation made by José Geraldo Brito Filomeno: “(...) The notion of the economically disadvantaged, on one side, is given by the sole paragraph of Article 2 of Law No. 1.060, dated 02 May 50, as synonymous with “needy”, to wit: ‘A needy person, for legal purposes, is anyone whose economic status does not allow them to pay the costs of a lawsuit and attorneys’ fees, without making it hard for them to provide for themselves or their own family.’ This notion, actually, results from an express constitutional order, established in item LXXIV of Art. 5 of the 1988 Constitution, according to which: ‘The State will provide full legal assistance free of charge for those who can prove they lack the funds themselves.’ The Consumer Defense Code itself, as has equally been shown, also commented in Item I of Article 5, which sets forth the *instruments to implement the National Consumer Relations Policy*, wherein it practically repeats the constitutional mandate, which establishes that the government will provide, for enforcement purposes, among other things, ‘full legal assistance free of charge for the needy consumer.’” PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense 2011, Vol I. pg. 166.

entities involved in the production, assembly, creation, construction, transformation, import, export, distribution or sale of goods or services”.

Therefore, the supplier is the party responsible for putting the products and services on the consumer market, making them available to the consumer.

An individual who qualifies as a supplier based upon the provisions of Article 3 of the CDC is a liberal professional and any person who, individually and habitually performs mercantile or civil activities, supplies products and services to the consumer market, and a legal entity, in turn, will be that party that habitually performs the same role as the individual, but in a mercantile or civil association.

A public entity may be the government, its public companies or even companies that provide public utilities, while a private entity qualifies under the definition of legal entity cited in the paragraph above. Unincorporated entities, in turn, were included in consumer legislation, in order to qualify them as suppliers, which are, for example, bankrupt entities that continue performing commercial activities, companies under a *sui generis* legal regime, such as consortiums, as well as *de facto* legal entities that perform industrial activities that are not organized as legal entities.

Finally, consumer legislation makes express reference to qualifying suppliers as not just domestic legal entities, but foreign legal entities as well that supply products and services to the Brazilian consumer market.

3. The concept of the consumer.

Article 2 of the CDC establishes that “a consumer is any person or legal entity that acquires or uses a product or service as the end user”.

Unlike the legal rule concerning the concept of the supplier, the mere literal and grammatical interpretation of Article 2 of the CDC is not capable of providing fast solutions to questions surrounding the concept of the consumer, especially as it pertains to legal-entity consumers.

Since the CDC was written, and based upon discussions of doctrine in other countries, writers of Brazilian doctrine have developed various theories about what qualifies as a consumer, and particularly a legal-entity consumer.

Of the various existing positions, one major doctrinal discussion has arisen around two theories concerning the concept of consumer in the strictest sense, the Maximalist Theory and the Finalist (or End-User) Theory. Recently, jurisprudence has increasingly recognized a third theory, the Mitigated Finalist

Theory, which seeks to blend the application of these two lines of thought, based upon specific criteria of consumer vulnerability.

The Finalist Theory, also known as the Subjective Theory, interprets the expression “end user” as meaning the economic end user. According to its defenders, a consumer is someone who acquires a good or service for personal use, and not to develop or enhance their economic activity. For example, a department store that purchases credit card machines to process payments from customers, would not be considered the consumer in relation to the company that administers the credit card machines, since the service was purchased to perform the department store’s activities.

Under these circumstances, the CDC would only apply to actual consumer relationships, which is to say, those relationships in which the person acquires the good or service for their own personal use, only to satisfy their personal use, and not to use it for any commercial, professional or business-related activity.

If the product or service is acquired to perform a company’s economic activity, directly or indirectly, to make it part of the production, transformation or sales process, or to render services to third parties, even as a work implement, then it is characterized as an input, and, therefore, the rules of the CDC do not apply.

Meanwhile the Maximalist or Objective Theory finds that the end user is the party that purchases and/or uses the product or service as the factual final consumer. Therefore, a consumer could be a large company that, for example, purchases raw materials to be used as an input in its production process.²

-
2. Doctrine has provided us with some interesting concrete examples: “First, it is well established that whoever acquires a good with the intention of negotiating it for a fee, in the same state in which it was acquired, cannot be the end user. So, a book store that purchases books from a publishing house, but only to resell them will not be the consumer of these books. This particular point is in no way controversial. Other less trivial hypotheses however, can lead to rather vivid controversies. When a company purchases inputs for its production activity – raw materials – for example, is it the consumer? When a store buys shelving that it will use to display its wares, is it doing so as the end user? And what about a company that purchases a computer to control its inventory? (...) As a general principle, a company also will not be the consumer of other goods it acquires, even if they are not raw materials, to the extent that the charge for those purchases will always end up being passed along to the individuals: ‘Machines for production, facilities, vehicles or furniture, computer systems and every other good consumed for production will be accounted for, estimating the participation of each one using

More recently, and in an attempt to find a solution to this impasse created by these two theories, the Mitigated Finalist Theory was created, which validates the concept of a legal-entity consumer in line with the Finalist Theory, but also allows flexibility to recognize a legal entity that demonstrates its technical, legal, or even economic, vulnerability in relation to the supplier as also being a consumer.³

The example mentioned above of the department store that acquires a payment service using a card-swiping machine, is a typical consumer case for the Mitigated Finalist Theory, if they considered the companies as vulnerable from a technical, legal or economic perspective, in relation to the supplier.

Legal vulnerability consists of a lack of specific legal knowledge, while factual vulnerability is when the supplier, in a monopolistic position, imposes its superiority over everyone it contract with, making the other party vulnerable. Finally, technical vulnerability involves the lack of technical knowledge about the contractual object on the part of the party acquiring the product or service.

Jurisprudence has analyzed the three theories throughout the years. At the end of 2003, the Superior Court of Justice (“STJ”) applied the Maximalist Theory, considering as consumers, for example, legal entities that (i) acquired machines for crop work, despite that not being their core activity⁴; and (ii) acquired the service to process credit card payments, even considering that said payment was a way to serve the company’s consumers.⁵

Beginning in 2004, STJ jurisprudence shifted to being predominantly oriented to the application of the Finalist Theory, interpreting, for example, that a legal entity that acquires payment services using credit card machines is not a consumer, because that relationship has a business objective; hence, that it is not a consumer relationship.⁶

amortization rates for their value (...)”. MASELLI GOUVÊA, Marcos, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: 1997. vol. 23/24, pg. 187 et seq.

3. Work authored by Sérgio Cavalieri Filho, Academic Founder of the Brazilian Academy of Civil Law, Professor and general Director of the Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: CAVALIERI FILHO, Sérgio: S. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2011, pg. 62.
4. STJ, 4th Bench, Special Appeal n. 142.042/RS, Rapporteur Minister Ruy Rosado de Aguiar, j. on 11/11/97.
5. STJ, 2nd Bench, Jurisdiction conflict n. 41.056/SP, Rapporteur Minister Nancy Andrighi, j. on 06/23/04.
6. STJ, 4th Bench, Special Appeal n. 541/868/BA, Rapporteur Minister Barros Monteiro, j. on 11/10/04 and STJ, 2nd Section, Jurisdiction Conflict n. 64/524/MG, Rapporteur Minister Nancy Andrighi, j. on 09/27/06.

It was only in April of 2005 that the STJ moved to apply the Mitigated Finalist Theory. According to the court⁷, the main point of the concept of consumer became the idea of vulnerability. Therefore, according to Mitigated Finalist Theory, legal entities will be considered consumers when they acquire products and services for business use, but are shown to be vulnerable – economically, technically or legally – in relation to its suppliers.

Recent rulings by the appellate court⁸ continue to follow the trend of applying the Mitigated Finalist Theory.

-
7. “On the one hand, STJ jurisprudence, while upholding the finalist concept, recognizes the need for mitigation of the criteria for recognizing the vulnerability that is demonstrated in this specific case. However, this is because the legal relationship identified as being “a consumer relationship” is not qualified through the presence of an individual or legal entity at either end, but rather by the presence of a vulnerable party on one side (consumer), and a supplier on the other side. Because the core of the Code recognizes the vulnerability of the consumer on the market, the main driver of national policy on consumer relations (Art. 4, I). With respect to this driving component of the consumer relationships, we cannot forget that vulnerability is not just defined based upon economic capacity, it must also include the level of information/culture or value of the contract in question. All of these elements may be present and the buyer is still vulnerable because of its dependence on the product; or because of the adhesive nature of the contract imposed; because of a monopoly of production of the good or its insurmountable quality; because of the extreme need for the good or services; because of modernity demands related to the activity, among other things. That is why when imposing the finalist criteria on the interpretation of the concept of consumer, this appellate court’s jurisprudence also recognizes the need to, in specific cases, lessen the strict subjective criteria of what a consumer is, to allow the applicability of the CDC in relationships between suppliers and business consumers, when it is clear that the consumption relationship, is a relationship between a supplier and a vulnerable consumer, presumably or not”. STJ, 2nd Bench, Special Appeal n. 476/428/SC, Rapporteur Minister Nancy Andriahi, j. on 04/19/05.
 8. AgInt in CC 146.868/ES, Rapporteur Minister MOURA RIBEIRO, SECOND SECTION, ruled on 03/22/2017, DJe 03/24/2017; REsp 1.599.042/SP, Rapporteur Minister LUIS FELIPE SALOMÃO, FOURTH BENCH, ruled on 03/14/2017, DJe 09/05/2017; AgInt in REsp 1.216.570/SP, Rapporteur Minister LUIS FELIPE SALOMÃO, FOURTH BENCH, ruled on 09/13/2016, DJe 09/19/2016; and AgRg in AREsp 646.466/ES, Rapporteur Minister MOURA RIBEIRO, THIRD BENCH, ruled on 06/07/2016, DJe 06/10/2016.

4. Conclusion

Despite the literal and intuitive character of consumer relations created between suppliers and their consumers and the lack of further discussions involving the definition of supplier, the concept of consumer, particularly a legal-entity consumer, is a complex issue that is subject to a great deal of discussion within doctrine and body of case precedents of our courts.

The STJ itself has taken cautious positions on the subject, deciding on various occasions that the CDC applies to relationships between legal entities in certain cases, considering the concrete characteristics of each set of contractual circumstances, and based upon whether one of the parties is vulnerable or economically disadvantaged. Ultimately, it is undeniable that many large companies show no signs of vulnerability or economic disadvantage on the Brazilian consumer market.

OFFER AND ADVERTISING IN CONSUMER RELATIONSHIPS

LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS

SUMMARY: 1. Introduction – 2. On the advertised offer and how it is binding upon the supplier – 3. Misleading advertising – 4. Abusive advertising – 4.1. Advertising for children– 5. Comparative advertising – 6. Civil liability for illicit advertising.

1. Introduction

Advertising and the limitations related thereto are governed by articles 36 through 38 of the Consumer Defense Code (“CDC”). More than 25 years since the CDC was enacted, with unprecedented and express reference to advertising in its text, the subject is still evolving, but the Code and its guiding principles remain the most effective instrument to deal with the newest (as well as more traditional) forms of commercial expression.

Article 37 of the CDC regulates commercial content information that may lead to a consumption relationship between the supplier and the receiver. Advertising that shares information not related to an economic activity (for example, religious, philosophical and political propaganda), in principle, is not included in the concept of advertising established by the article, which is explicit with respect to the control of information of “advertising nature” – meaning that which directly or indirectly entails an economic purpose.

On this particular point, it is important to keep in mind that commodification of values is ever-rising, which turns certain efforts a priori imbued with clear propagandistic content into paradigmatic advertising pieces to stimulate true exchange relationships. Along those same lines, in light of the constant technological innovations, especially the Internet, certain messages

that allegedly have no economic aim may also fall under the control of the CDC, since in this case, the economic intention will have been masked by the supplier or third party contracted by it. Under these circumstances, there is a violation of the principle of identification as an advertising message, which establishes that all advertising should be “easily and immediately” identified as such (art. 36, main section). According to this principle, clandestine messages are banned, as is any subliminal advertising.

So, within the scope of advertising, the CDC instituted a set of principles specific to advertising¹, which is fundamental for the control of the most varied publicity techniques and also defines the concepts of misleading and abusive advertising.

2. On the advertised offer and how it is binding upon the supplier

Before we can move on to the analysis of illicit advertising, some considerations must be made about the concept of offer, as established in article 30 of the CDC, according to which any sufficiently precise information or advertisement is binding on the supplier that disseminates it or makes use of it, becoming an integral part of any contract entered upon.

The rule seeks to keep legitimate consumer expectations from being frustrated when faced with sufficiently precise offers or advertising, and

1. The Code, alongside the principle of objective good faith that guides and should permeate any and all consumer relations (art. 4, III, CDC), also introduced *specific legal principles* for advertising, as logical consequence of its articles 30, 36 through 38 and 60, item XII. Thus, in addition to the already mentioned (i) principle of identification (art. 36, main section), we highlight: (ii) the principle of veracity (art. 37, paragraphs 1 and 3); (iii) the principle of transparency of claim (which imposes upon the advertiser the duty to retain, for information of those legitimately interested, factual, technical and scientific data that back up the message – article 36, sole paragraph); (iv) the principle of binding nature of the contractual offer (which we could summarize as “if advertised, it must be honored” – article 30); (v) the principle of non-abusiveness (prohibition of abusive advertising – art. 37, paragraph 2); (vi) the principle of the burden of proof falling on the supplier (according to which the supplier is responsible for proving the correctness and adequacy of his/her message – art. 38); (vii) the principle of correction of advertising deviations (which means the imposition of the counter-advertising penalty as set forth in art. 60, XII). For more information on specific principles applicable to advertising, cf. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães, *Publicidade e Direito*, Revista dos Tribunais, 2nd ed., Chapter 3, pg. 55 and subsequent).

imposes upon the supplier the obligation to enact contracts under the exact terms of the advertised offer. Hence, it introduces the principle of the binding nature of the advertising message into consumer business relationships, by creating rights and obligations arising from public advertising.

Not all advertising, however, contains an offer. At times, an advertising piece might not even offer information about goods and services, as is the case, for example, of institutional ads or merchandising efforts in which the product is merely displayed.

Furthermore, it is also correct that not every offer is made through advertising. To the contrary, products are offered through simple exposure in automated machines (e.g. coffee machines, soda machines), by simply providing a consumer with an estimate for a product or service, by display of merchandise in store windows or labels, etc.

Nevertheless, if the advertising presents in its contents “sufficiently precise information” about goods and services offered, then it will be treated as an offer and will be binding upon the supplier, obliging it to fulfill the terms. In order for this binding nature to arise, the offer needs to be: (i) broadcast through any means of communication in relation to the goods and services offered, which presupposes its exposure to consumers; and (ii) sufficiently precise. The term “sufficiently precise” does not require that the offer be total, which is to say, it does not need to contain all the elements of the future contract; a reference to a single characteristic of the product is sufficient to bind it to the supplier.

Therefore, as far as the CDC is concerned, if an advertising offer is sufficiently precise – irrevocable and irreversible – and it is accepted by the consumer within a fixed period of time, or another period deemed reasonable, the contract is consummated. Any refusal on the part of the advertiser to meet it gives the consumer the right to demand forced fulfillment of the offer (art. 35, I) or, if that is not possible, to accept another equivalent product or service (art. 35, II), in both cases through the specific relief device (art. 84, main section, CDC). If a contract has already been enacted, the consumer may also choose to terminate it, with right to restitution of any amount paid in advance, corrected for inflation, plus any losses and damages (art. 35, III).

Finally, doctrine and jurisprudence accept the theory of gross error in advertising materials as a special situation in which the application of the principle of the binding nature of an advertising message may be waived. If there is a flagrant mistake in the advertising, which is immediately perceivable by the targeted consumer, the law cannot be used to force the fulfillment of

an offer that the consumer knows or should reasonably know is a mistake. Objective good faith applies to the interpretation of consumer relations.²

3. Misleading Advertising

Misleading advertising is defined in article 37, paragraph 1 of the CDC, and may be summarized as a message capable of leading a consumer to error with respect to the characteristics of the product or service advertised, be that through falsehood, omission or any other means (such as ambiguity and/or inaccuracy).³ The misleading message is capable of influencing the consumer's economic behavior, which could have been different were he/she better informed about the characteristics of the product.⁴ Under any circumstance, by action or omission, the will of the consumer will have been perverted to enact a consumer deal based upon flawed information.

Controlling deception does not apply just to what we consider to be traditional advertising vehicles (television, print or digital media), but also to any and all information of an "advertising nature", including, for example, sales promotions brought to the consumer's attention directly at points of sale (through advertising materials, coupons, drawings), retail tasting and sampling activities, packaging and labels that include advertising information⁵ and slogans; the very design of the product vis à vis its content; "sponsored" messages in blogs, when the "advertising" information is not identified as such to the readers; product placement, among others. All these practices are subject to the so-called principle of veracity.

When examining a potentially misleading message, one must establish whether the advertising is illicit or not by looking at it from a consumer's perspective, which is the key interpretative method provided by art. 37 of the

2. To this end, e.g., São Paulo Court of Law, Appeal 0017678-86.2013.8.26.0482 and Appeal 1001335-74.2014.8.26.0510.
3. Art. 37, paragraph 1. Any information or public communication that is entirely or partially false, or is in any other way, even by omission, capable of inducing the consumer to make a mistake regarding the nature, characteristics, quality, quantity, properties, origin, price or any other feature of products and services will be considered misleading".
4. A classic example of deceit by commission is the advertising campaign for the product "*Cogumelo do Sol*", which was merely a food product with no health benefits, but was offered as a cure for cancer (STJ, REsp n.1.329.556-SP).
5. To wit, Rio de Janeiro Court of Justice, Appeal 0337522-63.2012.8.19.0001, regarding the information "whole wheat", on bread packaging when in fact there was a very low percentage of whole wheat in the actual product.

CDC. The examination of the misleading potential in a specific advertising message needs to be accurately calibrated in light of the impression that the ad actually causes (or can cause) on its target consumers, who are the subjects of a future consumer relation.

This is the case because a consumer's ability to perceive and discern does not remain constant. It can vary according to target public under investigation, based upon criteria like social and cultural attitudes, means of communication employed, taking into special consideration the nature and characteristics of the products and services advertised, in addition to other elements to be examined in each specific case.

When examining deceit, it should also be noted that paragraph 3, art. 37 of CDC also defines misleading advertising as omissive when it fails to provide "essential information" on the product or service being advertised. Given the open-ended concept of this rule, essential information would be anything that is capable of modifying the terms of the offer, that results in conditions or limits to the fruition of the good or service, or that creates a burden on the consumer, having not been addressed in any way in the advertising material.⁶

4. Abusive Advertising

The ban against abusive advertising is established in article 37, paragraph 2 of the CDC, which sets forth as abusive, among others, "advertisements of any discriminatory nature, or that incite violence, exploit fear or superstition or take advantage of a child's lack of judgment or experience, disrespect environmental values, or may cause the consumer to behave in a way that will bring harm to his health or safety."

The rule in question does not provide a precise concept of abusiveness. Based on the examples given therein, however, a message could be defined as abusive when it opposes the highest principles and values of Brazilian legal order and those that guide and permeate our society. Protection from abusive advertising is not related to effective economic loss by altering the will of the consumer, but rather to their safety against messages that could lead to harmful situations (for example, ads that encourage self-medication), or to the

6. A classic example misleading advertising by omission was the offer of an HD plasma TV set in which high definition could only be obtained by connecting the device to a signal decoder or DVD player, an essential piece of information that was not provided by the supplier in their ads and was not even listed in the product's packaging. (Technical Note from the National Consumer Secretariat, no. 133/2012/CGCTPA/DPDC/2012)

protection of society as a whole against messages that are contrary to social values, particularly those expressed in our Federal Constitution.

It should be noted that paragraph 2, article 37 of CDC, by providing a vast and flexible content to be interpreted in each specific case by the judge, introduces into consumer relations a veritable general non-abusiveness clause. The list in paragraph 2 is merely an example.

On the other hand, it should equally be stressed that, by instituting a general non-abusiveness clause, the provision does not actually adopt what could be called a dominion of subjectivity. To the contrary, it demands from the judge a careful analysis of the existing transgression potential. The focus of such analysis is the value as calibrated from the standpoint of the community as a whole, not the tastes or the rather subjective outlook of any specific consumer.

A brief digression about the application of this rule takes us along the 25 years since the Code was enacted, at which time the examination of abuse focused on discussions of discrimination involving ads for the brand BENETTON. A widely advertised brand in the 1990's, its social campaigns covered themes such as AIDS and racial discrimination, and ended up being heavily criticized. More recently, the question of discrimination has led to discussions about gender equality, especially as it pertains to the alleged objectification of the female form in beer and lingerie ads.⁷ Still on the theme of discrimination, it is always important to differentiate potentially discriminatory advertising from comedic ads that employ satire or humor as creative manifestations of the freedom of expression and creation held by advertising.⁸

4.1 *Advertising to Children*

Currently, questions of abuse are receiving attention both from the courts and society as a whole when it comes to advertising targeted at children. This

7. Annexes "A", "P" and "T" of the Brazilian Advertising Self-Regulation Code (dealing with alcoholic beverages, beer and wine) provided guidelines for advertisers, establishing that "occasional sexual appeals shall not be the main content of messages, and models used in advertising [men and women] shall never be treated as sex objects".
8. Acknowledging humor in advertising, cf. TJ/MG, Appeal n. 1.0024.10.149915-0/001 (the "talking cans" ad campaign from Skol, which made playful reference to Argentinians); TJ/SP, Appeal n. 994.05081591-3 (ads containing a humorous take on the "dumb blonde" stereotype).

discussion involves determining the limits established by the Code in relation to this type of communication, according to which the following is considered abusive: “advertising that takes advantage of a child’s lack of judgment and experience”. There is no question that children, like the elderly, have a higher degree of vulnerability and are therefore more susceptible to the effects of advertising. Given their particular condition of persons still in development, children deserve special protection. Often what is not clear is the extent of this intervention: whether there is a lack of legal provisions, whether advertising to children should be banned or restricted by new legislation, or further, whether jurisprudence would have to be strengthened on groups of cases that deserve prompt reproach.

