

ALESSANDRO FUENTES VENTURINI

**BANCO DE DADOS E CADASTROS DE
CONSUMIDORES**

MESTRANDO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC-SP

SÃO PAULO - 2001

ALESSANDRO FUENTES VENTURINI

**BANCO DE DADOS E CADASTRO DE
CONSUMIDORES**

Monografia apresentada ao Professor Titular do curso de pós graduação em “Direito das Relações Sociais”, sub-área de “Direito Difusos e Coletivos”, disciplina “Práticas Comerciais - Sanções Administrativas - Infrações Penais - Direito das Relações de Consumo IV”, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em “Direito Difusos e Coletivos”.

SÃO PAULO - 2001

E para se chegar, onde quer que seja, aprendi que não é preciso dominar a força, mas a razão. É preciso, antes de mais nada, querer.

(Amyr Klink)

*À “Vó Maria”, pelo imenso
carinho que sempre dedicou e
dedica à todos os seus netos,
e agora também ao seu
bisneto...*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
	--
1. A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.....	05
1.1. O PROCESSO CIVILIZATÓRIO.....	05
1.2. A ESPECIALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS.....	12
1.3. A MODERNA SOCIEDADE DE CONSUMO.....	15
1.4. A RELAÇÃO ENTRE O <i>MARKETING</i> E O CRÉDITO COM OS ARQUIVOS DE CONSUMO.....	-- 17
1.4.1. O <i>MARKETING</i> E OS CADASTROS DE CONSUMIDORES.....	19
1.4.2. O CRÉDITO E OS BANCOS DE DADOS.....	24
	--
2. ARQUIVOS DE CONSUMO.....	27
2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	28
2.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	33
2.2.1. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	36
2.2.2. PRINCÍPIO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL.....	38
2.2.3. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES NA RELAÇÃO DE CONSUMO - BOA-FÉ.....	-- 39
2.2.4. PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E INFORMAÇÃO.....	40
2.2.5. PRINCÍPIO DA QUALIDADE.....	42
2.2.6. PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO DE ABUSOS.....	43
2.2.7. PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO E MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	-- 45
2.3. OS ARQUIVOS DE CONSUMO.....	48
2.3.1. O ACESSO PLENO AS INFORMAÇÕES.....	49

2.3.2. O TEOR DAS INFORMAÇÕES.....	50
2.3.3. A VIDA ÚTIL DAS INFORMAÇÕES.....	51
2.3.4. A COMUNICAÇÃO PRÉVIA E EFICAZ.....	52
2.3.5. A RETIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO.....	53
2.3.6. A PENDÊNCIA DE LIDE.....	54
2.4. BANCO DE DADOS.....	56
2.5. OS CADASTROS DE CONSUMIDORES.....	62
	--
3. DAS OUTRAS MODALIDADES DE ARQUIVOS DE CONSUMO.....	66
3.1. CADASTRO DE FORNECEDORES.....	66
3.2. ARQUIVOS PROIBIDOS.....	68
	--
4. FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	71
4.1. TUTELA PREVENTIVA.....	71
4.1.1. FERRAMENTAS PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA PREVENTIVA.....	-- 75
4.1.1.1. <i>HABEAS DATA</i>	75
4.1.1.2. A TUTELA INIBITÓRIA.....	78
4.1.1.3. A TUTELA ANTECIPADA.....	79
4.1.1.4. O AGRAVO DE INSTRUMENTO.....	81
4.2. TUTELA REPARATÓRIA.....	84
4.2.1. DANO DECORRENTE DOS BANCOS DE DADOS.....	89
4.2.2. DANO DECORRENTE DOS CADASTROS DE CONSUMIDORES....	91
	--
5. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.....	95
	--
6. RESPONSABILIDADE CRIMINAL.....	98
6.1. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA.....	99
6.2. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	101

6.3. OS TIPOS PENAIIS.....	103
6.4. A LEI N.º 9.099/95.....	106
	--
7. CONCLUSÃO.....	107
	--
BIBLIOGRAFIA.....	111

INTRODUÇÃO

Como muito bem destacou Francesco Carnelutti¹, “...a ciência do direito nascida e crescida na biblioteca está condenada à anemia, para não dizer à tuberculose. O remédio não é outro senão a reencarnação dos conceitos com as imagens da realidade.”

Esta afirmação de Carnelutti poderá sempre estar em dia, na medida que revela a necessidade do estudo do direito face a realidade sócio-econômica da sociedade, que aliada a incrível velocidade de transformação, principalmente com o implemento da informática, traz grandes e notáveis conseqüências em todas as áreas, dentre as quais destacamos a relação de consumo em massa.

O ser humano precisa consumir, quer por necessidade, quer por felicidade ou até mesmo por compulsão, porém para agilizar, tornar mais rápida e mais segura a relação de consumo, surgem ferramentas que nem sempre respeitam direitos básicos do consumidor, e neste campo temos os **arquivos de consumo**, divididos em **bancos de dados**, objetivando excluir em tese o consumidor mal pagador da relação de consumo, e os **cadastros de**

¹ *Metodologia do Direito*, p. 81;

consumidores, ferramenta imprescindível ao *marketing* que tem por finalidade armazenar informações do consumidor para, de um modo geral, traçar estratégias.

Na presente monografia procuramos abordar a relação entre os arquivos de consumo e os elementos facilitadores do consumo, com uma abordagem ainda sobre os **arquivos estatais** e os **arquivos proibidos**, pois é notório o fato que a informática facilita e agiliza a troca de informações, porém estas acabam por desrespeitar a intimidade e a privacidade do ser humano, violando princípios consagrado pela chamada Constituição Cidadã.

Apresentação e ordem de exposição

Num primeiro momento esboçamos, *an passan*, o processo evolutivo do homem ressaltando os principais pontos de cada revolução do modelo proposto por Darcy Ribeiro, até uma breve análise da sociedade moderna (sociedade de consumo em massa). Tais revoluções ao longo do tempo sempre tiveram a produção como fato gerador de cada transformação.

Ao abordar o tema de arquivos de consumo, não poderíamos deixar de buscar a

fundamentação constitucional no capítulo da comunicação social, na medida que os arquivos armazenam informações. Buscamos ainda uma abordagem sobre a óptica do Código de Defesa do Consumidor, abordando o rol de direitos e ferramentas que tutelam a relação de consumo, finalizando com o estudo da responsabilidade administrativa e responsabilidade criminal.

Os limites do trabalho

Trata-se contudo, de um tema em profunda evolução, como bem ressalta o doutrinador Português Fernando Pessoa Jorge², *“Não só há, em cada época, reacções diversas para os diversos comportamentos que a ordem jurídica desaprova, como a intensidade dessas reacções vai variando com a evolução social;”*

Por esse motivo buscamos mostrar uma nova tendência em sede de relação de consumo, sobretudo relacionada ao tema arquivos de consumo, levando-se em consideração os fatos, princípios, normas e julgados que de qualquer maneira, relacionavam-se diretamente com os bancos de dados e

² *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 61;

cadastros de consumidores, sem deixar contudo de analisar o tema sobre a ótica Constitucional, tendo como uma de suas ferramentas principais, o Código de Defesa do Consumidor.

1. A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Antes de iniciarmos a abordagem específica do tema **banco de dados e cadastro de**

consumidores, é fundamental e necessária uma análise, ainda que muito superficial, sobre a nossa moderna sociedade de consumo em massa, objetivando principalmente entendermos como chegamos até a presente sociedade, destacando elementos interessantes relacionados ao tema nessa monografia abordado.

Por esse motivo, traçamos um breve resumo do **processo civilizatório**, e escolhemos dentre vários modelos existentes, o modelo de Darcy Ribeiro³, inesquecível antropólogo que acrescentou e continua a acrescentar ensinamentos de útil grandeza a ciência do direito.

1.1. O PROCESSO CIVILIZATÓRIO

O processo civilizatório do homem é iniciado através da **revolução agrícola**, há aproximadamente 10.000 anos, até então o número de integrantes de um grupo era limitado pela capacidade de produção de alimentos, sistema esse que permaneceu por mais de meio milhão de anos. Com o desenvolvimento da agricultura e pastoreio, através da referida **revolução agrícola**, surgem as *Aldeias Agrícolas Indiferenciadas* e as *Hordas Pastoris Nômades*, com uma pequena explosão demográfica,

³ *O Processo Civilizatório*. 11ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1997;

pois a produção de alimentos propiciou o crescimento populacional e desencadeou o processo civilizatório.

Sucedendo a essa primeira revolução, a chamada **revolução urbana**, finalizando o período denominado das **sociedades arcaicas**, ocorrida há aproximadamente 7.000 anos como uma consequência lógica e imediata à produção de alimentos através da agricultura e pastoreio, pois o homem foi forçado a se estabelecer e formar uma unidade étnica e política, os chamados *Estados Rurais Artesanais* e as *Chefias Pastorais Nômades*, surgindo a partir dessa fixação as classes econômicas, divididas em urbanas e rurais, dando origem a um tímido modelo de Estado.

Com a **revolução regadio**, ocorrida há cerca de 3.000 anos, inicia-se o período das **civilizações regionais**, o homem desenvolveu técnicas de irrigação, desencadeando o surgimento dos *Impérios Teocráticos de Regadio*, onde a autoridade dos deuses era exercida pelos seus representantes na Terra, resultando na solidificação do então modelo tímido de Estado, passando a um modelo totalmente soberano ao lado da religião, monopolizando as atividades produtivas e comerciais.

A partir de então, o homem lança-se além de seus limites territoriais motivado sobretudo pela **revolução metalúrgica**, há aproximadamente 2.000 anos, época em

que se desenvolve e se domina técnicas de manuseio com metais, propiciando além do poderio bélico, uma classe denominada *ergasterions*, destinadas a manufatura dos estaleiros, serrarias, olarias, etc.; classe esta constituídas exclusivamente pelos escravos recrutados pelas guerras surgidas pela expansão territorial, constituindo essa revolução os chamados *Impérios Mercantis Escravistas*.

Ainda durante esse período da **revolução metalúrgica**, a elite que controla os *ergasterions* têm os poderes do Estado ao seu dispor, porém a Igreja Católica paulatinamente vai monopolizando e minando a vida econômica e força a sociedade a mergulhar no feudalismo, com uma política imposta de misericórdia, causando a chamada regressão feudal, período sem grandes descobertas ou avanços.

Somente a **revolução pastoril**, que ocorreu há 800 anos, tem a capacidade de romper o feudalismo. O comércio praticado entre os feudos cresce de maneira inesperada, ganhando força econômica e política ao lado da Igreja, dando origem aos *Impérios Despóticos Salvacionistas*, exercendo um poder totalmente absoluto e arbitrário, época em que o homem lança-se ao mar objetivando salvar as almas pagãs através de uma fúria sagrada, ocultam o seu maior interesse, o econômico, através da expansão territorial.

Com a busca pela expansão territorial, o homem termina por ensejar a **revolução mercantil**, há aproximadamente 500 anos, iniciando um novo período denominado **civilizações mundiais**, onde os *Impérios Mercantis Salvacionistas* reestruturaram todo o sistema mercantil europeu amadurecendo a formação do capitalismo moderno, forçando contingentes rurais, antes estruturas comunitárias, a converterem-se em mão-de-obra.

Importante destacar os ensinamentos de Darcy Ribeiro⁴, citando obra de Karl Marx, eis que revela importante mudança que influencia a nossa moderna sociedade, senão vejamos: *“Quando os grandes latifundiários Ingleses eliminaram seus retainers (agregados) que consumiam parcelas da produção excedente de suas terras; quando seus arrendatários expulsaram os pequenos camponeses etc., uma massa duplamente livre de mão-de-obra foi lançada ao mercado de trabalho: livre das antigas relações de clientela, de servidão ou de prestação de serviços; mas livre, também, de todos os bens e de toda forma de existência prática objetiva, livre de toda propriedade. Tal massa ficara reduzida à alternativa de vender sua capacidade de trabalho, à mendicância, à vagabundagem ou ao roubo como única fonte de renda. A história registra que ela primeiro tentou a mendicância, a vagabundagem e a delinqüência, mas que se viu afastada desse caminho e foi empurrada,*

⁴ *Ibidem*, p. 177;

a seguir, à estreita senda que levava ao mercado de trabalho, por meio do patíbulo, do cepo e do chicote.”

A mais importante e marcante revolução para a sociedade moderna de consumo em massa, é sem dúvida a **revolução industrial**, que eclodiu há aproximadamente 200 anos, donde distinguem-se dois grupos distintos, os núcleos reitores (dominantes) e as neocolônias (dependentes). A produção em série, mais rápida e diversificada, necessita da formação de uma massa de consumo, e alguns elementos são criados para agilizar o consumo em massa, dos quais destacamos o *marketing* e o **crédito**.