Advertising enjoys constitutional protection in the light of the guiding principles of economic order, i.e. free initiative and free competition, and the Brazilian constitution further states that “the exercise of any economic activity is free, regardless of authorization from government agencies, except in the cases provided for by law” (art. 170, sole paragraph). In addition, and beyond any commercial purpose, the constitutional guarantee to advertise may also fall under the protection of the freedom of expression and information (arts. 5, IX, 220, Brazilian Constitution).

Naturally, since these constitutional guarantees must interact with other principles and guarantees equally established in the Brazilian Constitution, the activity, depending on the case, may be restricted. So much so that article 220, paragraph 3 of the Constitution sets forth that federal law will be responsible for establishing new restrictions on advertising activities deemed harmful. Paragraph 4, in turn, names a priori the products that deserve prompt constitutional restriction, to wit: drugs, tobacco, alcoholic beverages, pesticides and insecticides, all of which had their advertising messages restricted and/or prohibited through Federal Laws 9.294/96 and 10.167/2000.

Specifically with respect to children, the Brazilian Constitution establishes in its article 227 that “it is the duty of the family, the society and the State to ensure to children and adolescents, with highest priority, the right to life, health, food, education..”. Indeed, children have yet to reach physical and psychological maturity, which puts them in a situation of higher vulnerability. Given the peculiar condition that children are in, the CDC anticipated, in the aforementioned article 37, that advertising is abusive when it exploits a child’s lack of judgment and experience.

In addition and in supplementary fashion, pursuant to the so-called mixed control of advertising (self-regulatory and governmental), the National Advertising Self-Regulation Council (Conselho Nacional de

Autorregulamentação Publicitária – “CONAR”), through the Brazilian Advertising Self-Regulation Code (known as “CBARP”), provides guidelines to the market with respect to the proper content of any advertising aimed at children, and includes a series of directives in its Section 11 and Annex H, the latter dealing specifically with food advertising. More recently, the agency imposed bans on merchandising activities targeted at children, limiting advertising to children exclusively to commercial breaks.

In our view, two logical conclusions arise from the existing legal framework on the matter and the fundamental guarantees that regulate both advertising and the rights held by children: (a) advertising freedom may be restricted by the issuance of federal law (art. 220, paragraph 3, combined with art. 22, XXIX, Brazilian Constitution), with ample democratic debate; and (b) advertising to children was authorized by the Constitution, and guidelines for it are provided in article 37, paragraph 2 of the CDC, which – at least in the 25 years it has been in force – only banned the abuse of marketing communication which takes advantage of a child’s lack of discernment, not the activity itself.⁹

5. Comparative Advertising

Finally, although our consumer defense code makes no express mention to comparative advertising, it should be stressed that this advertising strategy is not banned; instead, within the scope of self-regulation, CONAR chose to expressly regulate this practice, recognizing it as part of market uses and customs. To that end, art. 32 of CBARP provides limits for comparative advertising and can be considered a subsidiary interpretative source in advertising matters.

Comparative advertising is still not widely used in Brazil, but it has become more popular in the past few years. In this connection, we can point to a comparative campaign about Rayovac x Duracell batteries, claiming that Rayovac batteries were just as durable but less expensive, which the Superior Court found to be legal and pro-consumer (REsp n. 1.668.550). Although this practice is of interest to both competitors and consumers, misleading comparisons that could induce consumers to err are still prohibited.

9. Please see the following rulings by the São Paulo Court of Law: Appeal no. 0035929-18.2012.826.0053; Appeal no. 0008196-14.2011.8.260053; Appeal no. 566.275-4/7; Appeal no. 994.04.072694-0 (absence of abusiveness in the specific case). Acknowledgment of abusiveness: STJ REsp 1.558.08, STJ REsp 1.613.561 and TJSP Appeal no. 0044517-82.2010.8.26.0053.

6. Civil liability for illicit advertising

Who is responsible for illegal advertising? First, one must identify the different actors in advertising: i) advertiser: this is the supplier and the main party responsible for making the ad; ii) advertising agency: which may be defined as the company responsible for planning, creating and distributing advertising for those who hire them; and, iii) media: these are the means to carry advertising to the consumers.

These different parties will be held liable in different ways, based upon different interpretations of the CDC. On the one hand, jurisprudence has determined that only the advertiser will be held directly liable for the messages. This argument is based upon the interpretation of article 38, combined with article 36, sole paragraph of the CDC – an understanding that was endorsed by the Superior Court of Justice (STJ) in its ruling Resp 604.172. However, it can also be argued that all participants should be held objectively and solidarily liable, based upon article 7, sole paragraph, combined with paragraph 1, art. 25 of the CDC.

We are of the mind that there could be joint liability between the advertiser and the advertising agency. This understanding is also in line with the CONAR rules, which, albeit of an ethical nature, restate the guidelines followed by the advertising market (art. 45, “b”). Naturally, the agency would have the right to seek redress against the advertiser, if it is able to demonstrate that the creation of the illicit advertising was exclusively due to the latter’s conduct.

The media, in turn, are not part of the advertising creation process. They are only responsible for spreading the message. It is equally certain that they cannot control the content of all the messages or make a detailed examination of technical and scientific data. However, we think it correct that they hold some responsibility when they act in malice or gross negligence.

And what about celebrities who appear in ads? Celebrities lend their image, voice and prestige to the advertiser to promote its products. They do not participate in the creation of the advertising piece, and are generally reciting a script written by the advertiser. They cannot be held objectively liable. Furthermore, celebrities are treated as freelancers, who according to article 14, paragraph 4 of the CDC may only be held subjectively liable, upon a finding of malice or gross negligence.

SUPPLIER LIABILITY FOR PRODUCT AND SERVICE FLAWS AND HARM CAUSED

LAURA BEATRIZ DE SOUZA MORGANTI

Area of Law: Consumer Relations Law.

Keywords: Consumer relations – Consumer Law – Civil Liability – Product or Service Flaw or Harm Caused.

1. Civil liability in Brazilian law

Within the Brazilian legal framework, civil liability is an obligation imposed upon a person (agent) to indemnify material and/or moral damages caused to third parties (victim). It seeks to suppress any illegal conduct that causes harm to others, as well as insuring those injured have their damages remedied. The fundamental precept is the illegality of the conduct, which leads to harm for the victim, notwithstanding the method used by the agent to enact it. The theory of civil liability is expressed in articles 186¹ and 927², both part of the Civil Code (“CC”).

Three preconditions must be present to identify the liability to indemnify, to wit: (i) a culpable or negligent action or omission on the part of the agent;

-
1. “**Art. 186.** Any party who by voluntary action or omission, negligence or imprudence, violates a right and causes damage to another, even if it is exclusively pain and suffering, has committed an illicit act”.
 2. “**Art. 927.** Any party who, by illicit act (arts. 186 and 187), causes harm to another, and is bound to repair it”.

(ii) the damage suffered by the victim; and (iii) the causal relationship between the action or omission and the damage.

Every civil liability suit and the subsequent obligation to indemnify, requires a detailed examination of those three basic and fundamental requirements that must be present for this indemnity to be claimed by the party who has seen their patrimony decrease based upon the illegal acts of another.

2. Civil liability within consumer relationships

Within the scope of consumer relations, the Consumer Defense Code (“CDC”) states that one of the consumer’s basic rights is “effective prevention and redress of individual, collective and diffuse property and moral damages” (article 6, VI, of the CDC).

As such, the legislator is intentionally recognizing the consumer as the most vulnerable party within the relationship, and it has removed from the consumer the burden of demonstrating that the damage was caused by negligence or culpability of the supplier. In other words, contrary to how relationships are governed by the CC, the CDC adopted the so-called “theory of strict liability” whereby the supplier must remedy the damage caused to the consumer, irrespective of culpability. With exception of the liability exclusions given in the CDC for holding the supplier liable, all a consumer needs to hold a supplier liable is to demonstrate (i) the negative result (damage) arising from the product or service made available on the consumer market, as well as (ii) a chain of causation.

However, despite the strict liability, there is a difference in the system of civil liability for the supplier as it pertains to flaws (articles 18 through 20 of the CDC) and those that cause a consumption accident (articles 12 through 14 of the CDC) through the product or service, especially with respect to the joint and several liability between the parties that participated in the supply chain of the product or service considered defective.

3. Civil liability for the flaw in the product or service

Articles 18 and 19 of the CDC cover liability for flawed products, and article 20 covers liability for flaws to services. Flaws are understood to be all “characteristics of quality or quantity that make products or services improper or inadequate for consumption as they were designed and that also diminish

its value. Flaws are also those caused by a disparity between indications listed on the recipient, packaging, labeling, offer or advertising”³.

In the words of noted scholar, SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “This is the kilo that only has 900 grams; the cleaner that doesn’t clean; the radio that doesn’t get a signal for radio stations at the designated frequency”⁴. In other words, every characteristic promised regarding quality or quantity of the product or service, which become improper or inadequate for its desired consumption, or that lowers its value. From the flaw to the product or service does not arise any risk of health or safety to the consumer. Damages, in this case, are restricted entirely to the patrimonial sphere, and possibly pain and suffering for the injured consumer.

When a product or service has a flaw, there is an express legal provision establishing indistinct joint and several liability among all suppliers who are part of the supply chain. Note that a supplier is, according to article 3 of the CDC, any party that performs “production, assembly, creation, construction, transformation, importation, exportation, distribution or sale of products or rendering of services”.

Within the CDC system it does not matter the greater or lesser role played by each type of supplier who contributed to placing the product or service for sale on the consumer market. All suppliers are held jointly liable, no matter who’s to blame. Suppliers are assured the right to redress from the party that effectively introduced the flawed product or service into the supply chain.

In other words, the CDC states that all participants in the production chain and the introduction of the product or service onto the consumer market are responsible for the flaw. SO, the consumer may, at its discretion, file suit against all the suppliers or just some, if they do not wish to choose just one. This is what esteemed professor CLAUDIA LIMA MARQUES has to say on the matter, “within the CDC system, everyone who helped put the product on the market will be responsible for problems with said product, from the manufacturer (which prepared the product and label), the distributor, all the way through the retailer (which contracted with the consumer). Each one of them is held accountable for the quality-compliance of the product”⁵.

3. NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4th edition. São Paulo: Editora Saraiva. 2009. pg. 180.
4. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Nova Edição. Volume 4. Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas. 2009. pg. 248.
5. MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3rd Edition. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pg. 485.

The CDC states that the supplier shall repair the product flaw in 30 days at the most. Once that 30 days has passed, the consumer has the following choice, (i) substitution of the product by another that is its equal, in perfect use conditions; (ii) refund of the amount paid, duly indexed; or (iii) the proportional reduction to the price.⁶ When it comes to flaws in services, the consumer is also authorized to demand it be redone, at no additional charge, should they so wish.⁷

4. Product or service liability (defect)

Civil liability for product or service arises when it causes a risk to the health or safety of the consumer or even third parties, which is referred to as a consumption accident.

Jurist JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO defines “product or service liability” as being “anomalies found in products and services that do not just make them inappropriate for their intended use, but they also cause damages to consumers, and even represent a risk against the life, health or safety of consumers or potential consumers. Examples: a drug that does not supply adequate information, confusing the consumer, thereby making their health worse; putting a vehicle model on the market with a defect in the brake system.”⁸

Civil liability is the logical consequence of a consumer accident, which happens when the product or service does not have the safety that could be legitimately expected of it and it ends up causing damages to the consumer or even third parties⁹.

Different from the solidarity that unites the suppliers that make up the supply chain in the event of a product flaw, article 12 of the CDC establishes that liability for a consumer accident only rests over expressly determined suppliers, to wit, the manufacturer, the producer, the domestic or foreign builder and the importer. The retailer, in turn, will only be held liable (i) if the manufacturer, producer, domestic or foreign builder and importer cannot be identified; or (ii) for a perishable product that has not been properly conserved.

6. Art. 18, § 1 of the CDC.

7. Art. 20, I, of the CDC.

8. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 10th Edition. São Paulo: Editora Atlas, 2010. P. 197.

9. A third-party victim to a consumer accident is considered a consumer for the purposes of assigning strict liability to the agents responsible, in accordance with article 17 of the CDC.

Attorney SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL teaches us that the legislative decision to name those responsible for a consumer accident caused by a product was deliberate. To him, “there is a reason for that. In fact, the rule regarding a product causing bodily harm was to establish its own system of liability, whereby only those parties expressly listed in the law could be held responsible for the harm caused”. He concludes by saying that “the question of joint liability for a product causing harm has rigid limits established by the law and is treated separate from the other cases of liability established in the CDC”¹⁰.

Meanwhile, the “service liability” (in other words, a consumer accident resulting from a service supplied), article 14 of the CDC expressly sets forth that the general liability rule applies to all suppliers who make up the supply chain, “imposing joint liability on all suppliers in the chain, including those that organize providers directly and indirectly”¹¹. Only liberal professionals are exempted from the strict joint liability. Under these circumstances, article 14, paragraph 4 of the CDC establishes that the liability of a liberal professional (freelancer) should be investigated subjectively, which is to say, looking for proof that their negligence or blame caused the harm.

Finally, please note that the CDC expressly allows for circumstances that waive the liability of the manufacturer, producer, domestic or foreign builder and importer (for the case of product liability) and all supplies (in the event of service liability). These liability waivers imply that there is a break in the chain of causation between the event and damage, which ultimately does away with civil liability.

Thus, in the event of an accident resulting from product consumption, article 12, § 3, of the CDC expressly establishes that the manufacturer, producer, domestic or foreign builder and importer will not be held liable when they prove (i) they were not responsible for putting the product on the market (in other words, the defendant sued is not the actual manufacturer of the product, or further, in the event that a defective product was robbed or stolen); (ii) although it did put the product on the market, the defect does not exist; or (iii) for reasons entirely attributable to the consumer or third party (doctrine

10. MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Extensão da Cadeia de Responsabilidade Solidária – Fato e Vício do Produto. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 130, p. 147-152, August, 2016.

11. MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3rd Edition. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pg. 421.

defines third party as “any person who is not identified with the participants in the consumer relationships described in art. 12”¹².

With respect to services, in accordance with article 14, § 3, of the CDC, suppliers will not be held liable when they prove (i) there was no defect in the service provided or (ii) blame lies entirely with the consumer or third parties.

There are discrepancies within Brazilian doctrine regarding the classification of an act of god and force majeure, and whether that can be used as a circumstance that could lift a supplier’s liability. That is because the CDC did not include these hypotheses in the list of exclusions provided in article 12, § 3 and article 14, § 3. More current doctrine – the overwhelming majority of it – accepts that these unexpected events exclude civil liability and the duty to indemnify. Furthermore, case law produced by the STJ allows an act of god and force majeure as a civil liability exclusion for the supplier¹³.

In addition, the CDC established that a better quality product being placed upon the consumer market does not immediately imply that the previous inferior item was defective¹⁴. The same applies to services, which should be considered from the moment they are executed. The adoption of new techniques does not make the prior service defective, for the purposes of assigning liability to a supplier¹⁵.

12. DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Volume I. 10th Edition. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. pg. 205.

13. On this point, see supplier court appeal n. 974.138/SP, ruled by the fourth bench of the STJ on 11/22/2016, Rapporteur Minister Raul Araújo; Special Appeal n. 1.327.778/SP, ruled by the fourth bench of the STJ on 08/02/2016, Rapporteur Minister Luis Felipe Salomão.

14. Art. 12, § 2, of the CDC.

15. Art. 14, § 2, of the CDC.

BRAZILIAN PROCEDURE FOR RECALLS

MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA

Area of Law: Consumer Relations Law.

Abstract: This article seeks to provide a non-exhaustive presentation of the concepts and guidelines for recall, with a focus on practicalities.

Keywords: Consumer Law – Recall – Procedure.

SUMMARY: 1. General overview; 2. Recall; 2.1. Legislation; 2.2. Who has the obligation to adopt and implement recall measures; 2.3. Launching a recall campaign; 2.3.1. Communicating to authorities; 2.3.2. Deadline to launch the recall campaign as well to publish the safety alert; 2.3.3. Publicity campaign/media plan; 2.3.4. Customer Service Plan; 2.3.5. Methods for correcting the defect; 2.3.6. Reports and request for close the recall; 2.4. Consequences for failing to perform the recall; 3. Conclusions

1. General Overview.

The Brazilian Constitution protects consumer rights as fundamental rights, which are established in article 5, item XXXII¹.

With respect to protecting health, article 196 of the Constitution establishes that the State has the duty to promote public policies seeking to reduce harm to citizens as well as assure equal access to actions to protect them.

1. “Art. 5., item XXXII – The State will enact laws on behalf of consumer defense.”

Along these lines, the Consumer Defense Code (Law no. 8.078/90, hereinafter referred to as the “CDC”) establishes in its article 6.º, item I², that the consumer’s basic rights include protection for their lives, health and safety.

It logically follows that products and services made available for consumption on the market cannot cause risks to consumer health or safety, beyond those that are normal and predictable, as a result of the characteristics inherent to the product or service and with relation to which the suppliers are bound to supply all information related to the corresponding risks³.

That is why, if the supplier, after making a specific product or service available on the market, finds that said product or service presents a potential risk to cause harm to either health or security – this risk, please note, that is unrelated to its core essence – should immediately take every step to inform the consumer and correct the noncompliance. This is what is set forth in paragraph 1 of article 10 of the CDC⁴.

In fact, the recall is how the supplier informs the consumer about the existence of a defect to a product or service that has the potential to cause harm or damage health or safety, and will undertake to rectify said nonconformity.

2. Recall.

2.1. Legislation.

In Brazil, the recall procedure is established in the CDC and Directive 487, dated March 15, 2012 issued by the Ministry of Justice (hereinafter simply referred to as MJ Directive). Therefore, these are the key normative principles on this subject.

2. “Art. 6. The following are basic consumer rights: I – protection of life, health and safety against the risks provoked by practices in the supply of products and services considered hazardous or harmful; (...)”
3. “Art. 8. The products and services made available on the consumer market will not pose a risk to consumer health and safety, except for those considered normal and predictable as a result of their nature and use, obliging suppliers in any and all events to supply the necessary and adequate information on that respect “.
4. “Art. 10. The supplier cannot place on the consumer market any product or service that it knows or should know poses a high degree of harmfulness or hazard to health or safety. § 1 The supplier of products and services who, following introduction onto the consumer market, becomes aware of the hazards they pose, shall immediately report that fact to the competent authorities and consumers through ad campaigns. (...)”

We say principles since there are norms and certain specific rules for the recall of certain products, to wit: food, drugs and automobiles⁵.

However, given that the goal of this article is to provide the concepts and a guideline on the subject, we'll focus our analysis on the key rules on the subject contained in the CDC and MG Directive, and to the extent possible, we'll include specific information on certain norms.

2.2. *Who has the obligation to adopt and implement recall measures.*

Based upon Brazilian legislation, every participant of the consumer chain involved in production, assembly, creation, construction, transformation, importation, exportation, distribution or sale of products or rendering of services are considered suppliers. That is in fact, what is established in the introduction of article 3 of the CDC.⁶

Specifically with respect to recalls, both article 10 of the CDC⁷, as well as the MJ Directive in its article⁸, expressly establish that the supplier – *lato sensu*

5. Resolution RDC 24/2015 from Anvisa (Brazilian National Sanitary Surveillance Agency), Resolution RDC 55/2015 from Anvisa (Brazilian National Sanitary Surveillance Agency), and Joint Directive 69, dated 12.15.2010 (Ministry of Justice and Denatran).
6. “Art. 3. A supplier is any individual or legal entity, public or private, domestic or foreign, as well as any entities without legal personality, which involve activities of production, assembly, creation, construction, transformation, import, export, distribution or sale of products and services. (...)”
7. “Art. 10. The supplier may not offer on the consumer market any product or service that it knows contains a high degree of harmfulness or hazard to health or safety.

§ 1 The supplier of products and services who, following their introduction to the consumer market, becomes aware of a hazard they may represent, shall immediately report that fact to the competent authorities and consumers, through ad campaigns.

§ 2 The ad campaigns referred to in the previous paragraph will be broadcast in print media, radio and television, at the expense of the supplier of the product or service.

§ 3 Whenever they become aware of a hazard present in products or services poses to consumers, the federal government, states, federal districts and municipalities shall be informed of it.”
8. “Art. 2. The product and service supplier who following its introduction to the consumer market, becomes aware of the health or hazard risk it possesses, should immediately report that fact (...)”

– has the obligation to perform the recall, in such a way that there can be no doubt that every participant in the supply chain have a responsibility before the consumers as well consumer defense agencies and bodies to adopt measures related to the recall, and as such, they will be subject to civil, administrative and criminal sanctions should they fail to act in accordance with the law.

Obviously, it is enough that only one participant of the supply chain takes steps to implement the recall for the obligation to be deemed fulfilled. In other words, there is no need for multiple requests for a recall for the same defect, just because there are various participants in the supply chain.

From a practical point of view, it is of summary importance that the participants of a specific supply chain establish among themselves, in advance, clearly and preferably in a written document, who will assume responsibility to start a recall if it becomes necessary, and further, to discuss the rules regarding terms and financial disbursements, doing away with any potential discussions that could arise on the matter.

Obviously, this “agreement” – specifically owing to the solidarity –, may not be invoked against consumers or consumer defense agencies, but it will assure a right of redress from one company toward another.

2.3. *Launching a recall campaign.*

2.3.1. *Communicating to authorities.*

Once the harmful or hazardous nature of a certain product is discovered, the supplier shall immediately communicate that fact in writing to the Department for Consumer Protection and Defense (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, the Economic Law Secretariat (Secretaria de Direito Econômico – SDE), the Ministry of Justice (“DPDC”), Municipal, State and Federal District Consumer Protection agencies (“PROCON”), as well as other competent authorities (this if for example, the product subject to health department or any type of governmental control and oversight, like pharmaceutical and food products).

This communication must contain the following:

- (i) complete identification of the supplier or the product or service subject to recall: company name, business name, line of work – both primary and secondary – company taxpayer or individual taxpayer id (CNPJ/CPF), state enrollment number, address, telephone number, email address and name of responsible administrators, along with their respective qualifications;

- (ii) detailed description of the product or service, accompanied by information about the brand, model, lot, series, chassis, manufacturing start and end date and photo;
- (iii) detailed description of the defect, accompanied by the technical information necessary to clarify the facts, as well as other information, like specifying the date, month and year, as well as how the harm or hazard was discovered;
- (iv) detailed description of the risk and its implications;
- (v) quantity of products or services suffering the defect and number of consumers impacted;
- (vi) details about the geographic distribution of products and services suffering the defect, placed on the market, by Brazilian state, and countries from which the products were exported or services rendered;
- (vii) indication of measures already taken and measures proposed to resolve the defect and correct the risk;
- (viii) description of any accidents related to the defective product or service, when applicable, containing the following information: location and date of the accident, identification of victims, material damages and physical harm caused, information on court cases related to the accident, specifying the lawsuits filed, name of plaintiffs and defendants, judicial districts and courts where each one of the cases is taking places as well as identifying numbers of those cases, and measures taken with respect to the victims;
- (ix) media plan;
- (x) consumer response plan; and
- (xi) model document for notifying the consumer of the risk.

Specifically, with respect to vehicle recalls, in addition to the measures mentioned above, the company has the legal obligation to send to the National Transportation Department (DENATRAN) a list of the chassis numbers of all models involved. This measure will allow recall-related information to be tied to the vehicle document, which in the event of a sale will allow the new owner to be made aware of the recall and respond to it, in the event the prior owner had not.

For food recalls, there is a provision about the need for a plan to withdraw the products, and that plan must be made available to health department employees and agencies, in addition to an effective tracking mechanism.

2.3.2. *Deadline to launch the recall campaign as well to publish the safety alert.*

Since the main goals of a recall are to preserve consumer life, health, safety and the physical integrity, as well as to avoid/minimize any sort of loss, either as material damages or pain and suffering, a supplier should act as quickly as possible to mitigate consumer exposure to at sort of potential risk situation.

In this context, § 1 of article 10 of the CDC establishes that as soon as the supplier becomes aware of any hazard related to a product or service, it should immediately communicate that fact to the authorities and publish the campaigns notifying the recall.

Since the law does not specify a deadline and uses the temporal expression “immediate”, the question of timing to start a recall has already been the subject of countless discussions. Specially because in practice, a supplier may face certain logistical questions that may make it impossible to immediately start a recall, like for example, importing replacement parts and training staff to make the repairs.

Although there is no rule on this point, administrative decisions that have already been made show that these bureaucratic difficulties for launching a recall do not preclude a supplier’s legal duty to immediately communicate the fact to the proper authorities and to also make advance statement (safety alert) to inform consumers about the defect in the product/service, which may include recommending interruption of its use.

2.3.3. *Publicity campaign/media plan.*

On the question of a publicity campaign (or media plan), please note that an announcement about the recall needs to be made in print media, as well as on the radio and television, at the expense of the supplier of the product or service.

Likewise, the campaign should be sufficiently designed to reach all of the consumers who have acquired the product or service that is the subject of the recall, and it’s worth note that the agency to be hired for this purpose should study the best means and adequate time period for that announcement, to ensure that the targeted population for the recall is reached by the ads, allowing them to respond to the campaign.

The ads should report the defect that the product or service presents, as well as the resulting risks and its implications, preventative and corrective measures that the consumer should take, and all other information that seeks to safeguard consumer safety.

The supplier can and should make use of other means to inform consumers about the recall, like letters, internet ads, telephone contact, among others.

However please note that the use of other means to report a recall to a consumer is an additional means of communication and does not dispense with the advertising in the three traditional media types. In fact, the use of the three means of communication – which please note, is obligatory – does not have any relationship with the number of consumers impacted, much less to the value added of the product or service.

2.3.4. Customer Service Plan.

With respect to the customer service plan, the company must supply detailed plans of how they will respond to consumers, how the nonconformity will be rectified, the locations and times, and the average service duration (notably for when parts need to be repaired or replaced).

Ideally, a toll-free number will be set up (0800), and the supplier will make recall information available on its website.

All information must be made available in Portuguese and the recall should be free of charge, which is to say, no onus of any sort can be placed upon the consumer, much less, any of the measures taken to assure consumers have been informed.

2.3.5. Methods for correcting the defect.

With respect to correcting the defect, the law did not pre-establish any format – nor could it – and the supplier will be responsible for deciding the best way of doing so. To this end, a recall can be implemented through (i) a product exchange; (ii) repair of the defect, or further, (iii) a product buyback.

We would like to make a parenthetical aside to note that Brazilian authorities prohibit and punish a double standard. We explain. When certain recalls affect more than one country, the supplier must guarantee equal treatment of consumers, which is to say, it must define and implement a means for correcting the defect applied homogenously.

2.3.6. Reports and request for close the recall.

The supplier shall submit to the DPDC, PROCONs and other competent authorities involved, campaign monitoring reports at least every sixty (60) days, about the group of consumers served up to that point and how they are distributed throughout Brazilian states.

The agencies referred to in the previous paragraph may request the submission of monitoring reports more frequently than every sixty (60 days, as well as at any time, it may issue notification requesting additional information regarding the recall campaign. They may equally order other supplementary measures be adopted to best achieve effectiveness indices.

At the end of the recall campaign, the supplier shall submit a final report, which will contain the number of consumers, in terms of total numbers was as percentages relative to the total, who were effectively served, the justification for the percentage of consumers that were ultimately not served, the measures that will be adopted in relation to the percentage of products that were not collected or repaired, and the identification of how consumers became aware of the recall.

In the event the DPDC does not find the results provided by the supplier to be satisfactory, it may order, exclusively or cumulatively, the extension or expansion of the recall campaign.

2.4. *Consequences for failing to perform the recall.*

The failure to enact a recall or its failure to enact one by the deadline or in the proper manner may subject the supplier to both administrative sanctions and criminal violations.

Administrative sanctions are established in articles 57 and the subsequent of the CDC and Decree n. 2.181/97 (hereinafter simply referred to as Decree).

The following practices are considered to be infringing consumer rights, among other things, in accordance with item IX, “b”, of article 12 of the Decree⁹: to place on the consumer market any product or service that can cause harm to consumer health or safety, without providing clear explanatory and adequate information. Furthermore, in accordance with items II and III of article 13 of the Decree¹⁰, are also considered violations: (i) failing to communicate the

9. “Art. 12. The following are considered infringing practices:

(...)

IX – placing any or product or service on the consumer market:

(...)

b) that can cause health or safety risks for consumers and without clear, explanatory and adequate information;

(...)”.

10. “Art. 13. The following will also be considered infringements, in accordance with the provisions set forth in Law n. 8.078, from 1990:

hazard posed by the product or service to the proper authorities, when it are released on the consumer market or upon verification at a later date that a risk exists; and (ii) failing to communicate to consumers, through ad campaigns, regarding the hazard posed by the product or services, when it is released on the consumer market or upon verification at a later date that a risk exists.

The aforementioned infringements will subject suppliers to the following penalties, in accordance with article 18 of the Decree, which may be applied individually or combined with one another: (i) fine; (ii) product seizure; (iii) product destruction; (iv) suspension of the product's registration with the proper authority; (v) ban on manufacturing the product; (vi) suspension of the supply of products or services; (vii) temporary suspension of the activity; (viii) revocation of use concession or permission; (ix) suspension of the establishment's or activity's license; (x) total or partial ban against the establishment, work or activity; (xi) administrative intervention; and (xii) imposition of counter-advertising.

Without limitation to the civil and administrative aspects, a failure to perform a recall also subjects the supplier to criminal sanctions, including but not limited to those set forth in article 64 of the CDC¹¹.

Specifically with respect to the aforementioned legal provision, in relation to the aforementioned legal provision, in order for a supplier's conduct to be considered a crime, it first needs to meet certain requirements.

The first concerns malice, which is to see, the agent's free and conscious desire to fail to communicate facts to the authorities and consumers or to

(...)

II – fail to communicate the hazard posed by the product or service to the proper authority, when it is released on the consumer market or upon verification at a later date that a risk exists;

III – fail to communicate the hazards posed by the product or service to consumers, through ad campaigns, when it is released on the consumer market or upon verification at a later date that a risk exists;

(...)”.

11. “Art. 64. Failure to communicate to the proper authority and to the consumer the harmful or hazardous nature of the products that it becomes aware of after the product has gone to market:

Penalty – imprisonment, between six months and two years and a fine.

Sole paragraph. Whomever fails to immediately withdraw harmful or hazardous products from the market when ordered by the competent authority will also incur the same penalties as set forth in this article “.

withdraw the harmful or damaging products from the market. The level of culpability for a crime, typified in article 64 of the CDC, was not established.

Another requirement necessary for qualifying as a crime, established in article 64 of the CDC, concerns the supplier's knowledge that said products, after having been placed on the market, contain defects that may potentially make them harmful or hazardous to the consumer. If the supplier never had that knowledge, then there is never any crime.

The penalties applied to whomever commits said crime include imprisonment between six (6) months and two (2) years plus fines (cumulative penalties).

3. Conclusions.

Appropriately carrying out a recall is more than a legal duty, it speaks to the supplier's commitment to protecting the life, health and safety of its consumers. These are values that clearly should be prioritized.

Likewise, in order to insure a successful outcome to the campaign, we recommend that the procedure established by law id strictly followed. The supplier, acting within the legal limits, should be in close contact with consumer defense agencies, which includes absorbing and implementing any suggestions they may present.

And of course, in case of a worldwide recall, always consult local attorneys, in order to ensure that the laws of a particular country to be faithfully observed, avoiding penalties

DATABASES AND CONSUMER RECORDS

JOSÉ INÁCIO F. DE ALMEIDA PRADO FILHO,

REBECA GARCIA E

DANIELA COELHO A. FERNANDES DE VASCONCELOS

Area of Law: Diffuse and collective

Abstract: This article will present a non-exhaustive summary analysis of databases and consumer records based upon the Consumer Defense Law, as well as one of its key developments: the Positive Credit History Act (Law n. 12.414/2011, regulated by Decree n. 7.829/2012).

Keywords: Consumer files – records – Databases – Credit Scoring – Consumer Law.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Database vs. consumer records; 2.1 Qualifications and distinctions; 2.2 Preconditions of legality and legitimacy; 2.3 Sharing consumer records; 2.4 Failure in the consumer files operation; 3. Credit and consumer files: poor credit records for credit scoring; 4. External control and legal instruments; 5. Final consideration.

1. Introduction

This article intends to analyze the basic legal aspects of databases and consumer records, based upon the Consumer Defense Code (“CDC”); in light of the undeniable importance of credit protection to maintain a consumer society. We will also cover one of the most relevant developments of consumer databases: the Positive Credit History Act (Law n. 12.414/2011), regulated by Decree n. 7.829/2012. More specific questions regarding privacy and data

protection – which is extremely important – will be covered in greater depth in chapter 12 of this book.

2. Databases vs. consumer records

2.1 *Qualifications and distinctions*

The CDC provided a rule on consumer files under the scope of protection of consumer rights in its article 43; and that expression is the umbrella term for databases and consumer records¹, which are then subdivided into other subgroups, like for example, positive and negative records.

Although the CDC provides rules for more than just bad debtor records or databases, these have become the most common ones given the specific needs of the consumer market, and positive records are expressly regulated by Law n. 12.414/2011, known as the Positive Credit History Act, despite regulating the “creation and consultation of databases containing good payment data, by individuals or legal entities, in the compilation of a credit history” (cf. art. 1 Law n. 12.414/2011). Based upon the explanation given in Provisional Measure n. 518, dated 30 December 2010, which was prior to the referred law, one of the reasons for its issuance was specifically due to the historic use of default (negative) records, and the need to improve the legal framework for the purpose of a safer use of good standing (positive) records.

Although there has been some confusion between the concepts of databases and consumer records, they should not be confused with one another. They share affinities, but there are at least three differences, since, in the case of the records: (i) the maintenance of information is not an end upon itself, information is kept related to direct commercial interest and the particular interests of the record keeper with respect to the client; (ii) the randomness is not a function precondition, to the contrary, the record keeper and the supplier are the same economic agent and the registerable universe tends to be limited to a few actual or potential consumers; and (iii) there is usually circulation and benefits only of the record keeper, or largely of him.² Furthermore, as a

1. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pg. 420.
2. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do*

rule, the consumer itself voluntarily registers with the supplier at the time they acquire a product or service.

To that end, while databases operate as random objective and non-specific information collection systems, normally archived without a consumer's request, consumer records operate as individualized information collection systems (including value judgments), related to existing or potential consumer transactions obtained normally through information supplied by the consumer itself.³

Despite these conceptual differences, both have the potential to either benefit or harm the consumer by holding information on them that can directly influence whether or not credit is granted, among other things. Therefore, consumer records as a whole (including records as well as databases) should obey the preconditions and other normative rules supplied by the CDC, under penalty of administrative, civil and criminal liability.

2.2 *Preconditions of legality and legitimacy*

Only when certain legitimacy preconditions are met the consumer records are legal; these files must cumulatively meet teleological (finality), substantive (content), procedural (form) and temporal (term) preconditions.⁴

Initially, consumer files should always meet the single goal of alerting creditors about the risks involved in credit assignment, to guarantee “the collective protection of credit and not the specific compliance of the obligation that originated the registration”⁵ Second, with respect to content, the debt to be recorded should be unquestionable and the information provided should be related to the consumer market, and exclude any particularly personal information.⁶ With respect to how clear a debt must be in order for it to be

Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pg. 421 and 422

3. JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira e BORBA, Mauro. “Crediscore, cadastros preditivos e assemelhados – violações a direitos ou simples ferramentas de análise de risco para concessão de crédito?” *Revista de Direito do Consumidor*, v. 102/2015, pgs. 45-66, Nov – Dec / 2015.
4. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pgs. 425 and subsequent.
5. *Ibidem*
6. *Ibidem*

recorded in a bad debtor database, the position of the Superior Court of Law (“STJ”) has clearly confirmed that registration is possible even if any lawsuit is still underway, unless that suit is questioning the debt, when showed the *fumus boni iuris*, and the uncontroversial portion or deposit has been set, based upon a superior court appeal using the procedure of a group appeals process (*recurso repetitivo*):

GUIDELINES 4 – ENROLLMENT/MAINTENANCE ON A BAD DEBTOR RECORD

a) Abstention from registration/maintenance on a bad debtor file, required for advance protection and/or court injunction may only be granted if, cumulatively: i) the suit is based upon an integral or partial question related to the debt; ii) there is a demonstration that the improper debt appears to be legally sound, with solid jurisprudence from the STF or STJ; iii) the portion not in dispute has been rendered as a fixed deposit or collateral established based upon a decision made by the judge;⁷

With respect to the content and the form, the consumer has the constitutional right to access his/her information, pursuant to what is set forth in article 5, XIV and XXXIII, of the Brazilian Constitution. Article 43 of the CDC reiterates that right, assuring the consumer full access to any information related to them on records, forms, registries and personal information and consumer information on file about them, as well as the respective sources thereof; §1 of said article explains that consumer records and data must be objective, clear, true and in language that is easy to understand, at the same time that §6 assures that the information made available should be in accessible formats when requested by the consumer, including providing records for the hearing and vision impaired.

There is a five-year time limit for keeping negative consumer information (cf. art. 43, § 1 of the CDC), and once that has passed no more information about consumer data that has already expired can be shared (cf. art. 43, § 5, of the CDC). These two provisions gave rise to a controversy regarding the amount of time until expiration for the purposes of an enforcement action. The STJ had summarized its response in ruling n. 323, in verbis “a debtor’s name can be maintained for credit protection purposes for no more than five

7. Superior Court Appeal n. 1061530/RS, ruled by the Second Section of the Superior Court of Law on 10/22/2008, Rapporteur Minister NANCY ANDRIGHI.

years, irrespective of when the enforcement judgment expires”. According to one of the original precedents used for that ruling:⁸

On the other hand, the content of paragraph 5, of the same law, refers to the statute of limitations for collecting judgments from consumers, therefore one cannot confuse the statute of limitations for enforcement suits with the statute of limitations for registration with credit history agencies. So, even if the executive avenue can no longer be explored, the debt could still be enforced through some other procedural method. [...] Based upon the precedents before this court, we must conclude that the exclusion of the debtor’s name from credit agencies should be made when faced with one of the following factual conditions: five years have passed since enrollment; or the right to enforce a collection at any point prior to this deadline.

Therefore, in addition to preconditions of finality, content and form, the negative consumer database must also obey a maximum period of five years, or, if prior, the expiration of the collection right for that debt, without any other objective temporal link related to the enforcement suit.

Please note that starting any records (registries, forms, entries in databases, etc.) containing personal and consumer information must be reported to the consumer when the starting of said file was not requested by said consumer (cf. art. 43, § 2, CDC).

2.3 *Sharing consumer records*

Although consumer records are legal and legitimate, there are questions surrounding whether they can be shared with third parties, and whether that can be fee-based or not. It’s not uncommon to find people defending the position that this practice, if the consumer is not notified in advance and given his/her consent, would be considered abusive according to article 39 of the CDC, as well as a violation to the constitutional guarantee to the right to privacy.⁹ However, there are state courts, like the Courts in the State of Rio Grande do Sul (TJ/RS), that have found that it is possible to sell consumer information when the information is in the interest of credit protection and

8. Superior Court Appeal n. 676678/RS, ruled by the Fourth Bench of the Superior Court of Law on 11/18/2004, Rapporteur Minister JORGE SCARTEZZINI.

9. On this point, cf. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pg. 367 and 368.

commercial relations, and not related to consumer privacy.¹⁰ This matter has not been broadly discussed in appellate courts and still requires standardization, especially when it involves personal information, even if it is commonplace in negotiations, and a global trend to continue adding increasing amounts of data.

Since there is no definitive solution about sharing consumer files, and given the right of appropriate information and control by the consumer over his/her information, the most conservative stance is to always inform consumers and obtain his/her advance authorization. But also from this more conservative context, controversies may arise, given that the CDC also describes it as an abusive practice to share negative information about the consumer when the consumer is exercising his/her rights (and what information qualifies under this criteria is under debate), and in light of the growing concern with personal information privacy (and the difficulties in separating consumer information from personal data); these circumstances may lead to legal insecurity with respect to transactions assigning these consumer records, either as it relates to limiting the rights of the consumer themselves, or in terms of holding those who manage them liable, despite all precautionary measures involved (suppliers and consumers).

2.4 *Problems operating consumer files*

It's clear that, despite all the preconditions that consumer files are subject to, the information registered contains the intrinsic potential to harm the consumer if used in the wrong way. Either simply related to information privacy, even if the information is good, or information that will ultimately discredit the consumer with poor credit, owing for example to contractual defaults. In addition, one cannot discard the possibility that some failure will take place when using these registries and databases regulated by the CDC, which would ultimately lead to a specific civil liability issue.¹¹

10. Civil Appeal n. 70069420503, ruled by the Sixth Civil Chamber of the Superior Court of Rio Grande do Sul on 08/25/2016, Rapporteur Superior Court judge Ney Wiedemann Neto, and Civil Appeal n. 70060118239, ruled by the Tenth Civil Chamber of the Court of Law of Rio Grande do Sul on 07/31/2014, Rapporteur Superior Court Judge Paulo Roberto Lessa Franz.