Assim como preleciona Maria Antonieta Zanardo Donato⁵, ao abordar o consumo a partir da **revolução industrial**, tendo como foco principal a produção em série, destaca que: *“Esse processo gerou, como esperado, uma concorrência acentuada entre os produtores, levando-os a desenvolver novas técnicas de vendas vislumbrados pela demonstração das qualidades e benefícios que os consumidores teriam ao adquirir o ‘seu’ produto (em detrimento do produto do concorrente), induzindo-os a comprar. Surge a partir de então, o aprimoramento do marketing.”*; conclui que: *“Como resultado ou complemento desses dois processos - produtivo e mercadológico - fez-se necessário o desenvolvimento de*

⁵ *Proteção ao consumidor - Conceito e Extensão*. São Paulo: RT, 1993, p. 16;

novas formas de crédito, a fim de que o consumidor pudesse mais fácil e rapidamente adquirir produtos.” (grifo nosso!)

Os dois elementos acima destacados, o **marketing** e o **crédito**, aliados à sociedade que passa a ter como principal característica a rapidez na comunicação, portanto na troca de **informação**, com influência direta e conseqüências imediatas nos campos da tecnologia, economia, sociologia e política, gerando a chamada globalização, é uma das principais características do sociedade moderna de consumo, diferentemente do modelo previsto pelo antropólogo Darcy Ribeiro, a denominada **revolução termonuclear**, pois deve-se considerar que a referida obra foi escrita na década de 70 e 80, e notamos que o caminho então esperado pelo antropólogo mudou seu rumo para uma nova tecnologia, a **informática**.

Poderíamos assim dizer, tal como Giovanni Giovannini, citado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁶, que: “...*após a era agrícola e a industrial, estamos entrando na ‘era da informação’.*”, ou ainda tal como preleciona Ana Lucia Bartas Ferreira de Barros⁷, “*A sociedade contemporânea, globalizada, funda-se principalmente na informação, tanto que esta também é*

⁶ *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59;

⁷ *Arquivos Privados de Consumo e o Artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor*. Monografia de Especialização. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000, p. 14;

chamada de ‘sociedade de informação’ ou ‘sociedade do conhecimento’.”

Notamos portanto que em todas as revoluções estudadas, verifica-se sempre que o fato gerador que a propiciou está intimamente ligado ao capitalismo moderno, através da **produção**, que foi vital para possibilitar a reestruturação de cada era, e por outro lado, **produção** está intimamente ligada ao **consumo**.

Karl Marx⁸ nos ensina que:

“Sem produção não há consumo, mas sem consumo tampouco há produção.”, complementa tal afirmação dizendo que o consumo produz uma dupla maneira de produção, e, destacamos a segunda maneira, senão vejamos: *“...o consumo cria a necessidade de uma nova produção, ou seja, o fundamento ideal, que move internamente a produção, e que é sua pressuposição. O consumo cria o impulso da produção; cria também o objeto que atua na produção como determinante da finalidade. Se é claro que a produção oferece o objeto do consumo em sua forma exterior, não é menos claro que o consumo põe idealmente o objeto da produção, como imagem interior, como necessidade, como impulso e como fim. O consumo cria os objetos da produção de uma forma ainda mais subjetiva. Sem*

⁸ *Os Pensadores. Marx. Para a crítica da economia política.* São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 32;

necessidade não há produção. Mas o consumo reproduz a necessidade.”

Era portanto uma tendência natural de todos os povos, e até mesmo uma questão de tempo, chegar-se ao estágio atual da **sociedade de consumo**, o que não ocorreu em algumas civilizações isoladas simplesmente por fatores externos, tais como guerras, invasões, posicionamento geográfico, religião, etc.

1.2. A ESPECIALIZAÇÃO DOS OFÍCIOS

As revoluções ocorrem sucessivamente e em um menor intervalo de tempo como resultado do desenvolvimento imposto por cada revolução, cada vez mais há uma especialização dos ofícios, e na medida que o homem se especializa em determinada tarefa, torna-se dependente em outra, criando assim a necessidade de adquirir produtos ou serviços cuja a aptidão ou processo para produzir ou executar, lhe falta.

Isso é fácil de notar no estágio atual de nossa sociedade, por exemplo nós operadores de direito necessitamos de alimentação, atendimento médico, transporte, etc., bem como cada um dos indivíduos que compõe essas outras

classes, também necessitam de outros produtos ou serviços, porém somos incapazes de produzi-los ou executá-los, daí uma primeira e **real necessidade de consumo**, aquela que garanta o chamado **piso vital mínimo**.

Tal expressão, **piso vital mínimo**, assim como nos ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁹, é a própria **dignidade da pessoa humana** representada pelo acesso ao rol de direitos sociais previstos no artigo 6º, da Constituição Federal, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados. Por outro lado, Luiz Antonio Rizzato Nunes¹⁰, diante a dificuldade de fixar o sentido de dignidade, o que não implica que esta possa ser violada, afirma que a **dignidade da pessoa humana** “...*é um valor já preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa.*”

Na sociedade moderna de consumo os produtos e serviços são fornecidos ao indivíduo consumidor pelos grandes fornecedores, oriundos da concentração das sociedades comerciais que originaram os monopólios e oligopólios¹¹,

⁹ *Ibidem*, p. 24;

¹⁰ *Comentários ao Código de defesa do Consumidor - Direito Material*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17;

¹¹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Ibidem*, p. 17;

deixando então de serem representados, via de regra, por pessoas físicas ou pequenos comerciantes que propiciavam antes mesmo da relação de consumo, uma relação pessoal.

Evidente que diante desta relação de consumo há um total desequilíbrio, daí a necessidade do reconhecimento da desigualdade entre o consumidor e o fornecedor consagrado através do **princípio da vulnerabilidade do consumidor**, previsto no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que será melhor abordado adiante.

1.3. A MODERNA SOCIEDADE DE CONSUMO

Até o século XIX, o homem, como demonstra a filosofia¹², preocupava-se muito mais com o que era infinito, comportamento que tem influência sobretudo pelas religiões messiânicas (cristianismo), impondo a política de salvação de sua alma pois o homem vive exclusivamente para a salvação, recebendo o perdão e chegando ao reino dos céus ou paraíso.

Porém no século XX, as questões relacionadas ao infinito são deixadas de lado, deixa de existir aquela preocupação com a salvação de sua alma, e o homem, “*um ser*

¹² CHAUI, Marilena. *Convite a filosofia*. 7ª edição. São Paulo: Ática, 2000, p. 52 e 53;

para morte”, passa a se preocupar com o finito, portanto, com a sua própria vida.

Este homem deixa de buscar a salvação de sua alma, e passa a buscar a felicidade em sua própria vida, e além de consumir os produtos e serviços que lhe garantam o chamado **piso vital mínimo**, ele passa a consumir produtos e serviços que lhe tragam um estado de felicidade, ainda que falso, oriundo de uma necessidade ou de um desejo criados principalmente através do *marketing*, e assim o homem deixa literalmente de frequentar a Igreja e vai frequentar o *shopping center*.

Importante ressaltar porém, que vivemos num país onde mais de 50 milhões de pessoas têm rendimento inferior a R\$ 80,00 (oitenta reais), o que representa menos de 50% do salário mínimo vigente no país, salário este que não atende de maneira nenhuma o acesso ao **piso vital mínimo**, tão pouco é suficiente para garantir alimentação; vivem portanto, sem sermos alarmistas mas sim realistas, num total estado de miséria, e ainda assim são influenciados pela mídia consuméristas, criando uma expectativa e um desejo de consumo de produtos e serviços que jamais irão alcançar.

Na visão do *marketing*, como nos ensina Philip Kotler¹³, o produto (em sentido *latu* - produto e serviço), “...é tudo aquilo capaz de satisfazer a um desejo. Representa um sentimento de carência em uma pessoa que produz um desconforto e um desejo de agir para aliviá-lo. O desejo coloca a pessoa num estado ativo e lhe dá direção. A pessoa perceberá certas coisas exteriores a si própria que poderiam satisfazer seu desejo e que poderiam ser chamadas de produtos. Passam a ter valor para o indivíduo por causa de sua condição de satisfazer aos seus desejos.”

Tal como preleciona J. M. Othon Sidou¹⁴, “Na era cibernética, geratriz de facilidades, o comércio econômico deixou de abrigar apenas as carências imediatas do indivíduo para contingenciar, à larga, os desejos mediatos mesmo supérfluo, impulsionados por fenômenos mais sensoriais que naturais. Adquiri deixou de ser apenas necessidade para constituir status.”; porém consumo não é só um estado de felicidade, mas sim uma necessidade para própria sobrevivência do homem, pois este tornou-se totalmente dependente de produtos e serviços essenciais a sua vida a fim de garantir-lhe uma existência digna, mas nem sempre alcançada.

¹³ *Marketing*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 31;

¹⁴ *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 05;

1.4. A RELAÇÃO ENTRE O *MARKETING* E O CRÉDITO COM OS ARQUIVOS DE CONSUMO

Sem dúvida o *marketing* e o crédito são elementos incentivadores e facilitadores do consumo, tal como menciona Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin¹⁵, “A *sociedade de consumo tem quatro características básicas: o ‘anonimato’ de seus autores, a complexidade de seus bens, o papel essencial do marketing e do crédito, e também a velocidade de suas transações.*” (grifo nosso!)

Assim, tanto o *marketing* como o **crédito** estão ligados intrinsecamente ao tema abordado na presente monografia, os **arquivos de consumo**, na medida que o *marketing* tem ligação intrínseca com os **cadastros de consumidores**, e por outro lado, o **crédito** tem ligação intrínseca com os **bancos de dados de consumidores**.

A velocidade da troca de informações desenvolvida pela informática, é a principal característica da nossa sociedade moderna de consumo, e aliada ao *marketing* e ao **crédito**, termina por desencadear uma velocidade impressionante na

¹⁵ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 327;

aquisição de produtos e serviços, servindo os dois elementos, como verdadeiros instrumentos facilitadores.

1.4.1. O MARKETING E OS CADASTROS DE CONSUMIDORES

Para Alexandra Luzzi Las Casas¹⁶, o *marketing* pode ser conceituado como: “A Área do conhecimento que engloba todas as atividades concernentes às relações de troca, orientadas para a satisfação dos desejos e necessidades os consumidores, visando alcançar determinados objetivos da organização ou indivíduo e considerando sempre o meio ambiente de atuação e o impacto que estas relações causam no bem-estar da sociedade.”

Já Philip Kotler¹⁷ conceitua *marketing* “...como uma orientação da administração baseada no entendimento de que a tarefa primordial da organização é determinar

¹⁶ *Marketing de Serviços*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 12;

¹⁷ *Ibidem*, p. 42;

as necessidades, desejos e valores de um mercado visado e adaptar a organização para promover as satisfações desejadas de forma mais efetiva e eficiente que seus concorrentes.”

O *marketing* sempre esteve intrínseco e conectado ao capitalismo, pois é formado pelos elementos: produto, preço, promoção e ponto de venda, podendo ainda ser definido como o conjunto de estratégias e idéias que visa o lançamento e a sustentação de produto e serviço no mercado, o que já era praticado há muito, tal como leciona Fernando Gherardini Santos¹⁸, “*Em um estágio primitivo, a fim de facilitar as trocas, foi-se convencionado, através da História, um determinado local onde homens e mulheres reuniam-se para, entre outras coisas, realizar as trocas, local este posteriormente denominado de mercado, reconhecido por todos como um ambiente destinado à realização destas trocas propriamente ditas.*”

Remonta à civilização Asteca um mercado, chamado de *Tlatelolco*¹⁹, que impressionou os conquistadores espanhóis não só pela sua grandeza e variedade de produtos e serviços colocados à disposição dos então “consumidores”, mas também pela organização, eis que o mesmo contava com uma

¹⁸ *Direito do Marketing*. São Paulo: RT, 2000, p. 18;

¹⁹ *Revista Horizonte Geográfico*, n.º 74. São Paulo: Audichromo Editora, 2000, p. 52;

sala de audiência com 12 juizes para dirimir litígios na mesma hora, tudo isso em pleno séc. XIV.

Notamos portanto que o ponto central e objetivo do *marketing* é identificar as necessidades, os anseios e os desejos do homem consumidor, objetivando lançar um produto ou serviço, ou mesmo sustentá-lo no mercado, de maneira que este consumidor venha adquiri-lo, ou, nas palavras de Fernando Gherardini Santos²⁰, o *marketing* pode ser definido “...como o conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, as quais, por sua vez, visam satisfazer necessidades humanas situadas dentro de determinado momento histórico, pois, como já dito, tais necessidades variam desde as mais básicas de subsistência até aquelas ligadas ao lucro ou a meras atividades de lazer.”

Acontece que para identificar as necessidades, anseios e desejos do homem consumidor, ou mesmo para direcionar a promoção e a venda diretamente, a estratégia traçada pelo *marketing* necessita de muita informação e subsídio, principalmente em relação ao destinatário da relação, o consumidor, dentre outros fatores.