11. Cf. on this point, MARQUES, Claudia Lima. Seção VI – Dos bancos de dados e cadastros de consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 612: “failures in the duty to take care in the rendering, registry and notification of

Therefore, any problems rendering consumer services will be subject to the protective mechanisms set forth in the CDC, both material as well as procedural, which can have an impact in administrative, civil and criminal perspectives. Furthermore, parties who manipulate these files will be held jointly liable, e.g., the database and the supplier

3. Credit and consumer files: registering defaults for credit scoring

One of the tools most recently questioned by the courts is credit scoring, which “is a method developed to assess a credit risk, based upon statistical models, considering many variables, attributing a score to the assessed consumer (credit risk score)”¹². In 2015, the STJ issued Ruling n. 550¹³, through which it settled its opinion regarding the fact that a consumer’s consent is not necessary, since it is not a database, and ratified the right to access the valued personal information and the data sources used to calculate the credit score attributed to that specific consumer. Despite the STJ’s decision, this subject may still end up sparking controversy, with the possibility of future developments in credit scoring and its connections to consumer relations.¹⁴

Credit scoring systems, like consumer records, can be potentially harmful. Failure to comply with the legal limits imposed for using this system, may give rise to objective and joint liability for those involved in the service chain, including the consulting party, pursuant to article 16 of Law n. 12.414/2011, in addition to the occurrence of moral damages for the consumer if excessive or sensitive information is used, pursuant to article 3, § 3, I and II of the same law.¹⁵

consumers upon opening and maintaining records and databases regulated by the CDC is a consumer service fact”.

12. Superior Court Appeal n. 1.419.697/RS, ruled by the Second Bench of the Superior Court of Law on 11/12/2014, Rapporteur Min. Paulo de Tarso Sanseverino.
13. Using a credit score, a statistical risk assessment method, does not constitute a database, and thus does not require the consent of the consumer, who will have the right to request explanations about the personal information weighed and the information sources considered in the respective calculation.
14. *Cf.*, for example, MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, pg. 612, who argues that when credit scoring is used improperly, it can be used to give more credit to consumers who already have a great deal of debt (or are closing in on too much debt), the same way it would be possible with respect to the databases themselves.
15. Superior Court Appeal n. 1.419.697/RS, ruled by the Second Section of the Superior Court on 11/24/2014, Rapporteur Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

4. External control and legal instruments

Of the different mechanisms of control, the most basic consists of the right given to the consumer themselves, who, when finding an error in its data or records, may demand it be corrected immediately, and that correction is made and reported to any users of the incorrect information within no more than five business days (cf. art. 43, § 3, CDC).

Given this right to demand prompt correction and the overarching framework protecting consumer rights, consumer record operators, which are mostly private law legal entities, will be treated as public entities pursuant to article 43, §4 of the CDC, in order to allow for external control, including the use of legal instruments that would normally only be used with public institutions, for example, a writ of habeas data. This constitutional remedy, pursuant to 5, LXXII of the Brazilian constitution, seeks to ensure that the petitioner is aware of the information, as well as having the ability to correct the data. Since the CDC itself insures access and the possibility of correcting information, the habeas data, or even an injunction ordering document production, pursuant to the rulings of the STJ, should be accompanied by evidence of an attempted access, and when it concerns credit scoring, also credit refusal as a result of the credit score attributed.¹⁶

Somewhat related to files on consumer relation matters, the CDC establishes that public consumer defense agencies keep up to date records of founded complaints made against suppliers, to be disclosed publicly and annually, also indicating if the supplier responded to the complaint or not (cf. art. 44 of the CDC). Consistent with the safeguards on consumer files and the principle of transparency that governs public administration, access to those databases is granted to any interested party (cf. art. 44, §1, of the CDC), and when applicable the rules apply regarding consumer files and the duty of the government to offer appropriate, efficient, safe, and when necessary, essential and continuous services (cf. art. 44, § 2, of the CDC).

5. Final Considerations

Technological advances have led irreversibly to the creation of gigantic databases, broadly speaking, which include consumer information, personal information and a wide variety of other sorts of information. These tools, used in compliance with constitutional and legal rules – which also include general

16. Superior Court Appeal n. 1304736/RS, ruled by the Second Section of the Superior Court on 02/24/2016, Rapporteur Minister LUIS FELIPE SALOMÃO.

legal principles – are capable of offering countless benefits to consumers, including through the protection of everyone's credit as a whole. Building a legal framework around consumer files and data protection, which include administrative and judicial case law, should be in light of the legitimate concerns about protecting the interests involved (consumers, suppliers, the government and others); what one cannot do is attempt to slow down such mechanisms, since they are no longer indissociable from modern consumer society.

BRAZILIAN LAW AND THE PROTECTION OF PERSONAL INFORMATION

JULIANA TEDESCO RACY RIBEIRO

Area of Law: Diffuse and Collective

Abstract: This article seeks to provide a summary and non-exhaustive analysis of the elements of personal information protections within Brazilian law. This analysis will supply a brief history of personal information protection in other countries, and will then move on to explain what Brazilian law currently provides, including a bill on the matter that still has not passed.

Keywords: Protection – Personal Information – Consumer Law – Privacy

SUMMARY: 1. Brief History 2. Brazilian Law and the protection of personal information; 2.1 Brazilian Constitution; 2.2 Consumer Defense Code; 2.3 Civil Framework for the Internet; 2.4 Bill – 3. Final considerations

1. Brief history

Before discussing the information protection system in Brazilian law, we must first provide some historical context that gave rise to the concern for protecting a citizen's personal information. Following this brief overview, we will then discuss the relationship between personal information protection and the need to safeguard an individual's privacy.

The need for protection is a modern phenomenon, and we date its origins to an article written in 1890 by Samuel Warren and Louis Brandeis entitled The

right of privacy.¹ Up to that point, the right to privacy will still more like “the right to be left alone”, in other words, protection was given to the private life of a citizen against a heightened and undesirable exposure or publication.

This protection of one’s private life won status as a law when it was written into the Universal Declaration of Human Rights in 1948² and still today the right to privacy maintains this status within western legal systems.

As the years have gone by, the concept of privacy has evolved, and no longer simply means “private life”, it now is closely associated to an individual’s personal information as well.

What started was a governmental awareness that that maintaining personal information on its citizens would make it easier to govern and control the population – and that fact we know today to be uncontestable.

So as personal information gained increasing relevance in today’s society, on the one side, mechanisms have arisen to collect this information, and on the other side there are mechanisms to protect this information.

Current laws are called fourth generation laws,³ which acknowledge the imbalance between the individual and those who collect and process their information, which have given rise to the need to create collective protection standards that oftentimes do not depend upon an individual’s will.

These laws contain the express recognition of the relationship between a person’s privacy and their personal information. Moreover, there is a recognition that this privacy has to be protected, and minimum standards have been created that apply to everyone.

The fourth-generation rules have brought about these minimum standards in one form or another, which are called the “common core”. This “common core” was translated into a set of principles given through the OECD Guidelines⁴ and Strasbourg Convention⁵, which are important legal benchmarks for information protection. To wit:

1. Samuel Warren and Louis Brandeis, “The right to privacy”, in: *4 Harvard Law Review* 193 (1890)
2. Article 12. “No one shall suffer intrusions into their private or family life, their homes or their correspondence, nor attacks against their honor or reputation.
3. Based upon a classification given by Viktor Mayer-Scömberg.
4. Organization for Economic Cooperation and Development – in 1978 a group was created tasked with preparing a legislative model to be followed by other countries. This meeting gave rise to the aforementioned *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*
5. The Strasbourg Convention is oriented by the *Guidelines*, however it expands into something extremely important: upon discussing personal information

- Principle of publicity: there can be no database that stores personal information and is kept secret. Publicity should take place through a demand for authorization that precedes its first use, or through notification of its creation to an authority, or further, through the publication and disclosure of periodic report.
- Principle of correctness: stored information should be factual, and this covers periodic information updates.
- Principle of intention: the entity that keeps or wants to use personal information must insure that it is being used in accordance with the intention reported to the interested party, and precautions must be taken to avoid any incorrect use of information.
- Principle of free access: the party owning the information should have access to the database, and may obtain information stored thereupon and correct it if there are any errors, or even remove it if the individual decides he or she does not want it disclosed.
- Principle of physical safety and logic: information should be protected against risks of loss, destruction, modification, transmission or unauthorized access.

In Brazil, current laws on the books also obey these principles, and the bills before congress are clearly inspired by these directives. In Brazil, it is customary that the European model for data protection be adopted.

2. Information Protection under Brazilian Law

Different from what is the case in most countries, including in Latin America, Brazil still does not have a law that specifically covers personal information protection, Argentina and Uruguay already have this specific legislation, based upon European guidelines, which are used to establish specific rules and create the authorities responsible for overseeing how information is handled.

In Brazil, while awaiting approval of the specific law, the information protection system is cobbled from sparse rules and legal decisions.

Currently, there are provisions that cover information protection, albeit indirectly, contained in the Brazilian Federal Constitution (“CF”), the Civil Code (“CC”), the Consumer Defense Code (“CDC”), Law n. 12.965/2014

protection, it associates the matter with human rights, and is based upon the European Convention on Human Rights, of 1968

(Internet Civil Framework) and other sector-based laws, like for example the Press Law or banking confidentiality.

2.1 *Brazilian Constitution*

This is the Federative Republic of Brazil's core piece of legislation, and it prioritizes human dignity, pursuant to article 1 of the Brazilian Constitution.⁶

Based upon this primacy, the following are Brazil's core objectives, as stated in its Constitution, including: (i) the construction of a free, fair and cooperative society; and (ii) the promotion of the well-being of all people, irrespective of their origin, race, sex, color, age or any other manner of discrimination.

By establishing these fundamental norms, the constitution seeks to insure the inviolability of the right to life, liberty, equality, safety and property.

These inviolable rights in turn extend into related precepts, like intimacy, private life, honor and image, in addition to confidentiality of corresponding and telegraph data and telephone communications.⁷

Therefore, we see that information protection in Brazil is part of the protection given to intimacy and private life, which are fundamental rights held by an individual, and that arises as a guarantee of the inviolability of these rights, but is not limited thereto.

An individual's personal information, like their name, address, profession and also any financial or economic data on record, like contracts signed, whether those contracts have been defaulted, are protected by constitutional guarantees to protect intimacy, private life, honor, image and information confidentiality (art. 5, X and XII, of the Brazilian Constitution). The handling⁸

6. "Art. 1 The Federative Republic of Brazil, formed through an unbreakable union between States, Municipalities and the Federal District, constitute a Democratic State of Law and has as its foundations: (...) III – human dignity."

7. Article 5, items X and XII.

8. Handling covers all operation or set of operations performed with or without automated means, which allow for the collection, storage, order, conservation, modification, comparison, evaluation, organization, selection, extraction, use, recovery, block and cancellation of personal information, as well as its supply to third parties through transfer, communication or interconnection.

of this information should also be transparent and respect a person's intimacy, private life, honor and image.⁹

The protection of these rights is generically enacted through the principle of legality,¹⁰ therefore meaning that any prioritizing of the rights to liberty, equality and safety and/or inviolability of intimacy, private life, honor and image, and analogously, confidentiality of personal information, may only take place by law.

It's also important to note that item LXXII of the Constitution's article 5¹¹ introduced a procedural mechanism into the legal system to protect a citizen's information – *habeas data* – which allows an individual to know, and if necessary, correct information about him/herself stored in databases.

Then there are other infra-constitutional rules that have arisen to legislate the subject, and various judges have had grounds to decide, analogously or by approximation to protect personal information, even if it falls outside of the purview of *habeas data*.

2.2 Consumer Defense Code

The CDC was promulgated to meet consumer needs, promote respect for their dignity, health and safety, in addition to protecting their economic

-
9. Privacy, in this case, protects information that involves (negative) assessments of behavior that, if published, could harm a subject's good name, which is to say, the way he or she wishes and desires to be seen by others. Please note, the right to privacy protects honor, confidentiality may be inviolable when it concerns assessment that a subject makes about another and that, could besmirch their honor, communicated restrictively, for reasons of personal interest. This is the case, for example, of personal records that contain negative statements about behavior (bad payer, overdue debtor, relapse, etc.). With respect to image, it goes beyond what a good image means, and in this sense, bearing more a similarity with honor, protection refers to data that someone supplies to someone else that they do not wish to see exploited (commercially, for example) by third parties. Ferraz Junior, Tercio Sampaio in *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. – Barueri, SP : Manole, 2007, 1st Ed., pg. 183.
 10. Article 5, item II.
 11. "Grant *habeas data* a) to assure access to the information relative to the appellant, contained on record or databases of governmental agencies or that are public in nature; b) to correct data when one does not prefer to do so in secret, be it judicial or administrative.

interest, improving their quality of life, as well as promoting transparency and harmony within consumer relations (art. 4 of the CDC).

Developing on that theme, the CDC over three articles (articles 43, 72 and 73), provided rules for the protection of personal information and elementary mechanisms involving databases that receive such personal information.

What we see in the CDE is the presence of the principles that were mentioned above, seeking to protect personal information, albeit restricted to the scope of consumer relations. As such, any client file started by private companies must obey strict guidelines, in compliance with the constitutional guarantee to protect privacy and information confidentiality.

Starting a consumer record or database, by either a private company or government agency, should give rise to the guarantee to have access to what is contained therein by the consumer (art.43, *caput*), as well as the right to be notified in writing (art.43, § 2), so that it may claim the exclusion or correction of improper, incorrect or imprecise information (art.43, § 3.º), exclusion or correction should be reported to whomever has the incorrect information, within no more than 5 business days (art. 43, § 3.º).

Therefore, please note the importance of allowing the consumer to have full and free access to their existing information regarding records, forms, registers and personal and consumer information on file for them, as well as the respective sources, and they should always be given the right to correct any incorrect information that may be listed.

The consumer furthermore may not be bound to give to whomever it entered into a contract with, free and unrestricted rights to use their personal or registration information in its database, much less allow that information to be transferred to other companies in the group, with whom it has not entered into a contract with.

The supplier has the duty to the consumer to protect their personal information and data, either with respect to disclosing or giving it to third parties, which may only take place upon advance authorization given for that purpose by the consumer, or with respect to its veracity.

Please note that CDC articles 72 and 73 qualify the following conduct as crimes against consumer relations, establishing criminal sanctions for them (imprisonment or fine): (i) impeding or delaying a consumer's access to information on them held in records, databases, forms and registries; (ii) failing to immediately correct consumer information on record, database, form or registries that it knows or should know is incorrect.

As previously noted, all of these rules are restricted to consumer relations. However, given the principled nature of the CDC, one could allow for a more extensive interpretation, which could lead to identifying data protection principles that may apply to other relationships.

2.3 *Civil Framework of the Internet*

The Civil Framework of the Internet (“Civil Framework”) reinforced the protection to users’ privacy and intimacy, however within the scope of communication on the world wide web.

Based upon article 3 of the Civil Framework, its principles are to protect privacy and protect personal information, pursuant to the law, acting as a right for users. Therefore, they result from these principles: (i) the inviolability of intimacy and private life, protection and indemnity for material or moral damage resulting from its violation; (ii) the inviolability and confidentiality of communication exchanges on the internet, unless ordered by a court order to turn it over, pursuant to the law; and (iii) the inviolability and confidentiality of stored private communications, unless a court orders it be turned over.

The Civil Framework further establishes that consumers have the right to the following: (i) clear and complete information contained in service contracts, with details about the protection setup for connection logs and logs for when internet applications are accessed, as well as on network management practices that may impact quality; (ii) to not provide third parties with their personal information, including connection laws, internet application accesses, unless handed over with free, express and informed consent, or under circumstances set forth by law; (iii) clear and complete information about the collection, use, storage, treatment and protection of personal information, which may only be used for purposes that: a) justify their collection; b) are not prohibited by law; and c) are specified in the service contract or under the terms of use for internet applications; (iv) express consent to collect, use, store and handle personal information should be highlighted in the other contractual clauses; (v) the definitive exclusion of personal information that may have been supplied to a certain internet application, at its request, once the relationship between the parties has been terminated, save the hypothesis when safeguarding records is established by this Law.

As you can see, the Civil Framework reinforced and nominally established guarantees to personal information circulating on the internet.

The CDC considers any contractual clause that imposes information storage upon consumers to be abusive, as well as the transfer/sharing of

registration data with third parties, unless consumers have authorized it in advance.

Also on this subject, the Civil Framework instituted the legal nullification of clause that violate any of the rights listed above, which could violate the inviolability and confidentiality of private internet communications.

2.4 *Bill*

As stated, there is no specific law in Brazil to protect personal information. However, there is a bill wending its way through congress.

To provide some parameters for this article, we will analyze Bill n. 5276/2016, submitted by the Ministry of Justice. Please note that the provisions given below may still be altered as the bill is still subject to alterations.

First, the bill is expressly founded upon the constitution, which is to say, as shown above, the foundation of information protection is then the inviolability of intimacy and privacy. We think it is extremely relevant to understand the objective of this law, because it is the legislator's intention to promote the protection of intimacy/privacy, oftentimes to the detriment of other values (economic or safety related).

The Bill defines its subjects as every individual, and the scope of its application extends to all individuals or legal entities that handle personal information, even if the database is located in another country (article 3).

A tremendously relevant provision in the first part of this bill, article 6, defines that the handling of personal information will be treated as a risk activity. The immediate implication of this provision concerns the field of civil liability, since the Civil Code, in its article 927, sets forth that anyone who undertakes an activity of risk will be held objectively liable for the risks it may cause another.

The second part of the bill covers general principles, and is clearly inspired by European rules and principles that have already been listed in this article.

The bill also supplies the essential requirement for handling information, as the most important – which is present in practically every international law on the subject – is the consent of the information holder themselves. This consent can basically be given in one of two ways: through opt-in (a system whereby the holder gives express consent prior to the collection or use of information) or the opt-out (a system whereby the holder opts to not give consent after the collection or potential use of information). The Brazilian legislator chose the opt in system, pursuant to article 9 of the bill.

Furthermore, in this part of the bill we see a mention about the amount of time the information should be safeguarded, and that it should not be any longer than necessary under the purposes that justified the collection in the first place, and that period cannot be greater than what is established by specific law or regulation. Therefore, we understand that the terms of the Civil Framework will be applicable.

With respect to sensitive information, the bill defines that as “when treatment thereof could lead to discrimination against the holder, like those that reveal their racial or ethnic origin, religious, philosophical or moral convictions, political opinions, union or party affiliation or membership in religious, philosophical or political organizations, or referring to one’s health and sex life, as well as genetic and biometric information”. Specifically, with respect to the handling of this information, the bill provides certain specific rules, which are essentially focused upon protecting this information and avoiding, even more rigorously, any disclosure or improper access to this information.

As such, the bill bans the creation of databases that directly or indirectly reveal sensitive information, and also establishes that no one is ever bound to supply sensitive information, and its handling is only allowed under the restrictive hypotheticals supplied in article 21.

As shown above, one of the key pillars of the bill is information safety, more specifically safety related to improper access or leaks. There is actually a chapter dedicated entirely to the subject. The articles of that chapter reinforce the idea that information handling should be in such a manner as to minimize as much as possible the risk of destruction, loss, unauthorized access, or handling that has not been consented to by the owner, or that deviates from the original intention.

The bill states that information will no longer be handled when it is no longer relevant for the purposes for which they were supplied in the first place. If the period for data storage is still pending, the deadline established in the Civil Framework should be used.

As mentioned above, the bill creates a National Personal Information Protection Council, which is tasked with acting as the authority that will guarantee the protection of personal information.

This Council will oversee the fulfillment of the law and will hear accusations of its violation, in addition to having the autonomy to levy the applicable sanctions. Please note that in addition to the sanctions established, this authority may impose corrective measures deemed necessary upon those

responsible for committing violations, and may even set a daily fine in the event of a noncompliance.

3. Final considerations

Currently, approximately 109 countries have specific rules on information protection, and more than 90 have a governmental body that handles this issue specifically. The fact that Brazil is not on this list is extremely harmful to furthering foreign trade relationship, since we cannot offer the minimum international safety standards related to information protection.

Note that most laws related to information protection establish that the international transfer of information can only take place between countries that have the same level of protection among one another. Since Brazil still doesn't have a law, it is not capable of entering negotiations that concern handling personal information with European companies, for example, which is extremely harmful.

This is also harmful within the country, since the imbalance between the person who owns the information and those who collect it is growing, where on the one side you see information being used indiscriminately, and on the other side, those who are handling the information are not offered any safety about how in fact they can make use of the information.

Because of this lack of specific legislation, the courts have been using elements of the CDC or even the constitution itself to hand down decisions relative to personal information protection, which leads, many times, in decisions being handed down that are not simple to put into practice, or that violate the aforementioned minimum safety standards related to personal information protection.

By submitting this bill for approval, the Justice Ministry itself provided in its justifications an explanatory conclusion regarding the need to protect information, and which we will now reproduce for our own conclusion:

“Therefore, establishing rules regarding information protection serves two functions: to protect the owner of the information and at the same time, prioritize its use at a certain level of safety, transparency and good faith. In this way, the legal use of information will be incentivized by the demarcation of a space of legal safety, favoring the flow of information by responsible agents and the development of economic sectors connected, for example, to information technology”.

Until a specific law is past, the questions faced on a daily basis by companies and citizens alike remain unregulated. Companies and consumers

still don't know what their rights and duties are, exactly. Because as it stands, the generic rules we have today can be interpreted very differently depending on the circumstances or the party doing the interpreting.

Only a law will provide an adequate level of protection, and thus elevate Brazil to the level of other countries with the capability of providing safe handling of personal information, transparently and in line with internationally established standards.

CONTRACTUAL PROTECTIONS PROVIDED IN THE CONSUMER DEFENSE CODE; ABUSIVE CLAUSES AND ADHESION CONTRACTS

CARLA CAVALHEIRO ARANTES

1. Introduction

A study of human history shows that various events have profoundly transformed politics, the economy, social relationships and the law, wherein the rise of a consumer society has played an influential role. The birth of mass consumerism arose in the 1880's, when local markets gradually began to spread to a national scale, thanks to the development of transportation and telecommunications infrastructure, as well as manufacturing machines that could be operated continuously.

As these changes have taken place, society has been gradually shifting away from consuming bulk products and has begun to purchase standardized products, distributed at a national scale in small packaging, with a manufacturer's mark and accessible unit price. So, the act of purchasing, which before had taken place between a supplier and a consumer who knew one another, has grown more depersonalized and distant. Production is not the only thing that has grown en masse, so have relationships themselves.

As noted by esteemed jurist Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, consumer society "is a collective reality, whereby individuals (suppliers and consumers) and goods (products and services) are swallowed up by the massification of economic relationships: mass production, mass credit, mass communication and mass consumption"¹. In this new social and

1. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 262.

economic context, we have seen a growing standardization of contracts, and an even more accentuated imbalance in negotiating power held by the parties. We also see that the traditional rules guiding private law, based upon liberalism, individualism and dogmatic free will, are no longer enough to assure adequate protection to the most vulnerable party in these mass relationships, which is: the consumer.

Therefore, in line with similar foreign legislation, Brazil enacted its Consumer Defense Code (Law n. 8.078/90 – “CDC”), which made important innovations to Brazilian law. Specifically with respect to consumer contractual protection, author Nelson Nery Junior notes that the CDC broke with the tradition of private law, which were European based codes from the 19th century, and created some of the following innovations, “a) updating the principle of intangibility of contractual content, which particularly alters the age-old rule expressed through the principle *pacta sunt servanda* (“agreements must be kept”), and to emphasize the principle of contractual conservation (art. 6, n. V); b) to institute good faith as a founding principle that informs consumer relations (art. 4, caput and n. III; art. 51, n. IV); c) to impose upon the supplier the duty of stating its will (contract), if an offer, presentation or advertising has been made (art. 30); d) to establish the specific enforcement of the offer as a rule (arts. 35, n. III, and 84, § 1)”².

Although what we have already covered demonstrates the importance of the changes made by the CDC to the rules governing consumer contracts, the goal of this article is to cover the main contractual protection rules established in said legal document in the topics below, as well as the subject of abusive clauses and adhesion contracts.

2. General rules regarding contractual protection for the consumer (articles 46 – 50 of the CDC)

First, the CDC allows for all contractual types³, and a consumer contract may be enacted, for example, verbally, in writing, electronically or through some type of an adhesion instrument. Furthermore, please note that the

2. JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 518.

3. “The Code allows for all contractual types, such that aspects of the general theory of contracts relative to written contracts, verbal contracts, contracts by correspondence, adhesion contractions, etc. continue as valid for relationships and consumption”. JUNIOR, Nelson Nery. Da proteção contratual. *Código*

contract subject to the protective rules of the CDC are merely those that govern consumer relations, which is to say, those that involve a supplier, the rendering of a service or supply of a product as the object of the contract, and an individual or legal entity that receives this product or service as the final user⁴. An advance analysis of what kind of relation the parties are undertaking is extremely important, since it is based upon that point that the principles and rules to be applied to the contracts enacted will be completely different from one another.

Specifically with respect to the general rules regarding the consumer's contractual protection, article 46 of the CDC stipulates that consumer contracts will not be binding upon the consumer if they are not first given the opportunity to read its content or if the respective instruments were written in such a way that made it difficult to understand. This legal rule is made applicable in the practice of a consumer's basic right to information (article 6, item III, of the CDC), which fully nullifies any and all contractual provision established without advance analysis and knowledge/understanding on the part of the consumer⁵.

In turn, article 47 of the CDC is clear in stating that contractual clauses will be interpreted in the manner most favorable to the consumer. Given the wording of this article, we see that the contractual interpretation most favorable to the consumer should be adopted under any and all consumer

brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 528.

4. For more details about how the consumer relationship is formed, and the concepts of supplier and consumer, please see chapter 3 of this book.
5. "(...). CONSUMER WAS UNAWARE OF THE CLAUSE – CONSUMER'S RIGHT TO ADVANCE KNOWLEDGE OF CONTRACTUAL CLAUSES WAS NOT OBEYED – NON-BINDING UPON THE CONSUMER – CDC, ART. 46 – INADMISSIBILITY OF THE CHARGE (...). Adequate, clear and advance information is a basic right held by the consumer, assured in art. 6, III of the CDC, which is a corollary of the principles of transparency (Brazilian Constitution, art. 5, XIV), vulnerability (CDC, art. 4, I), material and formal equality (Brazilian Constitution, art. 5, I), and the principle of good faith and trust (CDC, art. 4, III). If the supplier cannot prove that the consumer was fully aware of the existence of a clause that barred their exit, consisting of an advance payment in the event of an unfounded cancellation of services, that clause cannot be imposed upon it (CDC, art. 46), thereby making collection for two additional months after effective service cancellation took place uncalled for." (Appeal n. 0018745-70.2006.8.26.0114, ruled by the 35th Chamber of Private Law of the São Paulo Court System on 07/25/2011, Rapporteur Appellate Court Judge Clóvis Castelo)

contract type and for all contractual clauses⁶, and not just for the ambiguous clauses established in adhesion contracts, as stipulated in article 423 of the Civil Code⁷.

Meanwhile, article 48 of the CDC establishes that the “statements of will contained in specific writings, receipts and pre-contracts relative to consumer relations bind the supplier, including specific performance in accordance with art. 84 and its paragraphs.” In other words, when the supplier has committed to a certain conduct, that promise is binding upon them, and the consumer may demand forced fulfillment and not just resolution in losses and damages.

Article 49 of the CDC deals with the consumer’s right to regret. Based upon this rule, the consumer may desist from the contract within seven days from the date it was signed, or the act of receiving the product or service, whenever the contracting takes place outside of a commercial establishment. Furthermore, the sole paragraph of that article sets forth that once that right is exercised, any amounts potentially paid by the consumer will be corrected for inflation and immediately returned.

A consumer exercising their right to regret is still a rather controversial issue being discussed in the courts and by jurists, especially owing to the growth in e-commerce. However, for the purposes of this article, discussions involving

-
6. “(...). RIGHT TO CLEAR AND OBJECTIVE INFORMATION. RULES ABOUT DRAWINGS. MISLEADING ADVERTISING. INTERPRETATION MOST FAVORABLE TO THE CONSUMER. ABUSIVENESS. SURPRISE CLAUSE. RIGHT TO INFORMATION. PRE-CONTRACTUAL PHASE. EVENT. APPLICATION. (...) 3. In this particular case, the records show that essential information about the product or service acquired were omitted, which caused confusion for any average consumer, who would be easily led to err. 4. Contractual rules should be written in such a way as to avoid raising false expectations, like unrealistic expectations, especially when the consumer lacks the specific technical knowledge. 5. The CDC, based upon its very nature, bans and limits contracts printed in small print that make it hard to read, discourage reading or impede a consumer’s ability to easily read and understand it, seeking to allow control of general contractual clauses and the enactment of contractual freedom. 6. In light of the principle of vulnerability (art. 4, I, of the CDC), the guiding principle of consumer relations, contractual clauses are interpreted in the most favorable manner for the consumer (art. 47 of the CDC). 7. Transparency and good faith should permeate the pre-contractual phase. (...)” (Superior Court Appeal n. 1344967/SP, ruled by the Third Bench of the Superior Court of Law on 08/26/2014, Rapporteur Minister Ricardo Villas Bôas Cueva)
7. “Art. 423. When an adhesion contract contains ambiguous or contradictory clauses, the interpretation most favorable to the adherent should be adopted.”

this issue will not be pursued, and we will only note that jurisprudence has amply assured this consumer right⁸.

Finally, article 50 of the CDC ends the section of general rules over consumer contractual protections to stipulate that the “contractual guarantee is supplementary to the legal one, and will be supplied in writing”, which will be standardized, and will have been properly completed by the supplier at the time the supply was made, and along with the instruction manual, and installation and product use manual. Specifically with respect to the term of guarantee, the sole paragraph of this article sets forth that this document should clarify what guarantee consists of, as well as “how, when and where it can be enacted and any charges that may fall to the consumer”.

3. Abusive Clauses (articles 51 and 53 of the CDC)

Generally speaking, articles 51 and 53 of the CDC specifically deal with abusive clauses, and article 52 of the CDC establishes additional duties to product or service suppliers that involve granting credit or offering financing, which is why this article will only briefly discuss the rules given in articles 51 and 53 of the CDC.

Article 51 of the CDC shows us many different examples of clauses considered abusive, and that the law nullifies. The CDC did not supply an

-
8. “ADMINISTRATIVE. CONSUMER. RIGHT TO REVOKE. ART. 49 OF THE CDC. RESPONSIBILITY FOR THE POSTAGE RESULTING FROM RETURNING THE PRODUCT. ABUSIVE CONDUCT. LEGALITY OF THE FINE APPLIED BY PROCON. (...). 2. Article 49 of the Consumer Defense Code sets forth that when a consumer contract is concluded outside of a commercial establishment, the consumer has seven days to change their mind (“the reflection period”), without giving any reason why. This is the right to revoke, which assures the consumer who makes a purchase in full awareness, thereby balancing consumer relations. 3. Exercising the right to desist, the sole paragraph of article 49 of the CDC specifies that the consumer will have the right to have returned, immediately and corrected for inflation, any money paid, for any purpose, during the reflection period, and this is understood to include as well all postage for returning the product, and that the client cannot be held responsible for paying for that. 4. Any losses borne by the supplier under this type of contract are inherent to the aggressive types of sale outside of commercial establishments (internet, phone, domicile). If the contrary is accepted, this is an unauthorized limitation to the right to desist, in addition to discouraging this sort of commerce, which is so common these days.” (Superior Court Appeal n. 1340604/RJ, ruled by the Second Bench of the Superior Court on 08/15/2013, Rapporteur Minister Mauro Campbell Marques)

exhaustive list or a restrictive definition of what abusive clauses could be, allowing a judge to nullify a clause that, owing to the circumstances of a specific case, is significantly unfavorable to the consumer and creates an imbalance in the relationship.

Although the CDC does not have an express definition of the concept of an abusive clause, professor Claudia Lima Marques argues that item IV of article 51 of the CDC represents in fact, a “general clause”⁹ regarding abusive clauses in consumer contracts, which already established rather broadly that clauses are voided when they establish obligations considered to be unfair, abusive, and that put the consumer at an exaggerated disadvantage or that are not compatible with good faith or equity.

With respect to the concept of exaggerated advantage, paragraph one of article 51 of the CDC sets forth that an advantage will be deemed exaggerated when, among other things, (i) it violates the fundamental tenets of the legal system to which it belongs; (ii) it restricts fundamental rights or obligations, inherent to the nature of the contract, threatening its object or contractual equilibrium; and (iii) it represents an excessive burden to the consumer, considering the nature and content of the contract, interests of the parties and other circumstances inherent to the case.

Furthermore, pursuant to what is set forth in article 51 of the CDC, the following are also considered abusive clauses: (i) those that remove, exonerate or attenuate the supplier’s liability for defects of any nature¹⁰ (item I); (ii) void a consumer’s option for the reimbursement of any amounts already paid (item II); (iii) transfer responsibilities to third parties¹¹ (item III); (iv) establish a

9. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pg. 1021.
10. “Appeal. Indemnity Suit. Property sale commitment. Finding for the plaintiff. Defense disagrees. Defendants have standing to be sued. Preliminary lack of interest in acting. Settlement built into the ‘Key delivery form’. Nullified clause, in accordance with article 51, I, of the CDC. (...). The settlement granted by the buyer contained in clause 8 of the ‘key delivery form’ is nullified (pgs. 70/71), since it frees the seller from responsibility and limits the consumer’s rights in accordance with art. 51, I, of the CDC. Unless the plaintiff signed the possession transfer form, which had the settlement clause built in, they wouldn’t receive the property. (Appeal n. 1018676-20.2015.8.26.0562, ruled by the 8th Private Law Chamber of the São Paulo Court on 02/08/2017, Appeals Court Rapporteur Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho)
11. “APPEAL. COMMITMENT TO PURCHASE. CONSENT FEE. RECOGNIZED ABUSIVENESS. (...). Attempt to transfer business risks to the consumer. One-

shifting of the burden of proof, to the consumer's detriment (item VI); (v) determine the compulsory use of arbitration (item VII); (vi) impose that a third party represent the consumer in concluding or undertaking any other judicial on behalf of the consumer (item VIII); (vii) allow the supplier to have the option to terminate the contract or not, however remaining binding upon the consumer (item IX); (viii) allow the supplier to unilaterally change the price (item X); (ix) authorize the supplier to cancel the contract unilaterally, without offering that equal right to the consumer (item XI); (x) oblige the consumer to repay any costs incurred in the process of collecting the debt, if the same right is not also given to the consumer (item XII); (xi) authorize the supplier to unilaterally change the content or quality of the service after the contract has been signed (item XIII); (xii) break any environmental laws (item XIV); (xiii) be in disagreement with the consumer protection system (item XV); and (xiv) void the right to reimbursement when necessary improvements have been made (item XVI).

Please also note that the second paragraph of article 51 makes it clear that the nullification of an abusive clause does not invalidate the contract, except when its absence is the result of an excessive burden upon one of the parties. In other words, the rule established by the CDC is that, even when an abusive clause exists, the contract remains valid, and only the problematic clause should be nullified.

Finally, article 53 of the CDC establishes that, with respect to chattel or real estate purchase and sale contracts paid for in installment payments, like collateral chattel mortgages, any clause that claims that the portions paid by the consumer to the creditor will be lost in the event of non-payment, or any that claims termination of the contract and return of the product sold.

4. Adhesion contracts (article 54 of the CDC)

As consumer society has grown, relationships are increasingly standardized, as has the need to serve mass numbers of consumers quickly. This has led to a move away from what were once-normal contractual negotiations,

sided clause. In light of art. 51, III and IV of Law n. 8.078/90. (...). So we see that the "assignment fee" is nothing more than an attempt to transfer to the consumer the burden that belongs to real estate investment companies, who operate on the real estate sales market every day, which is why the clause is unauthorized, in accordance with art. 51, III and IV of the Consumer Defense Code (...)." (Appeal n. 011848-35.2015.8.26.0068, ruled by the 2nd Private Law Chamber of the São Paulo Courts on 06/21/2017, Rapporteur Appeals Court Judge Rosângela Telles)

when all the clauses of this contract would be discussed, to be replaced by contracts with pre-established clauses, whereby one of the parties just accepts what is established in the contractual instrument, and there is no opportunity to discuss its content. Specifically in light of the consumer's vulnerability in this contractual type, article 54 of the CDC provides a specific rule for covering adhesion contracts.

Before getting into a specific analysis of article 54 of the CDC, please note that adhesion contracts are not a single category or type of contract, but merely a contractual technique, which may be applied to any sort of contract that seeks completion quickly¹².

In accordance with article 54 of the CDC, an adhesion contract is “one whose clauses have been approved by the competent authority or established unilaterally by the product or service supplier, without the consumer having had a chance to substantially change its content”. In other words, although the consumer could discuss a certain point of the contract, or even insert or opt form a certain clause on the form, the adhesion nature of the contract is not changed, unless the consumer's participation in crafting the contract is active and substantial (paragraph one of article 54 of the CDC).

Furthermore, paragraph two of article 54 allows the existence of an alternative termination clause in adhesion contracts, provided that the choice between maintaining and terminating the contract is given to the consumer. In addition, paragraph three of that article establishes that adhesion contracts will be written in clear and apparent letters, which are legible and no smaller than twelve fonts. The goal is to make it easy for the consumer to understand.

Finally, paragraph four of article 54 of the CDC states that clauses that in any way limit a consumer's rights must be bolded, allowing the consumer to immediately and easily read it¹³.

12. JUNIOR, Nelson Nery. *Da proteção contratual. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pg. 532.

13. “The jurisprudence of this appellate court finds that, as far as adhesion contracts go, pursuant to art. 54, § 4, of the CDC, in order for a clause restricting consumer rights to be enforceable, it must be bolded, to allow it to be immediately and easily understood.” (Interlocutory Appeal on Superior Court Appeal n. 1451386/SC, ruled by the Third Bench of the Superior Court on 03/21/2017, Rapporteur Minister Paulo de Tarso Sanseverino)

As you can see from the analysis of CDC article 54, adhesion contracts are widely accepted by consumer legislation¹⁴, and establishes just a few additional duties for the supplier that decides to employ this contractual type. The invalidation of a particular clause or the entire adhesion contract itself will only take place under the circumstances established in the CDC itself, or if, for example, there is any abusive clause (article 51 of the CDC) or if the consumer is not given the chance to review the contractual terms in advance (article 46 of the CDC).

5. Conclusion

The goal of this brief article was to provide a general overview of the rules covering consumer contract protections. Furthermore, this summary explanation makes it clear that the CDC supplied various interpretation and validation rules for contractual clauses, to assure protections for the consumer and a balance to the existing relationship with the supplier.

Therefore, because the CDC is a rather protective set of rules, with provisions created specifically for consumer relationships, we must stress once again that it is extremely important that companies are clear about the relationship they are undertaking when signing a specific contract, since the entire contractual relationship and instruments should obey the rules given above.

14. “ADHESION CONTRACT – Pre-established clauses – Impossible to discuss parity in a way that doesn’t invalidate the negotiation – Deal can be terminated by the consumer – Need to effectively demonstrate the negotiated illegalities.” (Appeal n. 1132722-16.2016.8.26.0100, ruled by the 19th Private Law Chamber of the São Paulo courts on 06/29/2017, Rapporteur Superior Court Judge Claudia Grieco Tabosa Pessoa)

CONSUMER E-COMMERCE RIGHTS PROTECTION — CONSIDERATIONS ON DL 7962/13

FABÍOLA MEIRA DE ALMEIDA SANTOS

Area of Law: Consumer Law. Consumer Relations Law

Abstract: This article provides a brief outline of electronic commerce and consumer protection in Brazil, basically debating the two key normative instruments on the subject, which are the Consumer Defense Code (Law 8078/90)¹ and Decree-Law 7962/13².

Keywords: Consumer Defense Code – Electronic Commerce – Consumer Protection – Consumer relations – Decree Law 7962/13.

SUMMARY: Introduction. 2. Consumer defense code and electronic commerce. 3. Considerations regarding DL 7962/13. 4. Right of Retraction. 5. Conclusion.

1. Introduction

Every year, electronic commerce in Brazil grows in size and relevance. In research performed in June of 2016, 90% of Brazilian internet users make purchases online.³ Based upon Webshoppers 35 (report about e-commerce based upon research performed by Ebit)⁴, in Brazil, 48 million shoppers made at least one virtual purchase in 2016. According to this research, e-commerce

1. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm – Accessed on 06/23/17
2. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm – Accessed on 06/23/17
3. Available at <http://conectaibrasil.com.br/noticias/confira-quais-sao-os-itens-que-os-internautas> – Accessed on 06/16/17.
4. Available at: <http://www.ebit.com.br/webshoppers> – Accessed on 06/16/17.

billing totaled BRL 44.4 billion, which represents nominal growth of 7.4% in comparison with 2015, when it totaled BRL 41.3 billion. The category of “Fashion and Accessories” was the sales leader for Brazilian e-commerce in 2016.

That Ebit research also supplied NPS data (indicator of customer satisfaction and retention – Net Promoter Score® (NPS)). It found that the NPS stayed around 65% (as of May, 2016). However, starting in November of 2016, as delays increased (which the research revealed was due to the large volume of Black Friday sales), the indicator dropped 12 percentage points. For 2017, Ebit research forecast 12% nominal growth in billing reaching BRL 49.7 billion in 2017. Meanwhile, ABComm (Associação Brasileira de Comércio Eletrônico) estimates billing of BRL 59.9 billion, and believes it's likely that more than 200 million orders shall be placed at virtual stores⁵.

In light of this fact, it's obvious that conflicts have arisen regarding consumer protection. Hence, the goal of this article is to point out the main points of concern that require special attention from participants in this sector, in order to assure that economic development and free initiative are in accordance with constitutional and legal benchmarks, pursuant to articles 5, XIII and 170, V, of the Brazilian Federal Constitution (“CF”) and article 4, III⁶, of the Consumer Defense Code (“CDC”), insuring respect for the consumer, balance, and harmonious relationships.