²⁰ *Ibidem*, p. 20;

Evidentemente há várias maneiras de obter tais informações necessárias, mas a que nos interessa é aquela executada através do cadastros de consumidores, informações que visam alimentar e subsidiar o *merchandising*, através da **segmentação de mercado**, “*Por esta segmentação, utilizando-se de critérios demográficos, geográficos, psicológicos, entre outros, o mercado é dividido em segmentos, buscando-se identificar as necessidades de grupos homogêneos de consumidores potenciais e supri-las por meio da criação e/ou produção de um determinado produto.*”²¹

Outro elemento dentro do *marketing*, talvez o que mais utilize as informações obtidas pelos cadastros de consumidores, é o chamado **marketing direto**, definido por Marcos Cobra²² como: “*...um sistema interativo do marketing que usa uma ou mais mídias de propaganda para obter uma resposta mensurável e/ou uma transação em qualquer localização.*”; dos tipos de mídia utilizados pelo **marketing direto** nos interessa o denominado mala direta, listagem ou *mailing list*, que é usada para o “*...desenvolvimento de campanhas, vendas ou qualquer outro objetivo. Apresenta a vantagem da possibilidade de um maior*

²¹ GHERARDINI SANTOS, Fernando. *Direito do Marketing*. São Paulo: RT, 2000, p. 34;

²² *Marketing de Serviço*. São Paulo: McGraw-Hill, 1986, p. 109;

controle, acesso mas fácil aos clientes e atenção. É um instrumento flexível e ajustável, seletivo, pessoal e altamente veloz.”²³

Ainda falando sobre a listagem, Marcos Cobra²⁴ afirma que “A listagem (*mailing list*) é a mídia na mala direta. A listagem é uma série de nomes agrupados em função de alguma característica em comum. Há normalmente duas categorias de listas: a interna e a externa. A lista interna inclui clientes, clientes potenciais, assinantes etc. A externa inclui todos os possíveis agrupamentos obtidos externamente à empresa, como lista de assinantes em revista em geral, sócios de clubes, associações, sindicatos, alunos de escolas, cursos etc.”

É bem verdade que quase sempre que o consumidor adquire um produto ou serviço, assinando uma revista, abrindo uma conta corrente em um banco, efetuando uma compra parcelada, ou qualquer outra transação, com o simples preenchimento de uma inofensiva “fichinha”, estará ele abrindo um cadastro valioso com suas informações principais, e a estas, as vezes os fornecedores incluem outras que são necessárias para alimentar o *marketing*.

²³ LAS CASAS, Alexandre Luzzi. *Ibidem*, p. 143;

²⁴ *Ibidem*, p. 113;

Atualmente, com o advento da informática, têm-se uma velocidade muito rápida na construção, troca e comercialização, e ainda, uma compactação de tais informações, os cadastros de consumidores, que podem ser gravados num simples disquete ou *cd*, propiciam o aparecimento de um mercado clandestino que cada dia cresce mais, a venda de cadastro de consumidores, porém, como bem observa Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁵, “...um tema que não foi ainda tratado no Brasil é o da comercialização de cadastros de consumidores, com ou sem sua permissão.”

Por outro lado, inobstante a linha traçada nos parágrafo anteriores, o *marketing* é sim um instrumento importante e fundamental na moderna sociedade de consumo, desde que o mesmo tenha, assim como denomina Fernando Gherardini Santos²⁶, uma função, a chamada **função social do *marketing***, tal qual estabelece a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XXIII, com a função social da propriedade, pois segundo uma nova tendência, a sua finalidade “...não é somente o aumento das vendas, mas sim a obtenção de lucros pela satisfação do cliente, formando o chamado *marketing integrado*.”; conclui reafirmando que uma boa prática de marketing, consiste na conjugação do lucro e da satisfação do consumidor.

²⁵ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 355;

1.4.2. O CRÉDITO E OS BANCOS DE DADOS

O **crédito** representa não só um produto, um bem imaterial, mas sobretudo representa a boa fama, a reputação e a fé na solvabilidade, que visa a qualificação de um suposto consumidor para aquisição de empréstimos de um modo geral, estando sempre intimamente ligados entre si, ora como produto e ora como qualificação.

Define Nelson Nery Junior²⁷, que: *“O crédito seria um bem imaterial dado ao consumidor em decorrência do conceito que goza na praça, da confiança que o banco nele deposita, em virtude, ainda, da suficiência de seu patrimônio para garantir eventual empréstimo etc.”*

Diz ainda, citando Nicole Chardin, Alain Seriaux e Jean Calais-Auloy²⁸, que: *“Sob a denominação genérica de crédito englobam-se todos os concursos financeiros, isto é, todas as operações bancárias, mais*

²⁶ *Ibidem*, p. 35;

²⁷ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 375;

²⁸ *Ibidem*, p. 375;

especificamente o crédito e a operação pela qual o banco coloca uma soma em dinheiro à disposição de outra, não importando se subordinado ou não à aquisição de bens de consumo determinado. O crédito é sempre dado intuitu personae, com base na confiança do banco no cliente, que pode ser materializado na forma de dinheiro, coisa ou serviço.”

Vale citar ainda Yussef Said Cahali²⁹, nos ensinando que o crédito: “...representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não...”; e mais, “...o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada.”

Portanto podemos definir o crédito tanto como um bem imaterial, bem como um estado caracterizador de uma provável solvibilidade de um determinado consumidor, levando-se em conta o seu histórico de consumo. A sua ligação com os bancos de dados se concretiza na medida que este tem por finalidade, objetivando impedir a concessão de **crédito**, este como

²⁹ *Dano Moral*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1998, p. 358;

bem imaterial, abalar o **crédito**, agora como qualificação do consumidor, quando este estiver inadimplente.

Assim, toda vez que por ventura o consumidor tenha uma dívida **vencida, líquida e certa**, baseada em um **título**³⁰, seu nome poderá ser negativado junto aos bancos de dados, excluindo-se então a possibilidade do mesmo adquirir crédito junto aos outros fornecedores, porém tal inclusão deverá obedecer um rigoroso rito legal.

2. ARQUIVOS DE CONSUMO

Os **bancos de dados** e os **cadastro de consumidores** são na verdade espécies do gênero **arquivos de consumo**, e de um modo geral, podemos afirmar que um arquivo é o conjunto de documentos manuscritos, gráficos, fotográficos, ou sob qualquer forma, que tem por objetivo armazenamento de dados com a finalidade de gerar **informação**.

No âmbito de relação de consumo, tais **informações** armazenadas devem, até por uma questão lógica, atender a uma finalidade mercadológica, objetivando sobretudo a harmonização dos interesses dos fornecedores e dos

³⁰ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio, *Ibidem*, p. 523;

consumidores, visando o bom funcionamento da sociedade de consumo.

Assim como nos ensina
Sandra Gebara

Boni Nobre Lacerda³¹, “*Os arquivos de consumo são essenciais para o controle da sociedade de consumo...*”, fundamenta tal afirmação na medida que “*...a relação entre fornecedores e consumidores há muito deixou de ser uma relação praticamente familiar, onde as duas partes conheciam, até mesmo, os hábitos comerciais de cada qual.*”

2.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Observa-se que os **arquivos de consumo** têm como objetivo o armazenamento de **informação** destinada à abastecer a própria sociedade de consumo, e uma vez que tais arquivos lidam especificamente com **informação**, invadimos assim a seara da **comunicação social**, necessitando portando de uma abordagem constitucional, eis que a mesma é a base de todo e qualquer ordenamento jurídico pátrio.

³¹ *Os Consumidores e os Arquivos de Consumo*. Monografia de Especialização. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999, p. 12;

Porém, como muito bem critica Nelson Nery Junior³², nem sempre o operador do direito dá a devida importância ao Direito Constitucional, pois “*Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado Democrático de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim.*”

Além de ser a base do ordenamento jurídico, motivo pelo qual sempre deverá ser utilizada como fonte, acrescenta-se ainda *in casu* que a própria defesa do consumidor, originada pela Lei n.º 8.078/90, nasceu exclusivamente da Constituição Federal, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXII, do referido diploma legal e do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Vejam os artigo 220, da Constituição Federal, que assim estabelece: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a **informação**, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição...*” (grifo nosso!)

³² *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 19;

Tal como nos ensina José Afonso da Silva³³, citando Freitas Nobre, a informação é “...o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões.”, ou ainda citando Albino Greco, “...é o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções, a do ‘direito de informar’ e a do ‘direito de ser informado’.”; em consonância com o texto constitucional que assegura como garantia fundamental, o acesso a informação, nos termos do artigo 5º, inciso XIV, do referido diploma legal.

Termina por concluir José Afonso da Silva³⁴, que a **liberdade de informação** “...compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”

A primeira parte do artigo supramencionado já transcrita, revela uma liberdade total em relação a informação divulgada sob qualquer forma, porém, logo em seguida, dentro do próprio *caput*, é imposta uma limitação que torna essa liberdade relativa, não mais absoluta, senão vejamos: “...não sofrerão

³³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 248;

³⁴ *Ibidem*, p. 249;

qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” (grifo nosso!)

Assim, a liberdade de informação estará limitada ao disposto na própria Constituição Federal, donde concluímos que tal informação jamais poderá violar os princípios, as garantias e os fundamentos estabelecidos no referido diploma legal, pois, como nos ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁵, “...só pode haver comunicação social se esta estiver adaptada à pessoa humana, especificamente em decorrência do que determina em nosso país o sistema constitucional (art. 1, II e III, da CF), no uso e gozo de suas prerrogativas fundamentais ligadas à cidadania e dignidade.”

Este limite constitucional pode ser revelado pelo disposto sobretudo no artigo 1º, inciso III, que estabelece como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, a **dignidade da pessoa humana**, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o chamado **piso mínimo normativo**, conforme estabelece o artigo 6º, ou seja, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, etc., ou seja, “*Isso significa dizer que a vedação de censura de natureza política, ideológica e artística poderá ocorrer em face de uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei Maior, tomando-se como paradigma seu artigo 1º.*”³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 55;

³⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Ibidem*, p. 66;

A liberdade da comunicação social, que é relativa, deve ser balanceada em face de outros interesses que a própria Carta Magna tutela, bastando assim a utilização do chamado **princípio da proporcionalidade**, ou *verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, “...na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatenimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito sacrificado.”³⁷

Complementa ainda Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁸, com relação aos fluxos informativos estabelecidos nos artigos 220 a 224, da Constituição Federal, que: “Referidos fluxos, embora intimamente vinculados ao desenvolvimento da tecnologia nos dias de hoje, só têm razão de ser se adaptados aos interesses da pessoa humana e da tutela do direito à vida como um todo, o que significa pôr em relevo uma visão antropocêntrica de nossa Carta Magna, destacando aquilo que Jean-Jacques Servan-Schereiber afirmava ser a essência do tema da comunicação (‘...a natureza não entra mais em jogo, não conta: a criação pertence ao espírito’).”

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Ibidem*, p. 152;

³⁸ *Ibidem*, p. 60;

Na medida que a comunicação social deve sofrer um controle imposto pelos próprios fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, deve estar adaptada a estrutura básica deste³⁹, ou seja, aplicação da norma constitucional em face da realidade, e conseqüentemente *in casu*, adaptado a realidade econômica e financeira, sobretudo o **capitalismo**, conforme prevê o artigo 170, da Constituição Federal, fundado na **valorização do trabalho humano e livre iniciativa**, objetivando assegurar a todos uma **existência digna**, tendo como princípio, em seu inciso V, a **defesa do consumidor**.

Evidentemente a liberdade de informação pode vir a violar qualquer outro princípio ou fundamento consagrado na Constituição Federal, e por esse motivo, o próprio texto constitucional já traz expressamente o regime de indenização caso haja dano moral, material ou a imagem, conforme dispõe o artigo 5º, incisos V e X, do referido diploma legal.

Encontramos assim na Constituição Federal o fundamento jurídico que autoriza a existência dos chamados **arquivos de consumo**, representados pelos **bancos de dados e cadastros de consumidores**, na medida que não impõe qualquer restrição ou censura, senão aquela decorrente do seu próprio

diploma legal, a partir de uma valoração de interesses, levando-se em conta a defesa do consumidor.

2.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a promulgação da Lei n.º 8.078/90, em consonância com o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, e artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, surge o Código de Defesa do Consumidor, instituindo um verdadeiro rol de princípios, direitos e ferramentas para tutela do consumidor nas relações de consumo.

Verificamos que a primeira parte do *Codex*, especialmente até o artigo 7º, traz uma série de princípios que por si só dispensariam todo o restante dos artigos contidos no referido código, porém estes restaram por traçar diversas condições na tentativa de pormenorizar cada detalhe que possa existir numa relação de consumo.