So it is important to make some brief remarks about the CDC, as it pertains to rules applicable to e-commerce, although there is no specific section that deals with e-commerce, its principles apply to any and all consumption relationships involving consumers (based upon the concepts supplied by articles 2⁷, 2, sole §⁸,

5. Available at: <https://abcomm.org/noticias/e-commerce-brasileiro-espera-faturar-r-599-bilhoes-em-2017/> – Accessed on 06/16/17.
6. Art. 4.º, III – harmonization of participant interests in consumer relations and making consumer protection compatible with the need for economic and technological development, in order to enact the principles upon which the economic order is founded (art. 170, of the Brazilian Constitution), always based upon good faith and equilibrium between consumers and suppliers;
7. Art. 2 A consumer is any individual or legal entity that acquires or uses a product or service as the final user.
8. Art. 2 Sole paragraph. Any group of people, even an unspecified group will be treated as the consumer, once involved in consumer relations.

17⁹ and mainly, 29¹⁰, CDC), the supplier (article 3)¹¹ and a product (article 3, §1¹², CDC) or service (article 3, §2¹³, CDC).

Then it is also necessary to discuss DL7962/13, which has been in place since May 2013, and current negotiations underway at the highest levels of government on the matter (Bill of law 3514/15), with the intention of highlighting the legal system and the main debates in Brazil.

2. The Consumer Defense Code and e-commerce.

The CDC is considered a microsystem. This law covers public order and social interest (article 1), e.g. it imposes imperative obligations and is used to govern existing relationships between suppliers and consumers, including parties similar to consumers and also covering consumer relations (articles 2, 17 and 29. In other words, the Code does not have sections and chapters about specific contracts and segments, since it applies to all consumer relations. Hence, the guiding principles and general clauses of the CDC apply to online contractual relationships, independent from specific legislation.

This is because irrespective of the particulars of e-commerce online, contracts shall distance will be governed by the CDC, especially as it pertains to good faith, basic rights, duty to inform, supply, supply violation, advertising, abusive practice, debt collection and consumer records.

So these consumers online have the right to the very best information so that they can exercise their freedom of choice fully and safely, since the difficulty of immediate access to the seller leads to insecurity, given it is possible then that any potential conflict may not be resolved, nor any purchase correction, adjustment, request for clarification or any other need involving

-
9. Art. 17. For the purposes of this Section, all victims of the event are treated like consumers.
 10. Art. 29. For the purposes of this and the subsequent chapter, all persons specified or not, who have been exposed to the practices covered therein are considered consumers.
 11. Art. 3 A supplier is any and all individuals or legal entity, public or private, domestic or foreign, as well as depersonalized entities who are involved in the production, assembly, creation, construction, transformation, importation, exportation, distribution or sale of products or the rendering of services.
 12. Art. 3 § 1 A product is any good, mobile or immobile, material or immaterial.
 13. .Art. 3 § 2 A service is any activity provided on the consumer market, which is paid for, including those related to banking, finance, credit and insurance, save those that are related to labor relations.

the purchase and sale online. So the correct specification regarding different products and services, quantity, characteristics, composition, quality, taxes owed, and especially price, charges included or not in the total amount to be paid, methods of payment accepted or not, are key to consumer satisfaction and to insure the success of the business, because this leads to a lower rate of returns and complaints.

Clearly misleading and abusive advertising, coercive and non-competitive commercial practices, as well as the analysis of abusive or compulsory practices and clauses in e-commerce should also obey the precepts of articles 6, 30 through 39, of the CDC. The determinations of article 35 of the CDC¹⁴ are those commonly applied to online contracts because of complaints involving the failure to deliver a product by a specified deadline or even when the product purchased isn't received at all.

Furthermore, the State of São Paulo, for example, has a law called the "Delivery Law" (State Law 13747/09) which, in addition to the date, also covers the delivery schedule period. Said law "Obliges suppliers of goods and services located in the State of São Paulo to set a date and scheduled period for the delivery of products or execution of services for consumers, in addition to providing other measures"¹⁵. Therefore, article 35 of the CDC is of fundamental importance to protecting consumers when resolving conflicts of this nature.

With respect to the responsibility a supplier has for delivering products and services online, they are also responsible for flaws and defects, and this responsibility is objective, irrespective of where blame ultimately lies. The supplier cannot, for example, allege a problem with outsourced transportation or a problem with the ware house to justify the delay or failure to deliver a product. The supplier and the vendor will be held jointly responsible in the event of this problem. However, in the event of a defect, in addition to the right to seek redress, the seller will be held responsible when the manufacturer, builder, producer or importer cannot be identified; the product is supplied

14. Art. 35. If a product or service supplier fails to recognize the sale, presentation or advertising, the consumer may, alternatively and of its own free choice:

I – demand the compelled fulfillment of the obligation, as offered in the sale, presentation or advertising;

II – accept another equivalent product or service;

III – terminate the contract with the right to restitution of any amount paid in advance, plus losses and damages.

15. <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/alteracao-lei-13747-07.10.2009.html>

without clear information about the manufacturer, producer, builder or importer; or when the seller fails to properly conserve perishable products. Therefore, websites that sell products and do not identify the manufacturer, if there is defect, it shall be held responsible for damages.

Note that the CDC gives a list of examples of abusive practices and clauses. That means that any practice or clause adopted in electronic commerce that is not listed in articles 39 and 51 of the CDC, if it violates the principles and basic rights held by consumers, it will be considered abusive. Hence it is essential to understand the microsystem, so that the supplier is not held civilly, administratively or even criminally liable for conduct adopted in the performance of its economic activity.

Debt collection is another subject that demands attention and for which the CDC clearly establishes responsibilities in article 42, upon banning collections from consumers using toolish, embarrassment or threat. Therefore, a consumer can never be charged on social networks, for example, because its default would be publicly exposed. Furthermore, please note that given the number of complaint sites that anyone can access, a creditor cannot, for example, in its response, argue that the consumer owes money to justify why it hasn't delivered a product. Under these circumstances, if the consumer has been charged and paid for a purchase not completed, they will have the right to receive double their money back.

The protection of personal information and privacy is also another extremely relevant subject. Without limitation to a data protection law that may be enacted, clearly, any collection and handling of virtual consumer information should be explained in advance and comply with a specific purpose, in other words, it should be relevant to the purchase. Therefore, any request for information should be made in a reasonable manner in keeping with the contract, and the consumer will have the right to accept or not to have their information contained in an information database, except for information that the supplier has in order to enact and demand payment. It is important to note that this information cannot be transferred unless the consumer has been notified in advance.

Besides it is paramount to mention article 101, I, CDC, which sets forth that an injured consumer who intends to file a lawsuit may file a suit in their home jurisdiction. Hence, the supplier must pay attention to this guarantee, to the extent that it should be prepared to undertake litigation anywhere in Brazil, no matter where they are established “virtually”.

Given the burden of proof established in article 6, VIII, CDC, the supplier has the responsibility to prove product delivery or services rendered as offered

and contracted, and proof that the product was delivered to the consumer's residence exactly as purchased (weight, quantity, size). So, considering that a court judge can shift the burden of proof based upon either the likelihood the consumer is telling the truth or not, the company must be aware that it should be capable of supplying proof of delivery of the product in perfect condition.

So, notwithstanding the legal framework of the CDC and the rules in all these guarantees, the subject was ultimately standardized through a Legislative Decree that shall be discussed. In the next topic, along with the right of retraction, established in 49 of the CDC.

3. Considerations about DL 7962/13

On 05/14/13, Legislative Decree 7962/13¹⁶ (“DL 7962/13”) was enacted in Brazil, which “regulates Law n. 8.078, dated of September 11, 1990, to set rules for contracting via e-commerce”¹⁷. In our opinion, DL 7962/13 arose from the difficulties that were cropping up as online sales grew. Although the CDC sufficiently governs the subject, the idea was that a decree would be necessary to set forth on e-commerce in order to avoid the problems that were arising, especially as they pertained to: (i) difficulties contacting the supplier (the consumer was still facing issues related to websites that did not provide a physical address or a way to contact them to exercise their rights, which made it hard or even impossible to exercise their right to retraction/ or make complaints; the supply chain – site, payment method, brand, images, domain, site location, among others – caused a certain amount of confusion among consumers who intended to cancel a purchase or have it reimbursed; information about exchanges and returns, possibility and deadline for retraction and contact information were not made available); (ii) lack of transparency, clarity and objectiveness in the information involving the total amount to be paid, freight and other charges; (iii) lack of trust and fear on the part of the consumer with respect to the confidentiality of their information; (iv) insecurity about payment and delivery methods; (v) difficulties exercising

16. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/d7962.htm

17. After the Decree was enacted (May/2013), in September of that same year, SENACON issued Technical Note 40/13, intended to settle doubts about DL 7962/13, and provided context to the Decree, as well as an analysis and conclusion about implementation. Available at: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-no-40-2013-comercio-eletronico.pdf> – Accessed on 06/27/17

the right to retraction established in article 49 of the CDC; (vi) problems caused by deadlines or failure to reimburse amounts paid if the product is returned, among others.

The scope of DL 7962/13 prioritizes: (i) clear information; (ii) faster customer service; and (iii) respect to the right of retraction.

Clear information concerns not just the products and services sold, but also the obligation of availability, in a place of note and easy to visualize, of more complete information about the company. Information involving prices, additional or accessory expenses, delivery charges and insurance, complete sale conditions, payment methods, availability, service rendering method or deadline or product availability, restrictions on making use of sales were the key concerns that DL 7962/13 intended to eliminate.

The expansion of group purchases also created a need for clarifications about obligatory information regarding minimum quantities consumers would need to purchase to complete the contract, deadline for the consumer to get the sale price, and identification of the supplier responsible for the website as well as the supplier of the product or service offered.

In terms of service and procurement, DL 7962/13 demands the submission of a summary of the contract prior to contracting, preserving the consumer's right to choose, the possibility to identify and correct mistakes that took place at previous stages, in addition to ordering a company to immediately confirm the receipt of the offer's acceptance. Contact information for services must be made available to resolve issues referring to information, doubts, complaints, suspension or cancellation of the contract is another requirement of DL 7962/13, including "post-sale" services, using the same contact information available for purchase.

Information safety (data handling) for payment methods, as well as the duty to clearly displace the adequate and effective means of seeking the right to retraction by the consumer is also provided by DL 7962/13.

In relation to the right to retraction (already established in article 49 CDC)¹⁸, DL 7962/13 requires that this option for the client must be immediately

18. Art. 49. The consumer will have seven days from the date it signs the contract or from the date it receives the product or service, to change their mind, whenever the contract for the supply of products and services takes place outside of a commercial establishment, especially by phone or from home. Sole paragraph. If the consumer exercises its right to retract, the amounts potentially paid for any purpose during this period of time, will be immediately returned and corrected for inflation.

communicated by the supplier to the financial institution, credit card administrator or alike, so that the transaction isn't charged to the consumer; or in order for the amount to be returned, if billing has already taken place.

DL 7962/13 does not set a specific deadline for any reimbursements to be made. The recommendation is that the return be made within no more than two billing cycles (if a credit card is used), because the presumption is that this would be enough time for processing communication and entering the credit. However, although article 24 of the CDC is clear about the consumer's options when a sale price is not met, as well as not setting a legal deadline for reimbursement in the event of a retraction, recently, in a highly criticized decision, the Superior Court of Appeals¹⁹ ("STJ") decided that a specific company was bound to include in its contracts a provision for a fine when a merchandise's deliver was delayed, as well as a provision for a fine in a delay in returning amounts paid in the event the consumer changes his mind.

So, despite rules on the subject, many websites and companies are still not in accordance with the legislation. Moreover, this has caused doubts, mainly involving the right to retraction, since there are circumstances in which the CDC and DL 7962/13 do not objectively provide rules, and parties must appeal to duties of good faith and expectations of behavior to resolve conflicts and for decisions to be taken by the company when a purchase is cancelled through the right to retraction.

Sometimes a purchase is made in a physical store, but the product is not available for visualization. Under these circumstances, given that we think that the scope of the rule is the conscious acquisition, and that in the actual commercial establishment the consumer, in theory, has the opportunity to question, discuss and better understand the product sought and information for making exchanges, prices and contact methods and payment, we believe there is no right to retraction, given that the consumer has freely chosen to purchase, at its own expense and risk, a product from a store that does not have that product on hand at the moment. Therefore, the fact that they did not take the product physically available at the store at the moment and consumer only receives it directly at home will not give them a seven-day deadline to retract.

With respect to the right to retract on personalized products or made to order products, since neither the CDC or DL 7962/13 provide any exception to the right to retract, we find that article 47 CDC, shall always provide the most favorable interpretation to the consumer. After reading that law, there is no

19. (REsp 1548189 / SP (2014/0173222-3), Rapporteur Minister PAULO DE TARSO SANSEVERINO – THIRD BENCH, ruling on 06/13/17).

way to argue that this right can be denied. However, given the product's specific characteristics, "of creation of the product by the consumer themselves", who was able to shape it to its interests, making absolutely customized choices, created for that specific consumer, it is recommended that any restriction to exchanges is clear and made available at the same time as the good is chosen, and that objective good faith, equilibrium and harmony be allowed to prevail within consumer relations, in such a manner that neither party is able to obtain an exaggerated advantage from the other. Equally, we also think that the following should occur: (i) under circumstances involving risk contracts (investments made on the internet and through applications); (ii) in the cases of visibly used and degraded products; (iii) circumstances with perishable products that have less than 7 (seven) days of expiration date, among others. Under these circumstances, it is unquestionable that objective good faith, provided that it is based upon advance, clear and objective information, should prevail and will override the demand for exchange and/or cancellation.

We must also note that the right to retraction does not need to be motivated and cannot require payment of postage for returning the product that the consumer intends to return²⁰.

We cannot fail to mention that there is a bill, under number 3514/15 which "Alters Law n. 8.078, dated September 11, 1990 (Consumer Defense Code), to improve the general rules of Chapter I of Title I, and to set forth on e-commerce, and article 9 of Decree-Law n. 4.657, dated of September 4, 1942 (Introductory Law to Brazilian Legal Norms), to improve the rules on international commercial and consumer contracts and to set forth on extra-contractual obligations"²¹. The latest progress on this bill took place on 05/09/17, when bill n. 6533/2016 was appended to bill n. 3514/2015. The summary of bill n. 6533/16 "Orders the application of the law most favorable to the consumer, in cases when specified".

Much of what is contained in bill n. 3514/15 is already included in DL 7962/13. However, the project intends to fill in, improve and solve the problems that arise and have been debated throughout the years with respect to e-commerce, and further, to alter the wording of article 49 of the CDC (based upon the wording accessed on 06/26/17), to order double the consumer's

20. (REsp 1340604/RJ, Rapporteur Minister MAURO CAMPBELL MARQUES, SECOND BENCH, ruling on 08/15/2013, DJe 08/22/2013).

21. Available at: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488> – Accessed on 06/26/17.

money back in the event the supplier violates the obligations involving the right to retraction.

5. Conclusion

The goal of this article was to provide a brief summary of the legal system on this subject, hence highlighting what is being discussed in the chamber of deputies, to alter the CDC to include provisions in Law 8078/90 that specifically govern e-commerce, alerting suppliers about the legislator's intention. With respect to current regulations, note that previous, adequate and clear information by the supplier and facilitating customer services and the right to retraction are revealed as being its primary concerns. Under these terms, in light of the current high number of e-commerce transactions, it's clear that good customer service shall be the most crucial factor and a difference maker for companies to be able to maintain an online presence, and to earn the respect of consumer protection and defense agencies as well as the courts, corroborating what is set forth in article 170, V, of the Brazilian Constitution and article 4, III of the CDC.

ADMINISTRATIVE SANCTIONS, AND CONSUMER PROTECTION AND DEFENSE AGENCIES: THE DISCREPANCY BETWEEN INTERPRETATIONS AND THE PROBLEM OF DOUBLE JEOPARDY

FABIO TEIXEIRA OZI AND LIGIA LIMA GODOY

Area of law: Consumer Relations Law.

Abstract: This article seeks to provide an overview of court decisions with respect to double jeopardy cases involving suppliers of products and services, as well as how administrative sanctions have been imposed on suppliers by various consumer protection agencies for the same act.

Keywords: Consumer Law – Administrative Sanctions – Double Jeopardy.

In Brazil, consumer laws were late in their coming. Despite the introduction of a bill enacted for this particular purpose in mid-1977, consumer rights were only codified eleven years later after the promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which established in article 5, item XXXII that the State shall promote laws to protect consumers.

Please note that The Act of Temporary Constitutional Provisions, which concerned the systematization and standardization of the infra-constitutional legal system, specifically established a Consumer Protection Code¹. The Consumer Protection Code (“CDC”) was created and approved by Congress in 1990.

-
1. ADCT, art. 48. Within one hundred and twenty days following the promulgation of the Constitution, the Brazilian congress will prepare a consumer protection code.

Taking effect only on March 11, 1991, the CDC is rather new and recently celebrated its twenty-fifth anniversary. It has served as an important stabilizer in market relations which continue to grow as globalization expands, barriers collapse due to the development of innovative digital and technological media, such as social networks, which undeniably increase the speed with which consumers and suppliers can reach one another.

The CDC seeks to protect a vast group of consumers from marginalization not only before economic powers, but also in the legal system, by giving them the tools to stand up for their rights, allowing access to justice for individuals and groups². One can argue that consumer relations law in Brazil has become an autonomous legal sub-system. It is not a branch of civil law, or commercial law, let alone a branch of administrative law, but we classify it as one of the branches of diffuse rights³.

The slow implementation of those specific protection rules is the reason why their enforcement still faces difficulties up to this day. For nearly the entire twentieth century, Brazilian courts ended up applying civil law to consumer relations to rule on those issues⁴. Therefore, the law has been mistakenly applied to many different situations. A simple civil rule was applied when in fact a specific rule should have been applied. According to Rizzato Nunes these mistakes remain in our legal system, they stay in our memory, influencing how we perceive consumer relations, and currently, we run into all kinds of problems when interpreting and understanding a rather sparse text [the Consumer Protection Code]⁵.

But consumer law may also be misapplied because of the actual confusion caused by inspection agencies themselves when investigating the suppliers' compliance with applicable rules. Numerous administrative agencies and competing jurisdictions enable circumstances of extreme injustice when they condemn an offender twice for the same act.

The opinion of jurists and the jurisprudence have a fundamental role in correcting these mistakes, and agents of the law must ensure the application

-
2. FILOMENO, José Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pg. 26,
 3. SANTANA, Hector Valverde. Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo, Editora RT, vol. 22, pg. 44.
 4. NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 5th edition. Editora Saraiva, pg. 58.
 5. NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 5th edition. Editora Saraiva, pg. 58.

of consumer rules and the construction of new paradigms that accompany the consumption in the society and, but do not distort the legislator's intent in protecting the vulnerable party in consumer relations, and keeping the consumer market healthy. The law despite been new is virtually obsolete, and we will explain.

The CDC's key rules for public policy were understood as a type of micro judicial system, with the code anticipating rules of a civil, administrative and criminal nature, to comply with the market rules with respect to consumer relations. The CDC, as applied in the civil sphere, establishes the rule of strict liability for the supplier of products and services; within the criminal sphere it establishes fines and sanctions; and finally within the administrative sphere, it stipulates the implementation/creation of agencies with the scope of drafting policies to manage consumer relations and to provide effectiveness and cohesion to the system.

On this point, the administrative protection takes place through various agencies, systematized under the National Consumer Defense System ("SNDC"), which was created by Decree No. 2,181, of March 20, 1997, involving a loosely knit group of federal, state, the Federal District and municipal agencies, and including civil consumer protection agencies, which have no hierarchy or subordination with one another (art. 105, CDC)⁶.

Article 106 of the CDC and article 3 of Decree No. 2,181/97 coordinates that configuration and establishes the National Consumer Secretariat ("SENACON"), which is supported by the Ministry of Justice, and the Department of Consumer Protection and Defense, which is subordinated to the National Consumer Secretariat ("DPDC"), the Foundation for the Protection and Defense of the Consumer ("PROCONS"), as well as other regulatory agencies, which supervise the compliance with consumer laws in Brazil.

SENACON has a role of specific importance within the organization of the consumer because in addition to the planning, preparation, coordination and enforcement of the National Consumer Relations Policy, SENACON analyzes national and general interest issues, promoting and coordinating sector-based dialogues with suppliers, ensuring technical cooperation among regulatory

6. Available at <http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>

offices and agencies, normative support of the impact on consumers, and the prevention and repression of practices that violate consumer rights”⁷.

According to article 4⁸ of the CDC, the national Consumer Relations Policy seeks to meet consumer needs with respect to their dignity, health and safety, as well as to protect economic interests, improving quality of life, as well as transparency and harmony within consumer relations.

Decree No 2,181, of March 20, 1997, establishes general rules for the application of administrative sanctions, providing an exhaustive list of violations to consumer laws in its article 12 and 13, as well as deceptive practices, which are defined in article 14 of such decree.

Article 5 of the same Decree, in turn, establishes that any public, federal, state or municipal entity or agency created to protect and defend consumer rights has, within the scope of their respective jurisdictions, the responsibility to investigate and punish violations of consumer law.