Essa tentativa de previsão pode trazer problemas de interpretação na medida que fatos não previsto, “em tese”, excluiriam direitos dos consumidores, o que deixa de ocorrer pois além de todos os princípio existentes nesta parte

³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Ibidem*, p. 67;

introdutória do Código de Defesa do Consumidor, que norteiam a relação de consumo, a interpretação hermenêutica estabelece que as regras que prevêm direitos devem ser interpretadas de maneira ampla, ao passo que aquelas que o diminuem, devem ser interpretadas taxativamente.

Quando se fala em princípio, interessante se torna destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva⁴⁰, afirmando que: “*Princípios, ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.*” Ou ainda citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, “...*são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.*”, pois assim, antes mesmo de tentar enquadrar qualquer fato à norma, devemos sobretudo aplicar os princípios, que são as diretrizes da norma em geral, eis que a norma é una, ao passo que o comportamento humano, os fatos, além de serem múltiplos, sofrem várias e rápidas transformações em função da evolução da economia, sociologia, política, tecnologia, enfim, da própria sociedade como um todo.

Como princípios básicos contidos no Código de Defesa do Consumidor, e norteadores das relações de consumo aplicáveis ao tema arquivos de consumo, temos todo um rol que passaremos a abordar cada um adiante

⁴⁰ *Ibidem*, p. 96;

Com efeito, todos os princípios estão subordinados à um princípio maior, na medida que “...o princípio do protecionismo inaugura o sistema da lei consumeirista. Ele decorre diretamente do texto constitucional, que estabelece a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica (inciso V do art. 170) e impõe ao estado o dever de promover tal defesa (inciso XXXII do art. 5º).”⁴¹

Cumprido destacar que o próprio *caput* do artigo 4º, do *Codex*, elenca uma série de princípios na medida que garante o respeito a dignidade do consumidor, a saúde e segurança, a proteção aos interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida e por fim a transparência e harmonia das relações consumeiristas, porém adiante passaremos a exibir o rol de princípios taxados pelos incisos do artigo 4º, do referido diploma legal.

2.2.1. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

⁴¹ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Ibidem*, p. 76;

O artigo 4º, inciso I, do *Codex*, estabelece que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo, valendo descrever a frase de Henry Ford, citada por José Geraldo Brito Filomeno⁴², “*O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.*”

Este princípio decorre do fato do fornecedor dominar as técnicas de produção ou manufatura do produto ou do serviço, técnicas estas totalmente desconhecidas pelo consumidor, aliado ainda ao fato do fornecedor estar em grandeza econômica muito superior, via de regra, à do consumidor, fatos estes que por si só originam a necessidade de eleger o consumidor vulnerável em total consonância com o princípio da igualdade, na medida que este tem por finalidade, tal como ensina Nelson Nery Junior⁴³, “*...tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.*”

Mas isoladamente tal princípio de nada vale, e por isso o legislador buscou fornecer, como de fato o fez, instrumentos que equiparem o consumidor ao

⁴² *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45;

⁴³ *Ibidem*, p 42;

fornecedor, ou ao menos propiciem tal equiparação, buscando tornar a relação mais equilibrada.

Isso se dá através da facilitação do seu acesso aos instrumento de defesa, da inversão do ônus da prova, do regime da responsabilidade objetiva, da efetiva prevenção e reparação, e demais outros direitos consagrados em virtude do presente princípio norteador.

2.2.2. PRINCÍPIO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL

Previsto no inciso II, do artigo 4º, do referido *Codex*, tal princípio deriva duas obrigações do Estado, uma primeira relativa a criação ou incentivo de criação de organizações voltadas à defesa do consumidor, quer sejam estatais ou não, tal como PROCON's (municipais ou estaduais), o IDEC, a Associação das Donas de Casada de Belo Horizonte, ADECON, etc.

Um segunda obrigação, retrata a ação efetiva e direta no mercado de consumo, e assim como

nos ensina José Geraldo Brito Filomeno⁴⁴, “*No campo da ação efetiva no mercado, cabe ainda ao Estado regulá-lo, quer mediante a assunção de faixas de produção não atingidas pela iniciativa privada, quer intervindo quando haja distorções, sem falar-se no zelo pela qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços oferecidos ao público consumidor.*”

Nesse mesmo sentido escreve Maria Angeles Parra Lucan⁴⁵, porém associando tal princípio ao princípio da informação e da educação do consumidor, senão vejamos: “*Y es que, junto al derecho a la información, que exige una actividad por parte de los profesionales, pero también de los poderes publicos y asociaciones de consumidores, es precisa también la educación del consumidor en la materia de consumo.*”

2.2.3. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES NA RELAÇÃO DE CONSUMO - BOA-FÉ

O mercado de consumo estável, equilibrado e harmônico, é interesse tanto dos consumidores

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47;

⁴⁵ *Daños por Productos y Proteccion del Consumidor*. Barcelona: J.M. Bosch, 1990, p. 118;

bem como dos fornecedores, e muito mais interessante as estes, na medida que ao capitalismo o que importa é a organização, as regras e não a bagunça ou a desordem instituída.

Essa harmonização de interesses sempre estará calcada na boa-fé, classificada como boa-fé objetiva por Luiz Antônio Rizzato Nunes⁴⁶, que assim a define, “...é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças.”

Termina por concluir, ainda falando sobre boa-fé objetiva, que esta “...funciona, então, como um modelo, um standard, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor.”

⁴⁶ *Ibidem*, p. 108;

2.2.4. PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E INFORMAÇÃO

A educação e a informação são obrigações tanto do Estado, bem como da iniciativa privada e das organizações de defesa do consumidor, pois somente o consumidor bem informado e educado poderá propiciar o amadurecimento das relações de consumo, na medida que o cidadão consumidor passa a ser mais exigente, mais consciente, exercendo assim a sua dignidade como pessoa humana aliado a sua cidadania, oriundos do inciso IV, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Este princípio se desdobra ainda em um dever de informar que tem o fornecedor ao consumidor em relação aos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, quanto ao riscos, qualidade, segurança e demais fatores que exponham em risco a incolumidade física e psíquica de qualquer consumidor ou terceiro.

Escreve Thierry Bourgoignie⁴⁷, com relação ao princípio da educação, que: *“De tous les objectifs de la politique d’aide au consommateur, l’éducation est sans doute celui Qui a le moins retenu l’attention de la doctrine. L’éducation pourtant constitue la pierre d’angle de l’édifice à construire. Elle seule peut en effet, par une conscientisation accrue*

⁴⁷ *Éléments Pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Paris: Story-Scientia, 1988, p. 133;

des consommateurs et principalement des jeunes, aux rélités de l'environnement socio-économique ainsi qu'aux contraintes et modes de consommation déterminant leur comportement, amener les citoyens à devenir les agents actifs du changement recherché.”

Continua, com relação agora ao princípio da informação⁴⁸, escrevendo que: “...l'information apparait comme l'élément indispensable de tout programme visant à rendre ao consommateurs as maîtrise sur les conditions de production et de distribution.”; concluindo por fim que: “...l'information devra porter sua l'ensemble des conditions dans lesquelles de le consommateur va être amené à exercer la fonction de consommer et notamment sur l'ensemble des circonstances qui entouret le rapport de consommations...”.

2.2.5. PRINCÍPIO DA QUALIDADE

Como bem escreve José Geraldo Brito Filomeno⁴⁹, “...‘qualidade’ não é mais a adequação às normas que regem a fabricação de determinado produto ou a

⁴⁸ *Ibidem*, p. 133, 134 e 135;

⁴⁹ *Ibidem*, p. 56;

prestação de um determinado serviço, tão somente, mas principalmente a satisfação de seus consumidores...”

Portanto, o referido princípio contido no inciso V, do artigo 4º, do *Codex*, reza pela melhoria na qualidade não só dos produtos e serviços, bem como e principalmente na satisfação do consumidor, e para tanto as empresa necessitam colher informação que são coletadas através dos chamados Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC, verdadeira ferramenta que vem propiciando a melhora na qualidade em sede de relação de consumo.

Os SAC's desempenham importante papel na medida que muitas vezes são efetivos mecanismos alternativos para solução de lides, ou seja, quando o consumidor adquire um produto ou serviço que contenha qualquer vício, muitas vezes, empresas que são sérias, acabam por sanar o problema apontado, sem a necessidade de invocar o consumidor, a tutela jurisdicional do Estado, bastando o contato com o referido serviço.

Porém não seremos totalmente inocentes, pois tal comportamento manifestado através dos SAC'S, na verdade reflete um segundo objetivo da empresa que não é outro senão o de obter a respeitabilidade e confiança dos consumidores, crescendo sua gama de clientes, visando uma maior obtenção de lucro, o que é puramente salutar e normal num regime

capitalista que tem como principal característica o referido lucro, através do consumo em massa.

2.2.6. PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO DE ABUSOS

A definição de abuso sob a ótica da ordem econômica e financeira, vem descrito na Constituição Federal, em seu artigo 173, parágrafo 4º, que assim dispõe: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*”

Tal princípio previsto no Código de Defesa do Consumidor, nada mais é que um desdobramento do princípio contido no *caput* artigo 170, da Constituição Federal, que ao instituir o regime capitalista como ordem econômica e financeira, determina expressamente que o mesmo será fundado na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, objetivando assegurar a todos a existência digna.

Ressaltando a violação deste princípio através dos arquivos de consumo, observa Antônio Herman

de Vasconcellos e Benjamin⁵⁰ que: “*A abusividade é praticada de forma solidária, tendo, de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais, e , de outro, a empresa que adquire uma ‘mala direta’ em particular.*”

2.2.7. PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO E MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Este princípio por si só, declara expressamente que o Estado é fornecedor de produto e de serviço, subordinado portanto ao regime da Lei n.º 8.078/90. Porém ao buscar fundamentação constitucional torna-se imprescindível uma abordagem ao artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

⁵⁰ *Ibidem*, p. 356;

Num primeiro momento, podemos destacar que a Constituição Federal elegeu o regime da responsabilidade objetiva, quando dos serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas de direito público ou privado, resultarem danos a terceiros, regime este semelhante ao adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, porém não é esse o motivo isolado e principal, que nos leva a conclusão que o Estado é fornecedor.

Verifica-se que a carta magna destaca que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, podem ser prestadoras de serviços públicos, como bem definido no artigo 175, do referido diploma legal, que assim dispõe: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”*; o inciso IV, do parágrafo único do referido artigo, adiciona uma obrigação do Estado em manter os serviços públicos de forma adequada.

Isso posto, o denominado serviço público pode ser prestado pela **administração direta**, sendo esta o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo⁵¹, ou pela **administração indireta**, que compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, tais como as

⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996, p. 66;

autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações públicas⁵².

Com efeito, essa equiparação entre a administração direta e a administração indireta, é prevista o artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos: “*Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento...*”. (grifo nosso!)

A aplicação de tais regras em relação aos serviços públicos prestados pela **administração direta** enfrentam resistência eis que invadem a seara do direito tributário, mas na verdade, os serviços ou produtos são colocados à disposição dos consumidores, e estes o adquirem como destinatário final mediante certa remuneração arrecada através de contribuição de impostos, tais como o IPI, ICMS, etc.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, estabelece que consumidor: “*...é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou **serviço** como destinatário final.*”, sem contudo estabelecer se essa modalidade de serviço é pública ou privada. No seu artigo 3º, estabelece o referido *codex* que fornecedor “*...é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os*

entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”, finalmente, definindo serviço, no parágrafo 2º, como “...qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...”.

O consumidor que adquirir um produto ou serviço público, direta ou indiretamente do Estado, como destinatário final, estará amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, vigorando assim o princípio previsto no artigo 4º, inciso VII, que visa a racionalização e melhoria dos serviços públicos.

2.3. OS ARQUIVOS DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, traz expressamente duas modalidades de **arquivos de consumo**, os **bancos de dados** e os **cadastros de consumidores**, porém para os dois arquivos de consumo, o referido artigo estabeleceu um regramento básico comum, de direitos outorgados ao consumidor.

⁵² MEDAUAR, Odete. *Ibidem*, p. 76 e 77;

Passaremos adiante a abordar cada direito consagrado ao consumidor, para então posteriormente analisarmos dos dois tipos de arquivos de consumo, ligados aos instrumentos facilitadores do consumo, o crédito e o *marketing*.

2.3.1. O ACESSO PLENO AS INFORMAÇÕES

O primeiro direito consagrado vem previsto no próprio *caput* do referido artigo 43, garantindo ao consumidor o **acesso pleno** as informações e as fontes, tendo direito de obter qualquer informação, armazenada sob qualquer forma, onde quer que esteja, bem como quem originou informação objetivando sobretudo garantir o direito de retificação.

Bem como nos ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵³, “*A ratio da lei brasileira é garantir ao consumidor acesso a informações a seu respeito, colhidas de outra fonte que não ele próprio, estejam elas*

⁵³ *Ibidem*, p. 333;

onde estiverem: em organismos públicos ou provados, em cadastros internos das empresas ou em bancos de dados prestadores de serviços a terceiros.”

2.3.2. O TEOR DAS INFORMAÇÕES

O parágrafo 1º, do artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, determina que as informações arquivadas devem ter **objetividade, clareza, veracidade** e serem de **fácil compreensão**. Esses quatro elementos determinam, em outras palavras, que as informações devem ser isentas de elementos subjetivos, contradições, símbolos ou códigos, mentiras ou falsidades, e expressões em língua estrangeira.

Novamente citando Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵⁴, “...*só informações relevantes ao bom funcionamento da sociedade de consumo recebem o aval do direito para constarem de um arquivo de consumo. Arquivo, sim. Mas*

⁵⁴ *Ibidem*, p. 331;

de consumo, e não de disse-me-disse ou mexerico, absolutamente irrelevantes à concretização de suas finalidade mercadológica.”

O *Codex* silencia quanto a utilização de língua estrangeira, o que por si só jamais autoriza tal utilização na medida que as informações deixariam de ser claras e de fácil compreensão, ademais, estabelece o artigo 13, da Constituição Federal, que “*A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.*”

2.3.3. A VIDA ÚTIL DAS INFORMAÇÕES

Ainda no parágrafo 1º, do referido artigo 43, outro direito importante é consagrado ao consumidor, ou seja, que as informações negativas, e nesse caso especialmente as informações constantes nos bancos de dados, não terão vida útil superior a cinco anos.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵⁵ traz interessante comparação, pois “*Se até os crimes mais graves prescrevem, não há razão para que o*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 335;

consumidor fique com sua 'folha de antecedentes de consumo' maculada ad eternum."

2.3.4. A COMUNICAÇÃO PRÉVIA E EFICAZ

Talvez o direito mais importante relacionado ao tema de arquivo de consumo, está previsto no artigo 43, parágrafo 2º, do referido *Codex*, ou seja, a **comunicação prévia e eficaz**. Qualquer informação a ser arquivada, deverá antes mesmo de ser disponibilizada a terceiro, informado o seu arquivamento ao consumidor.

Não podemos deixar de citar novamente Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵⁶, “*A comunicação ao consumidor tem que ser 'por escrito'. Ou seja, não cumpre o ditame da lei um telefonema ou um recado oral. A forma escrita não exige maiores formalidades. Não se trata de 'intimação'. É uma simples carta, telex, telegrama ou mesmo fax. Sempre com demonstrativo de recebimento, como cautela para o arquivista.*”; com

⁵⁶ *Ibidem*, p. 332;

relação ao prazo para comunicação, complemente o autor que: “*O Código não fixa prazo para cumprimento desta comunicação. Deve ser ele razoável, não se admitindo, contudo, seja a informação colocada à disposição de terceiros antes do cumprimento do dever de comunicação.*”

Porém acrescenta Luiz Antonio Rizzato Nunes⁵⁷, que “*...tal aviso deve ser remetido com a antecedência de, no mínimo, 5 dias úteis. É que, na falta de regra específica sobre o prazo, aplica-se a hipótese do § 3º (que a seguir contaremos) por analogia, preenchendo-se a lacuna existente.*”; terminando por concluir que “*...se se referir a dado desabonador, tem que ser avisado para poder tomar providências extrajudiciais ou judiciais para evitar a anotação.*”

2.3.5. A RETIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Outro importante direito outorgado ao consumidor, é o direito de retificação das informações incorretas, conforme dispõe o parágrafo 3º, do referido artigo 43, do *Codex*, sendo certo ainda que tal retificação deverá ocorrer em prazo não superior a cinco dias.

Há contudo uma **inversão do ônus da prova em favor do consumidor**, na medida que compete ao arquivista demonstrar a veracidade das informações, o que será visto adianta quando da análise do *habeas data* em sede de relação de consumo.

2.3.6. A PENDÊNCIA DE LIDE

Este direito consagrado ao consumidor que presa pela não inclusão de seu nome, especialmente nos bancos de dados, quando existe pendência judicial, deriva principalmente do previsto no parágrafo 1º, do artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, que determina que as informações arquivadas devam ter **veracidade**, e logicamente quando existe uma discussão judicial sobre determinado fato, a veracidade deste não é absoluta até que tenhamos uma decisão transitada em julgado.

Surge daí a impossibilidade da inclusão do nome do consumidor especialmente nos bancos de dados, quando existe a pendência da lide, posição esta construída sobretudo através da jurisprudência predominante de nossos Tribunais.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 524;

Além disso, algum regimentos internos, tal como o do Serviço Central de Proteção ao Crédito da Associação Comercial de São Paulo, assim dispõe: “*Artigo 26. Caso exista comprovado litígio judicial acionado pelo devedor sobre a certeza da dívida, a informação do registro deverá ser suspensa após regular citação.*”

Por outro lado, alguns julgados fundamentando-se no artigo 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, admitem a inclusão do nome do consumidor, ainda que na pendência de lide, desde que esta seja mencionada, atendendo a clareza, objetividade e principalmente a veracidade das informações, pois: “*...o registro deve consignar tanto a dívida quanto a ação movida contra o credor com o objetivo de saldá-la; caso contrário, há ato ilícito, imputável ao banco. (RJTJRS 180/381).*”⁵⁸

Porém esta tendência é totalmente rechaçada e com muita razão por Luiz Antônio Rizzato Nunes⁵⁹, escrevendo que: “*...diga-se desde já, com todas as letras: se o consumidor questionar em juízo a dívida, não se pode mantê-lo ‘negativado’ (como se diz) nos serviços de proteção ao crédito. A jurisprudência, como se verá, tem adotado, também, esse entendimento.*”; acrescenta que: “*...ainda que o consumidor (ou,*

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. *Ibidem*, p. 432;

⁵⁹ *Ibidem*, p. 521;

claro, mais adequadamente, seu advogado) não relate bem sua insurgência, abalando a verossimilhança de sua argumentações e dúvida restar, a decisão tem de ser a ele favorável, pois o princípio vigente no CDC é o de que in dubio pro consumidor.”

2.4. BANCO DE DADOS

Tal como nos ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶⁰, “*O vocábulo ‘banco de dados’ carrega a idéia de informações organizadas, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ali ficam, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia. Finalmente, não é o arquivista o destinatário das informações armazenadas, mas, sim, terceiros, sendo ele mero veículo para a circulação destas.*”

Em São Paulo, temos como banco de dados, o **Serviço Central de Proteção ao Crédito - SCPC**, da Associação Comercial de São Paulo, a **Centralização dos Serviços Bancários - SERASA**, das instituições financeiras, o **Equifax do**

⁶⁰ *Ibidem*, p. 329;

Brasil - SCI. Bem como ensina Luiz Antônio Rizzato Nunes⁶¹, “*Não se discute aqui se o credor tem o direito de negativar seus clientes inadimplentes. Assim sempre foi. E aquilo que era prática usualmente aceita acabou sendo legitimado pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 43 regrou o assunto e especificamente no § 1º se refere a informações negativas.*”

Continua com brilhante crítica, ainda citando Luiz Antônio Rizzato Nunes, relativamente à falta de um banco de dados com informações positivas a respeito do consumidor, sempre com a devida autorização do consumidor para inclusão da respectiva informação, tal qual acontece no mercado norte americano. Porém tal prática no Brasil somente é adotada internamente pelas instituições privadas, especialmente as instituições financeiras e as administradoras de cartão de crédito, que objetivando elevar os créditos para concessão ao consumidor, armazenam informações relativas aos gastos, pontualidade no pagamento, etc.

Como já vimos anteriormente, o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada.

⁶¹ *Ibidem*, p. 515;

Quando o consumidor tem seu nome incluído no banco de dados, ocorre a sua “negativação” objetivando abalar a sua credibilidade impedindo que o consumidor adquira produtos ou serviços através de qualquer tipo de crédito, até mesmo pela emissão de título de crédito, podendo apenas realizar transação em dinheiro com o pagamento à vista.

Com isso tem-se a “morte civil” do consumidor, uma vez que o seu nome lançado no rol de maus pagadores, terá imediatamente o seu abalo de credibilidade, afetando assim a sua dignidade na medida que estará restringido o seu direito de consumir qualquer produto ou serviço ou mesmo adquirir crédito, como bem imaterial, evidenciando a importância e a responsabilidade de tais bancos de dados.

Inúmeras vezes, os bancos de dados são utilizados como instrumentos para coibir o consumidor a efetivar determinado pagamento, e assim procedendo imediatamente haverá discordância com o princípio da boa-fé e o princípio da coibição e repressão de abusos, violando ainda o previsto no artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor que assim dispõe, *“Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”*

Tal conduta termina por constituir crime nas relações de consumo, conforme previsão do artigo 71, do *Codex*, “*Utilizar na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com o seu trabalho, descanso ou lazer. Pena- detenção de três meses a um ano ou multa.*”

Evidentemente, qualquer modo de cobrança, por mais discreto causa, sem dúvida alguma, um certo constrangimento ao consumidor, porém exercido de maneira legítima e dentro dos requisitos legais, esse suposto dano absorvido pelo consumidor passa a constituir-se o chamado dano justo, não mais um dano injusto, pois estará o fornecedor no exercício regular de um direito.

Nesse mesmo sentido, escreveu Luiz Antônio Rizzato Nunes⁶², “*Concretamente, o fato é que sempre haverá algum constrangimento para o consumidor que é cobrado, porque nunca é agradável receber cobrança. Mas destaque-se que o constrangimento proibido é o injustificado e o abusivo. Não é ação ilegal o exercício regular de um direito. Assim, não configura*

⁶² *Ibidem*, p. 518;

compressão ilegal o protesto do título emitido pelo consumidor inadimplente ou sua negativação no Serviço de Proteção ao Crédito. Não é, da mesma forma, ilegal, por evidência, o ajuizamento de ação de cobrança, como também não são ilegais as ações de cobrança extrajudiciais, por meio de telefonemas e envio de correspondências.”

O abuso se caracteriza quando aproveitando-se dos requisitos legais, devia-se do objetivo, ou seja, nas palavras de Yussef Said Cahali⁶³, “...no ato abusivo, haveria obediência apenas formal aos limites objetivos da disposição legal, violando-se porém ostensivamente a destinação ou finalidade do direito outorgado ao titular.”; faltando assim a boa-fé.

Nesse caso teremos o chamado **desvio de finalidade**, assim como escreve Carlos Adroaldo Ramos Covizzi⁶⁴, “Os patrocinadores das informações negativas que impulsionam esses organismos, não raras vezes, desejam pela estigmatização creditícia e social, transformar a ‘negativação’ em instrumento de cobrança do crédito e não mais em mecanismo legítimo de proteção da universalidade do crédito e, a partir dele, de todo mercado.”

⁶³ *Ibidem*, p. 355;

⁶⁴ *Práticas Abusivas da SERASA e SPC. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2000, p. 24;

Anônimo Chaves⁶⁵ aborda muito bem essa questão do abuso de direito, citando Emmanuel Lévy, que diz: “...a nossa responsabilidade entra em ação no momento do exercício dos nossos direitos; é porque fazemos mau uso deles, porque abusamos que a nossa responsabilidade se estabelece.”

A liberdade de informação prevista na Constituição Federal, artigo 220, *caput*, deve atender a uma finalidade, senão outra da harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores, pois a diminuição da inadimplência propicia maior competitividade, forçando a queda dos preços dos produtos e serviços, e diminuindo o grau de risco nos empréstimos, forçando uma queda dos juros, beneficiando assim também os consumidores.

Muito têm-se discutido se tais bancos de dados não constituiriam um tribunal de exceção, portanto violando o **princípio do juiz natural**, inciso XXXVII, ou mesmo o **princípio do devido processo legal**, inciso LIV, ambos previstos no artigo 5º, da Constituição Federal, o que não é verdade se tais bancos de dados estiverem em consonância com os princípios de defesa do consumidor, atendendo aos requisitos da lei, respeitando os direitos

⁶⁵ *Responsabilidade Pré Contratual*. 2ª edição. São Paulo: Lejus, 1997, p. 125;

consagrados e atendendo principalmente o princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores.

Há de se considerar que a rapidez nas transações oriundas das relações de consumo, tornam ineficazes a busca do fornecedor nos serviços de distribuição de ações cíveis ou mesmo distribuidores de protestos, criando a necessidade da divulgação mais rápida dessas informações, para o fornecedor avaliar o risco do negócio, o que é feito através dos bancos de dados, rapidez essa propiciada sobretudo pela informática.