7. <http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>
8. “The scope of the National Policy for Consumer Relations is to meet consumers’ needs, impose respect on the consumer’s dignity, health and safety, protect their interests and ensure transparency and harmony in consumer relations, based on the following principles: I – recognition of the consumer’s vulnerability in the consumer market; II – government action in order to effectively protect the consumer: a) through direct initiatives; b) through incentives given towards the creation and development of representative associations; c) through State presence in the consumer market; d) through the guarantee that products and services will abide by adequate quality, safety, durability and performance standards. III – bringing together the interests of those participating in consumer relations and making consumer protection compatible with the need for economic and technological development, so as to ensure the existence of the underlying principles of the economic order (art. 170 of the Brazilian Constitution), which is always based on good faith and the balance of relations between consumers and suppliers; IV – education and information given to suppliers and consumers, regarding their rights and duties, so as to improve the consumer market; V – incentives given to suppliers so that they can create efficient ways to control the quality and safety of products and services, as well as alternative conflict resolution mechanisms within consumer relations; VI – effective restraint and repression of all abuses in the consumer market relations, including unfair competition, inadequate use of industrial inventions and creations of trademarks, commercial names and logotypes that may cause losses to consumers; VII – rationalization and improvement of public services; VIII – constant studies on consumer market changes.

Article 56 of the CDC also provides an exhaustive list of administrative sanctions that may be imposed by federal, state, the federal district and municipal agencies that are members of the SNDC, in the event of a violation of the rules established therein, as follows: (i) fine; (ii) seizure of the defective product; (iii) destruction of the product; (iv) cancelation of registration; (v) ban against manufacturing the product; (vi) interruption of supply; (vii) temporary suspension of the company's activities; (viii) revocation of concession or permit; (ix) license withdrawal or closure of business; (x) administrative intervention and (xi) counter-advertising.

The most severe sanctions, such as the temporary suspension of a company's activities, cancelation of license or permit, closure of business and administrative intervention, should, in principle, be guided by the premise in which the supplier repeatedly commits the most severe offenses⁹ against consumer laws.

To this end, the opinion of jurists is clear in its affirmation that closing a business, as well as an administrative intervention should only be applicable in extreme situations because they involve the constitutional principle of freedom of enterprise, which guarantees the right to all to freely undertake any economic activity (art. 170 sole paragraph of the Federal Constitution)¹⁰. Therefore, the rule seems to be that repeat offenders are given administrative penalties and the most severe penalties are reserved for cases in which the repeat offense is demonstrated and that rule seems appropriate.

Although not expressly established in Decree No. 2,181/1997, more specifically in article 3 that discusses authority, SENACON may also, in extreme cases, impose alternative obligations on suppliers such as a compulsory recall campaign. This penalty is only applicable to defect or potential defect found in

9. Art. 59. The sanctions of revoking license, temporary suspension of activities as well as administrative intervention, will be applied through administrative procedure in which ample defense will be provided to the defendant, when the supplier is a repeated offender and more serious offenses against this code are detected.

§ 1 The public service provider will have its license revoked when it violates a legal or contractual obligation.

§ 2 The sanction of administrative intervention will be applied whenever circumstances make it advisable to revoke the license or suspend activities.

10. DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ada Pelegrini, 5th ed., Rio de Janeiro, forense, 1998, pg. 473.

products, or services posing risk to the consumers physical safety, and when suppliers appear resistant to implement a recall voluntarily.

Article 57 of the CDC establishes the application of a fine under an administrative proceeding, which may be fixed at an amount between two hundred and three million times the amount of the Fiscal Reference Unit (Ufir), or an equivalent index that may replace it¹¹. In order to appropriately set a fine, the following will be taken into consideration: (i) the seriousness of the violation; (ii) the economic advantage gained by the supplier;¹² and (iii) the economic condition of the offender.

Given the subjective nature of the provision above, various state and municipal PROCONS throughout the country began to adopt, one by one, a mathematical equation and/or their own procedure to calculate the amount of the sanction based on the seriousness of the committed violation¹³.

The actions and the frequent automatic insistence by these agencies, which commit abuse through the application of excessive pecuniary sanctions in blatant violation of the reasonability and proportionality principles established in the Constitution, have led the courts to intervene to reduce those amounts to amore balanced level:

“[...] Annulment suit. PROCON/RJ Fine. Administrative decision. Grounds. Reduction of the amount of fine [...]. On the other hand, the amount of the fine set cannot be upheld. Although the amount is within the limit established in art. 57 of Law No. 8,078/90, it does not appear reasonable given the seriousness of the violation, which was deemed as minor and the

11. Art. 57 of the CDC. The fine, which is calculated based on the seriousness of the infraction, the advantage obtained and the economic status of the supplier, will be applied in an administrative proceeding, and the amount owed to the country will be reverted to the fund stipulated in Law No. 7,347, of July 24, 1985, or to the state or municipal consumer protection funds in all other cases. Sole paragraph. The amount of the fine will not be lower than 200 and higher than 3 million times the value of the Fiscal Reference Unit (UFIR), or any other unit that may come to replace it.
12. Regarding the advantage gained, Zelmo Danari stated (Op. Cit): “One certainty is that this advantage will be economic in nature. The greater the advantage, the higher the fine”.
13. See, for example Directive n. 45/2015 issued by PROCON-SP.

economic advantage obtained, which as required by article 3 of State Law No. 3,906/2002 cannot be the only aspect to be considered. Precedents¹⁴¹⁵¹⁶.

That is actual external control by the courts of administrative acts, essentially upholding justice in a democratic state of law, curtailing the abuse disguised as acts that appear to maintain some resemblance to a degree of discretion.

Another situation in which external control is necessary is when a supplier is submitted to more than one fine for the same violation by different consumer protection agencies. This is due to competing policing authority granted to consumer protection agencies in article 5 of Decree No. 2,191/1997¹⁷ as mentioned above.

Although the accumulation of fines is still nowadays a hard and lamentable reality, this practice violates the principle of non bis in idem (double jeopardy), which is part of our legal system, according to which no one can be punished more than once for the same offense¹⁸.

Accordingly, despite the fact that consumer protection and defense agencies that are part of the National Consumer Protection System are autonomous and independent in their monitoring and control of the consumer market, it is not reasonable and legal for more than one consumer authority to impose sanctions upon the supplier, resulting from a single offense since that behavior allow all consumer defense agencies in the entire country to punish the violator, thereby undermining the power to punish held by the State¹⁹.

14. Rio de Janeiro Court of Law, Appeal No. 0275539-05.2008.8.19.0001, Reporting Judge José Carlos Paes, October 19, 2011.
15. Rio de Janeiro Court of Law, Appeal No. 0181314-27.2007.8.19.0001, Reporting Judge Carlos Eduardo Moreira da Silva. June, 15, 2011.
16. Federal Regional Court of the 5th Region, Appeal No. 0000226-41.2007.4.05.8000, Reporting Judge Marcelo Navarro, j. October 3, 2009.
17. *“Any entity or agency that is part of the federal, state and municipal government working to defend consume rights and interests has within the scope of their respective authorities, the power to investigate and punish violations against this decree and consumer relations”*.
18. *The double jeopardy principle, to the contrary, plays a different and important role within general legal principles: it prohibits sanctioning of the same infraction twice – which is to say, it removes the possibility of multiple and repeated sanctions by the government”* (FERREIRA, Daniel, Editora Malheiros, 2nd edition. Page 76).
19. STJ, REsp 1.087.892-SP, 1st Bench, Reporting Justice Benedito Gonçalves, j. June 22, 2010.

The prohibition against double jeopardy is based on the rule that establishes the organization of the SNDC, pursuant to articles 15 and 16 of Decree No. 2,181/97, as follows:

Art. 15 – When a company is charged in more than one state of Brazil under the same violation, the highest authority in the state may send the case to the SNDC coordinating agency, which will investigate the fact and impose the corresponding sanctions.

Art. 16 – If administrative cases, which involve diffuse or collective interests, are ongoing in more than one state, the DPDC may take them over to have them heard by the Permanent National Consumer Protection Commission, as well as the highest authority of that state.

If on one hand these provisions permit that a company is charged by more than one consumer protection agency, on the other hand, this allows the understanding that, under these circumstances, the disciplinary administrative proceeding should be unified, to avoid double jeopardy. Along those same lines, current jurisprudence is seeking to eliminate double jeopardy from cases when multiple consumer protection agencies intend to punish a certain company, by merging administrative proceedings, or getting a court to revoke one of the penalties imposed up to that point.

A good example involved a Superior Court of Justice (“STJ”) ruling, when the DPDC and PROCON sought to impose a fine on General Motors do Brasil S/A. In that case, the application of multiple sanctions against the company resulting from the same fact was deemed inappropriate²⁰, which led to the inevitable conclusion that, although consumer protection agencies have a distinct scope of authority and are at different hierarchical positions, they belong to the same protection system for consumers, which ultimately is a single administrative entity. Therefore, a company should not tolerate double penalization.

In a recent decision, a court in the State of São Paulo expressly took this position, and ruled that upon endowing SENACON with the power to hear administrative proceedings that are occurring at the same time, it is expected that only federal and state agencies could be able to merge them, so that violations against consumer rules are neither left unpunished, nor punished twice, or even multiplied throughout the states of the Federation²¹.

20. SRJ, REsp 1087892/SP, Reporting Justice Benedito Gonçalves, j. June 22, 2010.

21. São Paulo Court of Law, Appeal No. 0013705-52.2013.8.26.0053, Rel. Souza Meirelles, j. August 3, 2017.

This understanding has been settled for a few years as we have seen in other precedents that follow the same reasoning²².

Based on these recent decisions, the path the jurisprudence is taking lead us to understand that despite a legislative loophole allowing for a supplier to be repeatedly sanctioned by agencies and entities that compose the SNDC, these agencies should ensure the fair application of consumerist rules, avoiding multiple administrative proceedings punishing the same act, which could ultimately result in revocation of a decision.

SNDC agencies' failure in accepting that reality ultimately cause unnecessary activity within the courts, working as a true indication of the excesses committed administratively, especially since a healthy consumer market is one in which neither suppliers nor consumers are submitted to injustices. Overlooking this reality to justify improper application of confiscatory fines imposed on suppliers undermines the very essence of the CDC, which eventually weakens its position.

With respect to criminal sanctions, we will not delve too deeply into this rather broad and controversial aspect of Brazilian law. The CDC defines various types of criminal penalties between articles 61 and 74, in addition to other consumer relation crimes, which are stipulated in the criminal code and in special criminal laws.

The strict liability of a supplier of products or services is only applicable to civil liability cases. As a rule, our laws do not establish strict criminal liability.

Finally, civil, criminal and administrative sanctions may be legally joined, but they are independent and separated from each other. For that reason, there is no double jeopardy issue if a supplier is condemned under those different spheres, since each concerns a different conduct.

22. COURT INJUNCTION – SINGLE VIOLATION OF THE CONSUMER PROTECTION CODE, SUBJECT TO VARIOUS FINES, one from the federal department, DPDC set at the maximum, and the other from the state department PROCON/SP – Inadmissibility (double jeopardy) – Decision overuled – Faced with the circumstances established in paragraph 1, articles 10 and 8 and 10 “introduction” of the Consumer Protection Code, “that they be excluded, do not coexist, and as such, they cannot be, cumulatively, sanctioned. It was also a violation of the law to apply fines, which when ordered exceeded the limit established for a single violation”. Appeal granted, granting the motion, as petitioned. (São Paulo Court of Law, Rapporteur Milton Gordo; Judicial district not provided; j. December 7, 2006).

The courts in Brazil have been dismissing cases when two or more administrative agencies holding competing authority punish a supplier for the same violation in two parallel administrative proceedings within their jurisdiction, which cannot be allowed and is a disservice to the society, in addition to undermine what the consumer law initially set out to provide.

CONSUMER PROTECTION IN BRAZIL: INDIVIDUAL AND COLLECTIVE CLAIMS

PRISCILA DAVID SANSONE TUTIKIAN AND
AMANDA CELLI CASCAES

Area of Law: Consumer; Procedural Law.

Abstract: This article aims at providing an overview of the procedural aspects foreseen in the Consumer Defense Code (CDC), which frame the claims involving consumers. By means of an examination of the procedural principles and guarantees, and of the goals set out by consumer law regulations, this article offers a snapshot of the main aspects related to individual and collective claims that can be brought within the context of consumer relations in Brazil.

Keywords: Consumer Law – Consumer Relations – Procedural Guarantees – Individual and Collective Consumer Protection.

CONTENTS: Introduction; 1. Overview of procedural consumer protection; 1.1 Procedural guarantees in the CDC; 1.2 The prevalence of effective judicial relief; 2. Individual and collective protection of consumer rights; 2.1 Individual consumer claims: PROCONs, Pre-procedural complaints, Small Claims Courts and Ordinary Courts; 2.2 Collective protection of interests and rights: the collective claims; Conclusion.

Introduction

Upon its enactment, the Consumer Defense Code (“CDC”) was considered by many to be a revolutionary set of rules, capable of modifying, in

a profound and definitive way, the private relations in Brazil, by establishing a new standard of good faith and quality in economic relations. One must not lose sight of the fact, however, that it is a partial codified microsystem, whose goal consists of prioritizing protection for one social group: consumers.¹ In addition to a set of rules to be observed, the CDC also establishes basic principles and values that must guide relationships among the parties that the code seeks to safeguard, ruling the practice of suppliers and consumers in and out of the judicial system. In its Article 6, the CDC assures consumers the right to have access to judicial and administrative bodies, with particularities for their defense, but, more than that, the microsystem imposes procedural principles and rules that must guide proceedings involving consumer relations.

1. Overview of procedural consumer protection

1.1 *Procedural guarantees in the CDC*

The CDC foresees procedural rules, which will regulate the consumer claims, with the aim of achieving the declared goal of facilitating and protecting consumer rights, by providing them complete defense. They are special rules, which prevail over the general rules set out in the Civil Procedure Code (“CPC”), in some of their main aspects, including, but not limited to, the ones assessed below.

Upon filing civil liability lawsuits, consumers have the option to do so in the court of their domicile, as a way of facilitating access to justice and imposing (or transferring) to the supplier the potential costs of litigating at a location other than its headquarters. In addition, economically disadvantaged consumers are guaranteed a right to full and free legal assistance, which covers court costs and fees (free legal aid) and representation in court. The later may be provided by a public defender or administrative consumer-protection bodies, and may also be dismissed, if (i.) the proceeding is filed before a Small Claims Court (ii.) the claims discuss a capped amount.

1. “The CDC, as codification, is partial, it is a little (micro) special codification, privileging a person or a set of persons. [...] In short, laws with a social function are characterized by imposing new notions of value that should regulate society, and as such they generally opt to implement a series of rights assured to the protected group and they impose a series of new duties ascribed to other agents of society [...]” (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60, 73).

As to who has standing to be sued in a consumer claim, pleas may be offered by consumers to any (or all) of the suppliers who have participated in the consumer/supply chain, and they may also choose to sue only one of those suppliers in court. There is joint liability among all members of the consumer/supply chain (manufacturer, industrializer, importer, sales representative, final distributor, shopkeeper, etc.). For the supplier sued in court, the legal system guarantees the right of recourse, exercised in an autonomous lawsuit, brought against the supplier that has been proven liable for causing the damage.

As a result of the legislator's option to hold all suppliers involved in the consumer chain jointly liable, there is a provision in the CDC prohibiting the mechanism of the third-party action, precisely because the defendant supplier must answer on its own to the claim.² However, the Superior Court of Justice ("STJ") has recently made the prohibition foreseen in Article 88 of the CDC more flexible in a ruling whose grounds were: if there is no harm to the consumer, the rule should be interpreted in light of the principles of procedural promptness and economy:

In casu, already with a conviction by the lower courts, without prejudice to the consumer, the interpretation of Article 88 of the CDC should be done in harmony with the principle of facilitating the consumer's access to court, as well as to procedural promptness and a speedy trial and procedural economy for all parties of the proceeding, without justification, in the case, for overturning the decision that allowed an impleader.³

Another rule of relevant procedural relevance is related to the production of evidence in consumer claims: the possibility of shifting the burden of proof, in order to exempt the consumer from proving certain facts that constitute the cause of action. According to the CDC, the judge may order the shift of the

2. The STJ has a settled understanding on this matter: "An impleader is only mandatory in relation to the complainant who, in failing to complain, will lose the right to countersue, but the judge is not required to process it, if he/she concludes that the processing of two actions in one will be too burdensome on the parties, in violation of the principles of a speedy trial in judicial relief. Especially in cases involving consumer rights, allowing evidence to be produced that is not in the economically disadvantaged party's interest would result in a burden that cannot be borne by him/her. That is the *ratio* of the Consumer Defense Code when it prohibits the impleader, in article 88." (Procedural Appeal in Special Appeals Proceeding 334.359/SP, judged by the Fourth Bench of the Superior Court of Appeals on 3/20/2014, Reporting Minister Marco Buzzi).
3. Special Appeal 913.687/SP, ruled by the Fourth Chamber of the Superior Court of Appeals on 10/11/2016, Reporting Justice Raul Araújo.

burden of proof in cases in which, in the judge's discretion: (i) the consumer's allegation is plausible, or (ii) the consumer is deemed to be disadvantaged. The burden of proof will not be reversed in just any and all consumer relations, but only when the requirements for such are fulfilled, pursuant to the STJ's consolidated position.⁴ In those cases, the general rule stipulated in the CPC (Article 373), of the plaintiff bearing the burden of proof for the facts that constitute his/her rights and cause of action, is not applicable, for the reversal stipulated in the CDC to apply.

Plausibility (*verossimilhança*) is the "appearance of veracity that results from a factual situation based on what normally occurs,"⁵ whereas being disadvantaged (*hipossuficiência*) is an undefined legal concept that should not be confused with vulnerability, given that "every consumer is vulnerable, but not every consumer is disadvantaged."⁶ Being disadvantaged can be conceptualized as a limit on the consumer's capacity, whose origin may be informational, educational, technical, economical, among others. According to the STJ's understanding, reversing the burden of proof is limited to a fact whose proof depends on the supplier's specific technical knowledge:

The reversal of the burden of proof governed by Article 6, section VIII, of the CDC, is based on the technical and informational asymmetry that exists between the parties in litigation. In other words, an exception is only made of the ordinary distribution of the burden owing to the fact of the consumer being too vulnerable [disadvantaged, as said above], with said circumstance constituting an obstacle to proving the facts reported by him, and the opposing party having information and technical means capable of producing evidence. Indeed, even if a relationship is governed by the CDC, one does not conceive of reversing the burden of proof, removing said burden from one who may do so more easily, to attribute it to someone who, out of a logical, natural impossibility, would not achieve it.⁷ (Our emphasis)

4. "Reversal of the burden of proof does not occur in all situations in which the legal relationship is governed by the Consumer Defense Code. In fact, according to Article 6, VIII, of said code, facilitating the defense only occurs in cases in which allegations are plausible, or the party is disadvantaged." (Internal Appeal in the Motion for Clarification in Special Appeal 1478062/SP, ruled by the Fourth Chamber of the Superior Court of Appeals on 12/15/2016, Reporting Justice Raul Araújo; our emphasis)
5. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 381.
6. *Ibid.* p. 381.
7. Special Appeal 720.930/RS, ruled by the Fourth Chamber of the Superior Court of Appeals on 10/20/2009, Reporting Justice Luis Felipe Salomão.

Furthermore, if a supplier has an insurance policy that covers its liability, the CDC allows the insurance company to be called upon to join a proceeding's defense (Article 101, section II, of the CDC). The rule's purpose, again, is to protect the consumer, to the extent in which the insurer's inclusion in the claim allows the decision to be enforced by the consumer directly against the insurer, increasing the chances of success in the enforcement phase.⁸

1.2 *The prevalence of effective judicial relief*

In order to guarantee the effectiveness of its provisions, the CDC sets forth numerous open concepts to be molded and applied on a case-by-case basis, such as: "clearly excessive advantage" (Article 39, Section V), "sufficiently accurate" (Article 30), "depreciative information" (Article 39, Section VII), "abusive, iniquitous obligations, [...] or incompatible with good faith or equity" (Article 51, Section IV), "excessively onerous" (Article 51, para.1, Section III), among others. However, it was no accident that the legislator chose to refer to undefined legal concepts. In reality, they are a means to granting the judge broad interpretative freedom, allowing rules to be flexibly applied in light of new facts and circumstances, perpetuating their applicability.