2.5. OS CADASTROS DE CONSUMIDORES

Nas palavras do já citado Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶⁶, com relação aos cadastros de consumidores, “*A organização e a permanência não são suas características necessárias. Via de regra, o cadastro do consumidor é feito por ele próprio junto ao seu fornecedor atual ou futuro. Mas nada impede que a empresa acrescente a ele informações suas. Daí a sua equiparação aos bancos de dados, uma vez que podem se tornar inexatos. No mais das vezes, diversamente do que*

⁶⁶ *Ibidem*, p. 329 e 330;

ocorre com os bancos de dados, uma vez que o consumidor não mantenha um certo número de transações com a empresa, o cadastro é destruído.”

Também chamado de *mailing list* tem como objetivo a formação de um denominado “público alvo”, através de informações ligadas ao perfil do consumidor, para futuras estratégias e campanhas publicitárias, objetivando persuadir o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço.

Via de regra não são abertos pelos consumidores, e algumas vezes informações são acrescentadas pelos fornecedores; porém excepcionalmente em determinadas situações, os consumidores solicitam a abertura de tais cadastros, para receber catálogos de livros, revistas, produtos específicos, etc.

Esses cadastros de consumidores contém informações tão precisas, úteis e valiosas, que atualmente são comercializados entre fornecedores por valores elevados, tendo em vista a agilização no direcionamento de estratégias de *marketing* e publicidade a fim de persuadir o público alvo para consumir.

Contudo, o consumidor pode optar pela não abertura de cadastro, inobstante o Código de Defesa do

Consumidor somente assegurar expressamente ao consumidor, basicamente o direito a informação prévia sobre a abertura de cadastro, acesso aos arquivos e retificação dos mesmos na hipótese de informações incorretas, mas silencia portanto a possibilidade do consumidor não autorizar a abertura de cadastros.

Porém, certo é que os cadastros de consumidores trazem na verdade informações referentes a intimidade da pessoa, e assim como nos ensina Edoardo Giannotti⁶⁷, citando Ada Pelegerini Grinover, “...o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos tributos da personalidade.”

Tanto o *marketing* como a informática são técnicas que surgiram através do desenvolvimento da sociedade, e novamente citando Edoardo Giannotti⁶⁸, “A vida privada é particularmente sensível às mutações de tecnologia. A intimidade é, de certa forma, ameaçada pelo técnica, na medida em que as

⁶⁷ A Tutela Constitucional da Intimidade. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 9;

⁶⁸ *Ibidem*, p. 12;

concepções e os hábitos do indivíduo são influenciados pelos novos padrões que esse técnica faz penetrar na vida íntima de cada um.”

Na verdade, o possível dano decorrente do cadastro de consumidores é difícil de ser comprovado, pois pouco a doutrina discutiu ou o Poder Judiciário julgou, mas trata-se na verdade de uma violação à intimidade e a vida privada, o que por si só já constitui um dano sem necessidade de reflexos patrimoniais para gerar a obrigação de indenizar.

Em alguns casos o dano pode ser caracterizado por um certo incomodo oriundo das diversas cartas promocionais, *e-mails* e telefonemas que invadem o lar do consumidor, por vezes até em dias de descanso ou mesmo em horário inconveniente, sem que este venha saber como seus dados foram para o arquivo de consumo de determinado fornecedor, porém para gerar o dever de indenizar consubstanciado somente nesses exemplos acima citados, é tarefa árdua e difícil, mas não impossível.

3. DAS OUTRAS MODALIDADES DE ARQUIVOS DE CONSUMO

3.1. CADASTRO DE FORNECEDORES

O cadastro de fornecedores, chamados arquivos de consumo, caracteriza a busca pela isonomia, nem sempre alcançada, entre o tratamento ao consumidor e ao fornecedor, previsto no artigo 44, do Código de Defesa do Consumidor, nem sempre alcançada, que tem por finalidade arquivar reclamações fundamentadas sobre fornecedores, a fim de proteger ou propiciar uma melhor escolha dos consumidores.

Nestes bancos de dados, as informações são repassadas pelos consumidores insatisfeitos, mas não é qualquer informação, mas sim as informações chamadas fundamentadas, ou como nos ensina Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶⁹, “*A reclamação fundamentada não é só aquela que tem*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 339;

um parecer final do órgão. ‘Fundamentada’ aqui qualifica a reclamação que traz fumus boni juris. É a que não é claramente descabida. Não é sinônimo de procedência. Esta depende de apreciação aprofundada que, de resto, pelo menos para tal fim, não é imposta pelo Código.”

O Código não estabelece um regime de direitos ao fornecedor tal como o faz para o consumidor, por esse motivo, entendemos, assim como Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷⁰, “*Aplicam-se aos arquivos de consumo estatais, subsidiariamente, as regras mais minuciosas referentes aos seus similares privados.*”; pois assim, estar-se-á também protegendo o consumidor, na medida que é concedido a este um rol maior de escolha de fornecedores, a partir de informações, corretas, claras, objetivas e atualizadas.

Os principais banco de dados estatais são os PROCON’s (municipais e estaduais), a SUSEP, o BCB, etc., que são obrigados a manterem os cadastros de reclamações fundamentadas e divulgá-los publicamente e anualmente tais informações, com a observação do atendimento ou não da referida reclamação.⁷¹

⁷⁰ *Ibidem*, p. 340;

⁷¹ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Ibidem*, p. 526;

Porém, como bem demonstra Luiz Antônio Rizzato Nunes⁷², com relação à proteção do consumidor em face do fornecedor, independentemente da busca do legislador do equilíbrio através da criação dos arquivos estatais, “*Não tem ele contra o fornecedor medidas tão eficazes quanto os serviços de proteção ao crédito. Há um desequilíbrio, portanto.*”

Contudo, a criação dos respectivos arquivos estatais visa atender não só o princípio da ação governamental, mas também o princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e dos fornecedores na medida que, em tese, o consumidor teria o poder de escolher o fornecedor com menor número, ou ausente, de reclamações fundamentadas, tornando as relações de consumos mais salutares.

3.2. ARQUIVOS PROIBIDOS

O Código de Defesa do Consumidor traz uma vedação expressa a um determinado tipo de arquivo, em seu artigo 39, inciso VII, que assim dispõe: “*repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;*”.

⁷² *Ibidem*, p. 520;

Esclarece Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷³, que: *“Nenhum fornecedor pode divulgar informação depreciativa sobre o consumidor quando tal se referir ao exercício de direito seu. Por exemplo, não é lícito ao fornecedor informar seus companheiros de categoria que o consumidor sustou o protesto de um título, que o consumidor gosta de reclamar da qualidade de produtos e serviços, que o consumidor é membro de uma associação de consumidores ou que já representou ao Ministério Público ou propôs ação.”*; ressalta porém que: *“Não está proibido, contudo, o repasse de informação, mesmo depreciativa, quando o consumidor pratica ato que exorbita o exercício de seus direitos.”*

Destaca Yussef Said Cahali⁷⁴, que *“Os citados dispositivos, na sua amplitude, colocam o consumidor a salvo de proteção além dos limites das informações prestadas aos serviços de proteção ao crédito, ou por estes repassadas; assim, qualquer forma de divulgação de informação depreciativa à pessoa do consumidor representa causa geradora de responsabilidade indenizatória.”*

Contudo, Luiz Antônio Rizzato Nunes⁷⁵ critica o inciso, pois entende que *“A redação não é*

⁷³ *Ibidem*, p. 302;

⁷⁴ *Ibidem*, p. 437;

⁷⁵ *Ibidem*, p. 489;

boa, pelo vazio deixado no que respeita à informação positiva. Mas, como o intérprete tem de fazer uso da regra de interpretação sistemática na conexão com a Carta Magna, a solução fica dada: informação positiva continua vedada pela Constituição, e o inciso VII impede o repasse da informação depreciativa.”; construindo este brilhante entendimento na medida que “A norma constitucional não permite que, sem autorização expressa, alguém repasse a outrem informação de terceira pessoa, do que decorre que, sem autorização, o fornecedor não pode passar a ninguém nenhuma informação a respeito do consumidor.”; o que de fato somos obrigados a concordar.

4. FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

4.1. TUTELA PREVENTIVA

A tutela preventiva está em total consonância com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que assim estabelece: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça a direito.***” Observa Nelson Nery Junior⁷⁶, ao discorrer sobre o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (princípio do direito de ação), que: “*...todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional **preventiva** ou reparatoria relativamente a um direito.*”; complementa dizendo que: “*...o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à sentença tout court, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão...*”.

O microsistema do Código de Defesa do Consumidor, promulgado através da Lei n.º 8.078/90, estabeleceu uma avançada forma de defesa, na medida que constituiu como **direito básico do consumidor**, dentre outros direitos, “*...a efetiva **prevenção** e reparação de danos patrimoniais e morais...*”, nos termos do artigo 6º, inciso VI, do referido diploma legal. (grifo nosso!)

⁷⁶ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 94 e 96;

A **efetiva prevenção**, direito básico do consumidor, consiste na realização de ampla precaução a fim de evitar-se concretamente um evento danoso, de ordem material ou moral, através de uma ação completa e efetivada, realizada por qualquer meio legal, que impeça a ocorrência de um dano, com muito bem orienta o artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, ao consagrar que “...todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”.

Descreve Kazuo Watanabe⁷⁷, que: “...o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda **o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual** de todos os direitos consagrados no Código.” (grifo nosso!); extraindo daí duas conseqüências, “A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual ‘o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’. A segunda, que é conseqüência da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores.”

⁷⁷ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 647 e 648;

Conclui finalmente que “...o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo direito. E para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance...”.⁷⁸

Forçoso reconhecer que o dano material muitas vezes, além de ser difícil de provar-se, é irreparável ou de difícil reparação, tornando-se impossível restabelecer-se o *status quo ante*; com relação ao dano moral, o mesmo nada mais é que uma reparação por um suposto equivalente, ou nas palavras de Maria Helena Diniz⁷⁹, “...a reparação é pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz social. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido”.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 654;

⁷⁹ *Revista Consulex n.º 03*; 31.03.1997; *Consulex*;

Portanto, a indenização muitas vezes não se presta, dada a impossibilidade de se restabelecer o *status quo ante*, caracterizando-se assim a real necessidade de **efetiva prevenção**, nos moldes da Lei.

Buscando supedâneo no direito ambiental, o **princípio da prevenção**, assim como nos ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁸⁰ citando outros doutrinadores, “*Mieux prévenir que gérer. La évitacion de la incidencia de riesgos es superior al remedio. O modelo reaja e corrija deveria ser complementar de uma abordagem preveja e previna.*”, ou seja, não se pode correr o risco de um dano real e iminente, mas sim tomar medidas que efetivamente impeçam o evento danoso, pois uma vez que esse ocorra, será irreparável ou de difícil reparação, surgindo daí a necessidade de aplicação do princípio da efetiva e adequada tutela processual jurídica.

4.1.1. FERRAMENTAS PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA PREVENTIVA

⁸⁰ *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 140;

4.1.1.1. *Habeas Data*

Segundo Hely Lopes Meirelles⁸¹, “*Habeas data é o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público...*”; complementa ainda que o referido remédio constitucional, segundo Jesus Costa Lima, surgiu como resposta à ditadura militar, pois os Constituintes visavam sobretudo desmembrar os arquivos secretos do Serviço Nacional de Informações - SNI.⁸²

Por esse motivo, uma vez que surgiu como resposta à Ditadura Militar, tem-se a falsa idéia que o *habeas data* só poderá ser impetrado contra o Poder Público, posição esta totalmente descartada pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que o artigo 43, § 4º, diz expressamente que: “*Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.*”, porém como muito bem esclarece Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁸³, com relação a natureza pública dos arquivos de consumo,

⁸¹ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*. 21ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 229;

⁸² *Ibidem*, p. 240;

⁸³ *Ibidem*, p. 336;

“É bom ressaltar que tal qualificativo aplica-se aos bancos de dados, SPCs por exemplo, assim como aos **cadastros internos das empresas**, mesmo que terceiros, além de seu detentor, não possam fazer uso deles.” (grifo nosso!)

Porém o *habeas data*, previsto no artigo 86, do Código de Defesa do Consumidor, sofreu veto, por sinal criticado por Kazuo Watanabe⁸⁴ e com muita razão, na medida que a fundamentação do veto era de incompatibilidade com o preceito constitucional, eis que o presente remédio tem por natureza a defesa de direito subjetivos públicos, decorrente de atos dos agentes do Poder Público, em contradição com o exposto no artigo 43, § 4º, do referido diploma legal.

Por outro lado, inobstante o indevido veto, o *habeas data* é admitido nas relações de consumo especialmente pelo disposto no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, que admite: “...todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”, recebendo assim o nome de ***habeas data de consumo***⁸⁵.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 660 e 661;

⁸⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Ibidem*, p. 336;

Desse mesmo entendimento partilha Arruda Alvim⁸⁶, lecionando que “...o parágrafo 4º espanca quaisquer dúvidas que porventura existissem sobre o caráter público de tais entidades, e, ante a clareza meridiana do texto Constitucional, parece-nos inquestionável a aplicabilidade do *habeas data* à tutela dos interesses dos consumidores.”

Quanto ao **ônus da prova** no pedido de retificação de registros, nos ensina Hely Lopes Meirelles⁸⁷ que o impetrante “...pedirá à Justiça que os retifique, mediante as provas que exhibir ou vier a produzir.”, porém, tratando-se de ***habeas data de consumo***, poderá ser concedido a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como já visto anteriormente, no item 2.3.5., cabendo portanto ao arquivista demonstrar a veracidade das informações.

Nesse mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁸⁸, “*Tirante elementos mínimos ou prima facie, não está a cargo do consumidor a tarefa final de provar a propriedade ou impropriedade do registro, muito ao contrário, incumbe ao arquivo de consumo demonstrar que procedem*

⁸⁶ *Código do Consumidor Comentado e legislação correlata*. São Paulo: RT, 1991, p. 102;

⁸⁷ *Ibidem*, p. 229;

⁸⁸ *Ibidem*, p. 406;

a invasão de privacidade que praticou e a disseminação ampla dos dados coligidos.”, tanto em matéria de banco de dados ou cadastros de consumidores, terminando por concluir que: “...quem dissemina a propaganda e com isso lucra, prova.”, ou seja, quem aufere os cômodos deve suportar os incômodos, pois, citando Bertam Antônio Stürmer, “...a decorrência lógica é que o registrante tenha prova do fato registrado ou a registrar.”

4.1.1.2. A TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória, é corolário de um princípio geral de prevenção, posto que inúmeras vezes pode o consumidor impedir a inscrição de informações a seu respeito nos arquivos de consumo, na medida que resulta em obrigação de fazer e não fazer, principalmente, através do artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, prevendo em seu § 3º, a possibilidade de concessão de tutela liminarmente, objetivando assim o resultado prático protegido pela direito⁸⁹.

A concessão da tutela inibitória antecipada, como muito bem nos ensina Luiz Guilherme

⁸⁹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. Rio de Janeiro, 1998, p. 654;

Marioni⁹⁰, “*Tratando-se de ação declaratória, é possível se pensar na hipótese, já comum na prática forense, em que o Autor requer, mediante tutela inibitória antecipada, a não inscrição do seu nome no ‘sistema de proteção ao crédito’. Neste caso a tutela sumária não antecipa o efeito declaratório, mas apenas ordena que não se faça algo que a tutela final, se procedente, demonstrará ser ilegítimo fazer.*”, ressalta que a antecipação da tutela inibitória “...*não tem caráter cautelar, tem, isto sim, natureza nitidamente preventiva.*”

4.1.1.3. A TUTELA ANTECIPADA

Frustrada a possibilidade de invocar-se a antecipação da tutela inibitória, objetivando a não inscrição de informações do consumidor nos arquivos de consumo, na medida que a inscrição efetivamente já ocorrera, resta ao consumidor invocar a antecipação da tutela, objetivando a exclusão das informações dos arquivos de consumo, evitando o resultado danoso, ou até mesmo o agravamento do dano, que muitas vezes já efetivamente ocorreu.

Como muito bem ensina Teori Albino Zavascki⁹¹, “*Ora, se o Estado assumiu o monopólio da*

⁹⁰ *Tutela Inibitória*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 165;

⁹¹ *Antecipação da Tutela*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 27 e 28;

jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional. Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro.”

Define Nelson Nery Junior⁹²,

que a tutela antecipada “...é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução ‘lato sensu’, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.”

Assim, presentes os pressupostos fundamentais, o **receio de dano irreparável** ou **de difícil reparação**, nos termos do inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil - tratando-se de arquivos de consumo que pode resultar na violação dos princípio e garantias fundamentais do indivíduo - e a

⁹² *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 730;

prova inequívoca, nos termos do *caput*, do referido artigo - ressaltando-se que para tanto, em sede de relação de consumo, além da possibilidade da inversão do ônus da prova em relação ao consumidor, em consonância com o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se admitido como princípio decorrente do referido Codex, *in dubio pro consumidor*⁹³ - conceder-se-á a tutela antecipada, objetivando excluir o nome do consumidor dos arquivos de consumo.

4.1.1.4. O AGRADO DE INSTRUMENTO

Não raras vezes é indeferido o pedido de tutela inibitória antecipada ou mesmo de tutela antecipada, em total contradição com o previsto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, não atentando ao direito básico da efetiva prevenção, restando ao consumidor como alternativa a interposição de agravo de instrumento com pedido de efeito ativo, através da antecipação da tutela em sede de agravo, com fulcro no artigo 273, I, do Código de Processo Civil, com o regime semelhante ao abordado no item 4.1.1.3, retro.

⁹³ RIZZATO NUNES, Antônio Luiz. *Ibidem*, p. 521;

Isto ocorre pois a Lei só prevê a possibilidade de conceder-se efeito suspensivo pelo relator à decisão atacado, nos termos do artigo 527, inciso I, do Código de Processo Civil, quando possa resultar lesão grave e de difícil reparação, nos termos do artigo 558, do referido diploma legal. Porém não prevê a Lei, a possibilidade de reverter-se de maneira rápida, uma decisão negativa, motivo pelo qual vem se solidificando na doutrina, objetivando eliminar-se a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, da mesma maneira que prevê a Lei ao abordar a possibilidade de conceder-se pelo relator o efeito suspensivo até julgamento final do recurso, o chamado **efeito ativo**.

Destacamos a brilhante lição de Teresa Arruda Alvim Wambier⁹⁴, “...em vez de se fazer diretamente uso do mandado de segurança, o correto é considerar-se que o próprio relator possa conceder ‘efeito ativo’ ao agravo, adiantando o ‘provável’ julgamento do recurso, enquanto este está tramitando (e se diz provável, porque a parte deve demonstrar aparência do bom direito) não com base no art. 558, caput, que é regra excepcional, mas com base no art. 273, I, do CPC, do mesmo modo deve ocorrer com relação à apelação”.

⁹⁴ Os Agravos no CPC Brasileiro, 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 267 e 268;

Conclui assim que: “...o relator poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano, determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso...”

A jurisprudência já manifestou-se a cerca deste tema, como nos mostra a já citada Teresa Arruda Alvim Wambier, pelo julgado do Mandado de Segurança 96.04.31418-1/RS, 2ª T., Rel. Juiz Teori Albino Zavascki⁹⁵, destacando que: “O art. 558 do CPC nada mais constitui que um desdobramento do mecanismo de antecipação da tutela. Por isso mesmo, a extensão do seu conteúdo há de ser dimensionada tendo em vista a finalidade do provimento, que outra não é senão a de evitar a consumação de dano ao direito. O desiderato do legislador ao editar tal dispositivo foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e , com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada.”

4.2. TUTELA REPARATÓRIA

⁹⁵ *Ibidem*, p. 272 e 273;

A tutela reparatória, tal qual a tutela preventiva, também está em consonância com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e artigo 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser exercida nos termos do artigo 83, do referido diploma legal, ao consagrar que “...todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”.

Uma vez que a antecipação da tutela, seja inibitória ou não se mostra ineficaz, é porquê o evento danoso já não poderá reverter a situação do consumidor ao *status quo ante*, e aí entra a efetiva reparação de danos, conforme artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Mas antes mesmo do microsistema do consumidor, a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos V e X, garante o direito a indenização por danos morais, materiais e a imagem. Nota-se que a Carta Magna apenas menciona um dos elementos da responsabilidade civil, o dano, pois é a partir deste elemento que se vai se buscar a indenização, em total consonância com a moderna doutrina que busca, sobretudo, a indenização do dano injusto.

Nesse mesmo sentido, objetivando a efetividade no regime de responsabilização, o microsistema de defesa do consumidor elegeu o regime de

responsabilidade civil objetiva, que é o resultado e fruto de um processo evolutivo, que surgiu como uma resposta ao desenvolvimento sócio-econômico das sociedades modernas, pois a teoria clássica da responsabilidade civil subjetiva tornara-se insuficiente, deixando inúmeras vezes a vítima sem ser indenizada, e o que o Código de Defesa do Consumidor busca tutelar, é a efetiva reparação, nos moldes do artigo 6º, inciso VI, do referido diploma legal.

Assim, a teoria da **responsabilidade civil objetiva**, fundada na **culpa presumida** (casos específicos elencados na lei) ou na **teoria do risco** (quem auferir os cômodos deve suportar os incômodos), visa ampliar e efetivar a indenização, pois muitas vezes, essa não ocorria dado ao desequilíbrio econômico e social, como bem descreve Caio Mário da Silva Pereira⁹⁶, “*A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.*”; concluindo que: “*...nem sempre o lesado consegue provar estes elementos.*”

⁹⁶ *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 262;

Nelson Nery Junior⁹⁷, ao abordar o tema da responsabilidade civil objetiva, sob o enfoque do direito ambiental, onde indiscutivelmente aplica-se como regra a referida teoria, destaca que: *“O notável avanço da Lei nesse particular, se deve principalmente à tendência universal que se verifica em matéria de direitos difusos, no sentido de abandonar-se os sistemas clássicos de responsabilidade subjetiva, que não mais atendem às necessidades atuais da sociedade relativamente ao tema dos danos causados ao meio ambiente.”*

Alvino Lima, citado por José de Aguiar Dias⁹⁸, pondera: *“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da*

⁹⁷ Revista do Advogado, n.º 37. São Paulo: AASP, setembro/1992, p. 37;

⁹⁸ *Da Responsabilidade Civil, Volume I*. 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994; p. 49 e 50;

reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de um responsabilidade subjetiva.”

Assim, quando se trata de **responsabilidade civil objetiva**, fundada ou na **culpa presumida**, onde o elemento culpa passa a ter presunção em função de determinados casos especificados na lei, ou na **teoria do risco da atividade**, onde aquele que aufere os cômodos, deve suportar os incômodos; **não** se discute **culpa**, restringindo-se tão somente a discussão em dois pressupostos: a **conduta do agente, lícita** ou **ilícita**, e o **dano**, efetivamente com o **nexo causal** entre os pressupostos citados.

Com efeito, o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, elege o regime da **responsabilidade civil objetiva**, pois estabelece que “*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços...*”.

Portanto, na medida que foi instituído o regime da **responsabilidade civil objetiva** no microsistema de defesa do consumidor, o que o legislador buscou foi a **efetiva indenização**, em consonância com o disposto no artigo 6º, inciso VI, do referido diploma legal, pois esta teoria objetiva surgiu principalmente pela falta da efetiva reparação do chamado dano injusto, na medida que, assim como nos ensina Rui Stoco⁹⁹, *“...indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o “statu quo ante”, isto é, devolvendo-a ao estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária... Assim, o dano, em toda sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”*.

4.2.1. DANO DECORRENTE DOS BANCOS DE DADOS

Visualizar o dano decorrente das informações negativas constantes dos bancos de dados, quando violam qualquer preceito legal na medida que não refletem o exercício regular de um direito, nos moldes do artigo 160, inciso I, do Código

⁹⁹ *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. São Paulo: RT, 1999, p. 653;

Civil, não é tarefa difícil uma vez que o mesmo resulta em **abalo de crédito**, eis que: “...o prejuízo, tanto moral como econômico, decorre evidente da indevida comunicação da entidade que tem por objetivo exatamente alertar as filiadas quanto aos consumidores cujos nomes foram anotados, no sentido de que lhes seja negado crédito.”¹⁰⁰

Nota-se que a jurisprudência já manifestou-se, especialmente as proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre na vanguarda das decisões sobre direitos do consumidor, mesmo antes de proferida a Lei n.º 8.078/90, estabelecendo a solidariedade entre o fornecedor e o arquivista, senão vejamos a emenda:

“Serviço de Proteção ao Crédito. Danos causados a consumidor em razão de cadastramento negativo. Responsabilidade solidária do comerciante cuja informação inverídica e açodada deu lugar à assim chamada ‘negativação’. Dever elementar do mercador de manter registros e controles que permitam verificar, independentemente da exibição de recibos, se o prestamista está ou não em dia com seus pagamentos. Indenizabilidade do dano ao crédito, ao bom nome e a auto estima, sem

¹⁰⁰ TJRJ, 3ª Câmara, apelação n.º 2.777/87, 21.01.1998;

necessidade de prova de um prejuízo material específico.”

(TJRS, 3ª Câmara, Ajuris 34/142, 08.11.1984) (grifo nosso!)