The CDC's concern with assuring effectiveness to the judicial relief is apparent in the legislator's preference for the specific performance of obligations, rather than converting the obligation into losses and damages. This results from the conclusion that the proceeding's effectiveness is directly

8. See, for example: "Indeed, the legislator itself, upon drafting the rule, only exempted the participation of insurers in indemnification proceedings, in view of the provision in Article 88 of said law, thus it is undeniable that the major corporations in this sector, as a rule, have very deep pockets, much deeper than the insured party, a circumstance that, consequently, increases the injured party's chances of receiving compensation, a request that was granted in this case." (Bill of Review 2049701-03.2017.8.26.0000, judged by the 19th Bench of Private Law of the State Courts of São Paulo on 5/22/2017, Reporting Judge Claudia Grieco Tabosa Pessoa; our emphasis); and "In dealing with consumer relations, the impleader is prohibited (article 88 of the CDC); but adding a party to the proceeding is allowed, in light of Section II, Article 101 of said code. This regulation seeks to protect the consumer, thus the mechanism of adding a party places the third party in the position of being jointly liable, allowing an eventual conviction to be enforced directly against the insurer." (Interlocutory Appeal 70070219837, ruled by the 10th Civil Chamber of the Rio Grande do Sul Court of Appeals on 11/03/2016, Reporting Justice Túlio de Oliveira Martins; our emphasis).

tied to the possibility of the consumer, when prevailing in a lawsuit it brought, enjoying the desired practical result. The STJ's position is as follows:

Though there is no provision in the law or regulations that establishes the obligation of inclusion in the DUT of the intended information, protection and promotion of consumer defense impose a duty on the State, its bodies and entities, to guarantee maximum effectiveness and a soundness for the basic rights set out in Article 6 of the CDC. The conformity in question of the request with Brazil's legal system is sufficient to eliminate the claim's legal impossibility and to guarantee the right to analyze the claim on its merits.⁹ (Our emphasis)

Also related to the idea that the consumer should not be satisfied with a "consolation prize" is the possibility of the judge taking the necessary measures to assure the obligation's performance in its specific form, even as a result of a preliminary injunction. As such, the judge's powers were broadened in terms of temporary relief, provided there is plausibility in the consumer's claim and fear of the final judgment's inefficacy (Article 84, para. 3, of the CDC).

Finally, it is important to note that the judge is authorized by Article 84, para. 4, of the CDC, and even if the claimant has not made such request, to impose pecuniary penalties in preliminary injunctions or in the final judgment— to be enforced (and worsened, if necessary) on a defendant who does not comply with a ruling. The purpose of this imposition consists of compelling the defendant to obey the judge's order, and thus, to guarantee the ruling's effectiveness, especially in light of the specific performance obligation. Yet, at the claimant's discretion, or if performance of the specific performance is not possible, the obligation may be converted into losses and damages (Article 84, para. 1 of the CDC), being the claimant entitled to receive an amount equal to the fines applied and to the compensation amount set by the judge (with possible accrual of material damages and pain and suffering).¹⁰

9. Special Appeal 1338207/GO ruled by the Third Chamber of the Superior Court of Appeals on 10/22/2013, Reporting Justice Nancy Andriahi.

10. According to Hélio Zaghetto Gama, "consumers must prove material or property damages incurred and state the repercussions, in pecuniary terms, of any pain and suffering endured. They may submit reports or statements to support the petitioned claim." (GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 152).

2. The individual and collective protection of consumer rights

2.1 *Individual consumer claims: PROCONs, Pre-procedural complaints, Small Claims Courts, and Ordinary Courts*

In the administrative sphere, consumers are able to file complaints at administrative consumer defense agencies (for instance, the Programs for Consumer Protection and Defense, so-called PROCONs). However, the operation of these agencies on an individual level consists of: (i) attempting to resolve disputes through settlements with the supplier, and if that is not possible, recommending that the consumer brings a claim in Court; or (ii) analyzing whether said claim reflects an abusive practice that affects a class of consumers, and therefore, would call for the agency's involvement at a collective level.

In the judicial sphere, consumers who feel in any way harmed may pursue a claim in court, opting to file suit in either a Small Claims Court ("JEC") or in an Ordinary Court. However, even before the actual claim is filed, consumers may engage the judiciary through a pre-procedural complaint, which is set forth in Article 165 and thereafter of the CPC, consisting of an innovation for the Brazilian procedural system. By means of dispute resolution centers, a consensual settlement is attempted; however, if an agreement is not reached, the consumer may still choose to file a claim in court.

Based on the principle of full access to the courts, the Small Claims Court microsystem (created by Law No. 9.099/1995) is an alternative for handling less-complex litigation or small claims, which likely would not make it to ordinary court.¹¹ Consumers may opt to file claims with the JEC (before a Small Claims Court) when the cause is not complex and the amount involved does not exceed forty (40) times the minimum monthly national wage.¹² The procedure in the Small Claims Courts – based on orality, simplicity, informality, celerity,

11. In light of the these claims' small amounts, consumers may opt not to go to court, in particular given the time it takes to obtain a court decision, the money to be spent on legal fees, court costs, and such, as well as having to pay legal fees in the event of losing the claim, among other things.

12. In 2017, forty (40) times the minimum monthly wage in Brazil amounted to around R\$ 37,480.00. According to Article 3, para. 3 of Law 9.099/1995, "Opting for the procedure set forth in this law will result in a waiver of the credit beyond the limit established in this Article, except in the case of settlement."

and with the goal of the parties reaching a settlement – has a few peculiarities in comparison to claims processed in ordinary court.¹³

The procedure begins when an initial written or verbal claim is filed, and a settlement hearing is held (presided by a conciliator), followed by evidentiary and judgment hearing (presided by a lay judge or court judge). The judge may opt to question a trusted expert,¹⁴ but any need to produce complex expert evidence/examination could result in the case's dismissal, owing to a lack of simplicity in the cause.¹⁵ The ruling handed down in a proceeding before a Small Claims Court must set out the reasons that led to the judge's decision,¹⁶ which shall be based on equity, justice, and society's welfare – a very similar rationale to the one stipulated in the CDC. The ruling may be challenged (to the appellate body within the Small Claims Court system, the so-called *Turmas Recursais*, rather than to the state appellate courts) and it is enforceable before JEC itself.

However, consumers may freely choose to file suit in ordinary courts, or whenever the complexity or the amount in dispute prevent them from using the Small Claims Court mechanism – a case in which the procedure shall abide by the provisions of the CPC, but also in light of the procedural guarantees provided for in the CDC (first part of this article). It should be noted that in a proceeding before ordinary courts, full production of evidence will be allowed (including technical evidence, such as complex expert examinations), observing the possibility of reversing the burden of proof in favor of the consumers, especially given any technical weakness on their part.

2.2 *Collective protection of interests and rights: collective claims*

Collective protection (as in individual claims) can also be provided within the scope of competent administrative bodies. The procedure (civil

13. As a way of exemplifying the simplicity and informality governing procedures ongoing before the JEC, it is worth mentioning the possibility of notifications using WhatsApp, which is considered a reliable means of communication in accordance with Article 19 of Law 9.099/1995. The use of this tool (which is optional and cannot be imposed on the parties) is supported by a ruling handed down by the National Justice Council (CNJ) in June 2017, within Administrative Control Proceeding 0003251-94.2016.2.00.000.

14. In accordance with Article 35 of Law 9.099/1995.

15. In accordance with Article 51, Section II, of Law 9.099/1995.

16. Article 38 of Law 9.099/1995: "The ruling will mention the reasons for the judge's decision, with a brief summary of the relevant facts that occurred during the hearing, without requiring a report."

investigation or the so-called *inquérito civil*) at the Public Attorney's Office is designed to investigate any abusive practices and damages caused to classes of people, with the purpose of restraining or punishing any harm made to said set of consumers. At the state or municipal Consumer Defense Agencies (PROCONs), the main goal of the procedure (complaint) is to resolve a dispute via settlement, but it may also culminate in the assessment of sanctions (pecuniary fines) on suppliers. Even in the case of a consumer suffering an individual injury, the administrative body may intervene if it finds that said practice (considered abusive) was committed by the supplier against a class of consumers. This would be the case of a contractual injury arising from an abusive clause included in an adhesion contract, replicated for countless consumers.¹⁷

The administrative authority has legal standing to hand down decisions, imposing performance obligations on suppliers, as well as assessing pecuniary penalties. In addition, the supplier may opt to sign a conduct-adjustment agreement or commitment (known by its acronym "TAC" in Portuguese), which requires it to adjust its practices to legal requirements. In the event of not complying with that first decision, the supplier could become a defendant in a class action or a public civil action.

In the judicial sphere, collective lawsuits have been enthusiastically received by scholars: "class actions will undoubtedly constitute the best mechanism for protecting consumer interests."¹⁸ The plaintiffs in such actions may include the Public Attorney's Office, the federal government, states, municipalities, and the Federal District, as well as government agencies and bodies, and/or legally established associations. One should bear in mind that the existence of an ongoing collective claim does not result in a notice of pending decision for individual actions brought by consumers, such that the plaintiff of an individual action may opt to suspend his/her claim (in order to take advantage of the effects of the ruling handed down in the collective claim),

17. The jurisdictional protection of adhesion contracts, in particular regarding abusive clauses, reflects a concern by Brazilian doctrine, which defends jurisdictional bodies' official action: "Effectiveness is also tied to the judicial control of abusive clauses in consumer contracts, considering the growth of adhesion contracts, allowing judicial pronouncement independent of provocation, as a matter of social interest, elevating the Consumer Defense Code to a new legal order." (CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24).

18. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 476.

or continue with it, in which case, he/she will not benefit from a favorable decision possibly rendered in the collective claim.

The interests and rights that collective protection allow (diffuse, collective, and homogenous individual ones) are specified in Article 81 of the CDC. Diffuse rights are understood to mean those that are unavailable/non-disposable in nature (that do not allow negotiation), with indivisible purposes, and whose holders are undefined persons related by factual circumstances, such as people who reside in the same place who have been exposed to the same risk or abusive practice. Collective rights, for their part, are likewise non-negotiable and have an indivisible purpose, but they refer to a group, category, or class of people related to one another or to an opposing party through a basic legal relationship. Brazilian scholars state the following about such rights:

That is why it is said that diffuse and collective rights or interests are neither public nor private; they belong at the same time to everyone and to no one; they refer to the values of the community as a whole, values not to be confused with those of each person.¹⁹

Decisions rendered in collective claims generate *erga omnes* (towards all) effects when they refer to diffuse rights, precisely because of the indivisible, trans-individual nature of those rights. In the case of collective rights, decisions generate *ultra partes* effects, given that they will be limited to the group, category, or class to whom they refer. In both scenarios, if the claim is dismissed due to insufficient evidence, another party with standing may file a new lawsuit on the same grounds, at which time other evidence may be introduced seeking to prove the claim. Note that, if pecuniary damages are awarded against a supplier, the compensation will be reverted into a fund managed by the Public Prosecutor's Office and community representatives, in accordance with Law 7347/1985 (Public Civil Action Law).

Finally, the CDC created a new category of collective rights, called homogenous individual rights, understood as resulting from a common origin. The holders of these rights (which are negotiable) consist of specific persons, such that justification for legal treatment in collective form resides in the common origin, which may be factual (the same consumer accident that affects dozens of victims, for example), or legal (like a given abusive practice engaged in by a company with all its consumers). Decisions handed down in collective claims that seek to protect homogenous individual rights generate *erga omnes* effects only if the claim is founded, as a way of benefiting all the

19. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 397.

victims and their successors. However, the decision will always be generic, since it will only define the supplier's liability for the damage caused. It will be up to each of the injured consumers to initiate the liquidation and enforcement phases to receive compensation owed to them (Article 95 of the CDC).

3. Conclusion

The effectiveness of rights and guarantees granted to consumers by the CDC assumes their enactment through administrative bodies and the judiciary system, to the extent in which consumer protection in court, either individually or collectively, consists of assuring the realization of a material right and the rules provided for by the legislator. Nonetheless, the STJ's position regarding the guarantees and principles set forth in the CDC is that the application of rules (which are outright protectionist) shall not condone exaggerated consumer protection, in order not to hinder the consumer market's operation:

The CDC's starting point is an affirmation of the Principle of Consumer Vulnerability, a mechanism aimed at guaranteeing formal/material equality to persons in a legal consumer relationship, which does not mean condoning exaggerations that, without real utility, hinder technological progress, the circulation of consumer goods, and the actual lucrativeness of business.²⁰

From a retrospective standpoint, in the 25 years following the promulgation of the CDC, one may conclude that suppliers truly have been adapting to a new protectionist reality of the Brazilian legal system. In particular, suppliers have to observe the new procedural guarantees that now regulate claims and undoubtedly influence their practical outcome, and the success of the activities engaged by suppliers on the consumer market in which they operate.

20. Special Appeal 586.316/MG, ruled by the Second Chamber of the Superior Court of Appeals, on 4/17/2007, Reporting Justice Herman Benjamin.

ARBITRATION FOR CONSUMER RELATIONS

LUCIANA GOULART PENTEADO AND
BRUNA MONIQUE VACCARELLI

Area of Law: Arbitration. Consumer Law.

Abstract: The purpose of this paper is to provide a summary approach to the viability of arbitration within consumer relations, specifically as it relates to adhesion contract. Our analysis intends to explain recent jurisprudence and doctrinal developments on the subject, as well as discuss considerations regarding the benefits that could be achieved using this alternative conflict resolution alternative within consumer relations.

Keywords: Arbitration – Consumer Relations – Consumer Law – Adhesion Contract.

SUMMARY: 1. Brief overview of arbitration in Brazil – 2. Considerations regarding the use of arbitration in consumer relations – 3. Final consideration.

1. Brief overview of arbitration in Brazil.

In current times, government jurisdiction is exercised to resolve controversies inherent to daily societal life.

Inevitably, the growing number of lawsuits, tied to the significant increase in size of the consumer market, has led to a slowdown in decisions being made on these suits, thereby profoundly delaying the intended exercise of rights sought.

In light of this fact, the courts are often shown to be inefficient for resolving conflicts arising from consumer relations.

Given this increase in the number of lawsuits, especially over the past few years, alternatives have become increasingly viable, as a means of responding to the latent demand and to achieve the fundamental goal of arriving at satisfaction of the parties' interests.

Therefore, it is within this context that discussions began regarding alternative conflict resolution means, or as doctrine calls it, jurisdictional equivalents. Modern times call for it, since we are wrapped up in a culture that has been predominantly litigious, we are experiencing these changes to jurisdictional effectiveness, and we are prioritizing consensual means of conflict resolution. Among many noteworthy mechanisms for resolving controversies, we have arbitration.

Regulated by Law n. 9.307/96, arbitration is an extrajudicial method, through which one or more arbitrators, chosen by the parties, will decide upon a specific dispute necessarily involving available asset rights, and both parties must be fully capable of undertaking arbitration.

Please note that any arbitration decision will result in a private convention, which is why one of the foundational principles of this conflict resolution method is the free will and autonomy of the parties.

In accordance with article 3 of Law n. 9.307/96, the arbitration convention is *genus*, while the arbitration commitment and arbitration clause act as the *species*.

Within the arbitration commitment, in an agreement of wills, the parties renounce state jurisdiction and agree to submit to the decision of a third party (called the arbitrator), which will resolve on the issues pending between them.

On the other hand, an arbitration clause is the convention through which the parties, contractually agree to submit to arbitration any litigation that may possibly take place in the future.

When the Arbitration Law was promulgated, there was a great deal of discussion regarding its applicability to consumer relations, mainly as it related to the precautions to be taken to avoid violating the rights of a party who in theory is the vulnerable one in the relationship, in this case, the consumer.

We will now analyze this institution from a consumerist perspective.

2. Considerations regarding the use of arbitration in consumer relations.

As already noted, arbitration is legitimized by the principle of autonomous and free will, and therefore, it cannot be imposed upon a party. This is the

premise upon which most doctrine resisted its applicability on consumer relations, mainly as it pertains to adhesion contracts.

At first blush, the Consumer Defense Code (“CDC”), leads us to believe that there can be no arbitration in consumer relations, given the provision supplied in article 51, VII, which expressly states:

“Contractual clauses relative to the supply of products and services are fully nullified, among others, which:

VII – order the compulsory use of arbitration”.

However, before prematurely rejecting the institution of this alternative method of conflict resolution, which – as stated elsewhere – has been effective, we must analyze the legal grounds upon which it is based, especially, based upon criteria of justice, proportionality and reasonability.

Obviously, the legislator intended to prevent the compulsory use of arbitration, especially as it pertains to adhesion contracts, to keep arbitration clauses from becoming so common, and thus indiscriminately tipping the scales to the exclusive interests of the supplier.

We know that adhesion contracts, generally used for the public at large, are generally those in which clauses are unilateral, and uniformly prepared in advance by the supplier, and that approval by the consumer is given in blocks, and there is no possibility to discuss or modify the content of the contract.

But if adhesion contracts discuss available rights, why couldn't they be subject to the institution of arbitration?

To that end, the Arbitration Law itself, more precisely article 4, § 2, authorizes the insertion of a commitment clause into the adhesion contract, provided that the adherent takes the initiative to start arbitration or expressly agrees to its institution, in writing in an attached document or bolded, with a signature or approval made especially for this specific clause.

In order to corroborate the feasibility of the institution of arbitration within consumer relations, in March of 2017, the Fourth Bench of the Superior Court of Appeals recognized the validity of the arbitration commitment clause contained in an adhesion contract¹.

1. Superior Court appeal n. 1.189.050 – SP (2010/0062200-4), heard before the 4th bench of the Appeals Court on 03/14/2016, Rapporteur Minister Luís Felipe Salomão.

Minister Luís Felipe Salomão stressed that the CDC is not opposed to the institution of arbitration, to the contrary, it encourages the creation of alternative means of conflict resolution, as long as they are not imposed by the supplier.

These judgement guidelines adopted by the Superior Court of Appeals seeks concordance between rules, the Arbitration Law and the CDC, for the purpose of finding the fastest way to conflict resolution. So, on the one side, the decision taken confers maximum effectiveness to the rule, and at the same time, protects the interests of the weaker party.

Wisely, Min. Luís Felipe Salomão stated, “In fact, with the goal of bringing norms into line with one another and to insure greater consumer protection, the understanding is that the commitment clause will only be effective if the adherent takes the initiative to institute arbitration, or expressly agrees to its institution, thus there could be nothing compulsory about it. That is, the commitment clause already established in the adhesion contract will only be considered effective if the promisee/consumer takes the initiative to invoke arbitration, or if after its institution, to later ratify their intention to elect arbitration once actual litigation is underway.”

We see that the CDC itself, more precisely in its article 4, V, upon discussing the National Consumer Relations Policy, incentivizes the creation of alternative consumer conflict resolution mechanisms, which contribute to the understanding that these methods seek to provide an effective solution to any cases filed, and consequently, relieve the courts of their heavy burden of consumer related lawsuits.

On this subject, Minister Nancy Andrighi, in her work on “Arbitration on Consumer Relations”, overwhelmingly affirms that, “The consumerist lawmaker, inspired by the principle of protecting the vulnerable, decided it was harmful to the consumer to contractually agree to arbitration, because this lawmaker believed that, commonly, at the time a contract was entered into, a consumer lacked sufficient information to be capable of freely and consciously opting to adopt arbitration as a means for resolving future consumer conflicts. Therefore, advance and compulsory arbitration was forbidden at the time the contract was enacted. However, it is possible that at a later time, once a conflict is already underway, there may be consensus between the consumer and the supplier to make use of an arbitration proceeding.”²

2. NANCY ANDRIGHI, Fátima. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Found at <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf>>. Accessed on 06/29/2017.

Thus, we see that the institution of arbitration within labor relations must be analyzed on a case by case basis. If a commitment clause is contained in the adhesion contract, its validity will depend upon an express statement of consent from the consumer, or whomever takes the initiative to opt for arbitration.

Along these same lines, Professor Selma Ferreira Lemes has this to say, “The legislator does not impede the possibility of controversies being settled by arbitration within adhesion contracts, through commitment clauses, which are in line with modern procedural trends, which are growing in popularity all over the world; however, the efficacy of such clause is subject to an effective manifestation of will by the adherent, and their protection must be safeguarded as the more vulnerable party. The adherent must expressly and consciously opt for arbitration. Thus, whatever manner of arbitration clause in adhesion contracts, once legal formalities are met, it will be valid and effective.”³

In conclusion, consumer arbitration finds no legal obstacle to its institution. In fact, the CDC itself through its National Consumer Relations Policy, suggests the creation of alternative controversy resolution mechanisms.

3. Final Considerations.

The practicality of arbitration in consumer relations goes far beyond a systematic analysis of the existing legal framework, Arbitration Law and CDC.

Despite the legislator’s primary concern – to keep a supplier from obtaining an economic advantage by imposing the solution of controversy through arbitration – is not enough to disqualify the need to expand alternative means for resolving conflicts, which is to the benefit of the consumer itself.

The legislator’s intention to insure that arbitration would only be undertaken with the consent or upon the choice of the consumer, was specifically to protect said consumer, thus avoiding any possible abuses committed to the detriment of the adherent.

As such, the supplier should demonstrate that it will not impose compulsory arbitration and that the adherent itself had taken interest in seeing the conflict resolved via arbitration.

Obviously, in order for the institution of arbitration in consumer relations to be considered effective, certain operational conditions must be met. Use

3. LEMES, Selma M. Ferreira. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

thereof cannot become an obstacle to the vulnerable party, a failure to protect the consumer would do a disservice to the institution.

Ease of access and guaranteed quality arbitration institutions are necessary for this operation to be successful. After all, the quest for quality consumer relations and for conflicts to be resolved in a simple, effective and impartial manner, reflect the needs of modern society.

Therefore, provided that it is consumer-initiated, or that the consumer expressly agrees to its institution, and obviously, through an organizational structure that supports the mechanism, arbitration within consumer relations may end up being an efficient method for achieving intended rights, in addition to significantly reducing the number of lawsuits currently underway.

The intention of arbitration is specifically that of bringing justice to society, by resolving controversies in a just and fruitful manner.

In conclusion, there can be no doubt that consumer arbitration, if properly organized, structured and adopted to the particulars of conflicts surrounding labor relations, could become a victorious reality in Brazil.