Tal como nos ensina Yussef Said Cahali¹⁰¹, o abalo de credibilidade ou de crédito, “...*molesta igualmente o particular no que vê empenhada a sua honorabilidade, a sua imagem, reduzindo o seu conceito perante os concidadões;*”, complementa dizendo que “...*a jurisprudência mais recente tem admitido, em casos de abalo de crédito que ainda que inexistente o dano material a ser ressarcido, considera-se reparável o dano moral existente.*”

Pois assim como nos ensina Ruitter Oliva¹⁰², “... *o injusto ou indevido apontamento no cadastro de maus pagadores do nome de qualquer pessoa que tenha natural sensibilidade aos rumores resultantes de um abalo de credibilidade, produz nessa pessoa uma reação psíquica de profunda amargura e vergonha, que lhe acarreta sofrimento e lhe afeta a dignidade. Essa dor é o dano moral indenizável, e carece de demonstração, pois emerge do agravo de forma latente, sofrendo-a qualquer um que tenha o mínimo de respeito e apreço por sua dignidade e honradez.*”

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 358 e 359;

¹⁰² TJSP, 14ª Câmara, 21.03.1995, JTJ 170/35 e RT 717/148;

Pondera, entretanto, ressaltando a importância do caráter preventivo, Carlos Adroaldo Ramos Covizzi¹⁰³, dizendo que: “A *disposição tem inteira pertinência com a prevenção ao dano moral, pois é precisamente no âmbito dos direitos não patrimoniais - nome, imagem, honra, intimidade, privacidade - que as tutelas preventiva e específica revelam-se mais necessárias, precisamente pelas dificuldades de - após consumada a lesão - obter uma justa e adequada reparação.*”

4.2.2. DANO DECORRENTE DOS CADASTROS DE CONSUMIDORES

Tarefa mais difícil é a identificação dos danos decorrentes pelas informações arquivadas nos cadastros de consumidores, mesmo porquê é totalmente escasso o repertório jurisprudencial sobre esse tema, porém, certo é que a responsabilidade se configura somente com a ocorrência de qualquer evento danoso que tenha nexos causal direto com as informações prestadas pelos cadastros de consumidores.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 113;

Ao fazer uma correlação entre a intimidade e a informática, José Afonso da Silva¹⁰⁴ escreve que: “*O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizados gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.*”

Assim também escreve Antônio Carlos Efig¹⁰⁵, com relação aos danos decorrentes dos arquivos de consumo, que “*A partir do momento que se discute a possibilidade de os arquivos de consumo atingirem a órbita das garantias fundamentais do cidadão, expressos pelos direitos à personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) o problema atinge proporções ainda mais ‘preocupantes’. A ocorrência desta situação acarreta conseqüências negativas que atuam de maneira direta na vida sócio-econômica do consumidor.*”

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 212 e 213;

¹⁰⁵ *Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000;

Portanto, o dano consiste, tal como as informações negativas abalam a credibilidade do consumidor, *mutatis mutandi* as informações contidas nos cadastros dos consumidores, quando não obedecem ao rigoroso regramento imposto pela Lei consumeirista, por si só violam a intimidade, a privacidade, a imagem, tudo de mais íntimo do ser humano, caracterizando assim uma invasão não autorizada da essência do ser humano, consumidor, ensejando sim indenização.

Inobstante outros danos que possam sobrevir, destacamos por exemplo a mulher grávida que adquire produtos para o seu bebê, e cadastros de consumidores são abertos e a consumidora começa a receber uma infinidade de cartas oferecendo produtos e serviços ao bebê e a gestante, porém a gravidez é interrompida por um aborto natural o que lhe causa certamente um trauma muito grande, e ainda continua a receber mala direta de produtos e serviços destinadas a gestante e ao bebê, revivendo em sua memória a dor e o sofrimento experimentados.

Na mesma linha de pensamento, o noivo abandonado que continua a receber mala direta de produtos e serviços mesmo após o rompimento, quando fora abandonado, do noivado, ensejando assim uma indenização como no exemplo anterior, e demais casos que ainda surgirão, abordados pela

doutrina e apreciados pelo Poder Judiciário, aplicando efetivamente o Código de Defesa do Consumidor.

5. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no artigo 56, um rol de sanções administrativas que serão aplicadas pelas autoridades administrativas, até mesmo antes ou durante a pendência do respectivo processo administrativo, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo.

Do rol de sanções, podemos destacar três modalidades, assim como nos ensina Zelmo Derani¹⁰⁶: **a) sanções pecuniárias**, que são as multas previstas no inciso I, aplicadas gradativamente em relação a gravidade da sanção, revertendo-se o valor recolhido para o Fundo especial para reconstituição dos bens lesados, previsto na Lei n.º 7.347/85; **b) sanções objetivas**, que compreendem a apreensão, inutilização, cassação do registro, proibição de fabricação e a suspensão do fornecimento, todas previstas entre os incisos II e VI, com a garantia da ampla defesa no procedimento administrativo, conforme prevê o artigo 58, do referido diploma legal; **c) sanções subjetivas**, que compreendem a suspensão temporária, cassação de licença, interdição total ou parcial, intervenção administrativa e a contrapropaganda, todas previstas entre os incisos VII ao XII, também com a garantia da ampla defesa no procedimento administrativo, conforme prevê o *caput* do artigo 59, do referido diploma legal.

Tal como nos ensina Carlos Alberto Bittar¹⁰⁷, “*O vulto das penalidades é outro fator inibidor de práticas lesivas, pois, conforme o caso, pode o infrator ver tolhida a*

¹⁰⁶ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 5ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 470;

¹⁰⁷ *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 86;

própria fluência de sua atividade, ou suportar o pesado ônus de um intervenção estatal, em consonância, alias, com o esquema punitivo moderno que a Constituição possibilita.”

Notamos que os incisos apresentam uma série lógica iniciando-se com a multa, uma sanção pequena, terminando com a contrapropaganda, a sanção mais temida pelos fornecedores, isto porquê esta última é o reconhecimento público de um vício ou erro cometido pelo fornecedor que certamente irá abalar a sua imagem perante o mercado de consumo, tanto é que raras vezes, ou até mesmo nunca, a contrapropaganda fora efetivamente aplicada.

Porém a contrapropaganda somente será aplicada nos casos de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos do *Codex*, porém tal modalidade de sanção administrativa poderia muito bem ser aplicada quando das informações contidas nos arquivos de consumo resultarem danos ao consumidor, devendo correr por conta do fornecedor ou arquivista, as custas com uma contrapropaganda objetivando reconstruir a imagem do consumidor, que porventura tenha sido abalada, tal como prevê a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V, que assegura “...o direito de resposta, proporcional ao agravo...”.

A resposta proporcional ao agravo deve ser tanto quanto suficiente e eficaz a fim de limpar o nome do consumidor, tanto quanto a repercussão negativa do banco de dados, quanto a violação da intimidade no cadastro de consumidores.

6. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Quando se fala em responsabilidade criminal sempre se traz a tona uma idéia equivocada de privação de liberdade ou de prisão, porém, conforme estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVI, poderão ser adotadas dentre outras penas além da privação ou restrição de liberdade, as seguintes: “*b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;*”.

Com efeito apenas um dos cinco incisos regula a pena de restrição ou privação de liberdade, sendo certo que os demais, ingressam no campo patrimonial do suposto condenado, classificadas por Carlos Alberto Bittar¹⁰⁸, como “...outras formas mais modernas em consonância com a Constituição Federal de 1988...”.

Porém há contudo uma certa inibição e moderação na aplicação de tais penas sobretudo em relação de consumo, na medida que outra dificuldade é a idéia da responsabilização criminal da pessoa jurídica.

6.1. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA

Há de se destacar que tanto a idéia de prisão como a dificuldade de aplicação de penas em relação à pessoa jurídica são heranças e vícios originários de um sistema criminal promulgado na década de 40, e que, certamente, deixa de atender as necessidades atuais, sobretudo nos crimes difusos.

Por esse motivo surge a necessidade da aplicação da norma constitucional como fonte

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 88;

reguladora desse novo aspecto criminal, tanto da aplicação da pena nas pessoas jurídicas como aplicações de outras penas sem a idéia de restrição ou privação de liberdade, tal como, buscando supedâneo no direito ambiental e em especial na Constituição Federal, o previsto no artigo 225, parágrafo 3º, que assim dispõe: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causado.*” (grifo nosso!)

Ainda em sede de direito ambiental, a Lei n.º 9.605, disciplinou a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, em seu artigo 3º, senão vejamos: “*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente...*”. Ressalta Luiz Regis Prado¹⁰⁹, “*...a grande novidade de caráter geral dessa lei vem a ser agasalhado no art. 3º da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quebrando-se, assim, o clássico axioma do *societas delinquere non potest.**”

Acentua ainda, que o legislador pátrio inspirou-se no modelo francês, porém ressalta que: “*Em França, tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresso essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A*

¹⁰⁹ *Crimes Contra o Ambiente*. São Paulo: RT, 1998, p. 20 e 21;

denominada lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torná-los coerentes com o novo Código penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual, particularmente necessária com a previsão da responsabilidade da pessoa jurídica.”

Portanto a idéia de que pessoa jurídica não comete crime, restará ultrapassada pelos menos em sede de direitos difusos, na medida que buscar a individualização da pena, buscando os responsáveis, nem sempre atenderá ao fim pedagógico da norma.

6.2. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Afasta-se a idéia de intervenção mínima em sede de responsabilidade criminal difusa, pois o bem tutelado merece total atenção do Estado, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, combinado com o artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal, que estabelecem a **defesa do consumidor**, pois como ensina Dora Bussab Castelo¹¹⁰, “*A tutela, nos crimes de*

¹¹⁰ *Manual dos Crimes contra as Relações de Consumo*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 280;

consumo, dirige-se diretamente a um bem-interesse coletivo ou difuso, supra individual (para alguns, bem jurídico social) denominados relações de consumo (cfr. CDC, art. 61: ‘Constituem crimes contra as relações de consumo...’).”

Alia-se a esse posicionamento, o fato de se conceder às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica, e ainda as associações constituídas há pelo menos um ano, contudo que tenham como objetivo a defesa do consumidor, legitimados estes expressos nos incisos III e IV, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, que poderão propor a chamada **ação penal pública subsidiária**, conforme artigo 80, do *Codex*, na hipótese da denúncia não ser oferecida no prazo legal, pois sentido não seria outro senão o de propiciar a intervenção máxima do direito criminal.

A esse respeito escreve José Geraldo Brito Filomeno¹¹¹, que “*Longe, por outro lado, de tratar-se de uma ‘vingança coletiva’, trata-se de fazer valer e das efetividade às normas estabelecidas nas partes material civil e administrativa do mesmo Código.*”

¹¹¹ *Ibidem*, p. 600;

Isto também alia-se ao caráter preventivo, através da função pedagógica da norma penal ou da responsabilidade criminal, tal como escreve Enrique F. Solsona¹¹², *“Lo penal, por sua carater esencialmente preventivo, y por sua presencia sancionadora - de ser necesario - no debe estar ausente de esse grau desafio juridico social.”*

Vale destacar Marco Antonio Zanellato, citado por Luiz Antônio de Souza¹¹³, ao dizer que: *“No Brasil, ...as leis civis não têm surtido efeitos no campo da prevenção dos ilícitos antieconômicos e o Poder Público tem, por razões históricas, falhado ou se omitido na aplicação das medidas administrativamente que visam à prevenção ou mesmo à penalização adequada dos danos sociais que o delinqüente econômico pode produzir.”*

Portanto, como bem nos ensina, novamente, Luiz Antônio de Souza¹¹⁴, *“...podemos deixar estabelecido que os bens coletivos (entre eles os de natureza difusa), uma vez que direitos fundamentais, têm sua dignidade penal e necessidade penal gizadas constitucionalmente, eis que a Carta*

¹¹² *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicio*. Buenos Aires: La Rocca, 1994, p. 251;

¹¹³ *Tutela Criminal Difusa*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999, p. 182;

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 178;

Constitucional, expressamente, determina a incriminação do condutas que, ao menos, atentem no sentido de segregar direitos fundamentais de alguém.”

6.3. OS TIPOS PENAIIS

O Código de Defesa do Consumidor tipifica como crime nas relações de consumo, ligados ao tema aqui abordado, os arquivos de consumo, o previsto no artigo 72, ou seja, o simples fato de **impedir** ou **dificultar** constitui o tipo penal do crime previsto, portanto é um delito meramente formal, sendo que o sujeito ativo, é aquele que detém a informação e pratica qualquer ato finalizando dificultar ou impedir que as informações sejam fornecidas ao consumidor.

Ainda tratando-se de crimes nas relações de consumo ligados aos arquivos de consumidor, o artigo 73 do *Codex*, tipifica como crime o fato de **deixar de corrigir** imediatamente informação inexata, lembrando que esse prazo é de 5 dias, conforme artigo 43, § 3º, do *Codex*, tendo a aplicação de uma pena mais branda que o delito anterior.

Notamos que os crimes acima descritos, assim como os demais previstos no Código de Defesa do

Consumidor, são denominados como **delitos de perigo abstrato**, ou seja, assim como define Dora Bussab Castelo¹¹⁵, “...a idéia de perigo não configura elemento do tipo, atuando apenas como fundamento da punição da conduta típica. Em decorrência, para efeito de tipificação do comportamento do agente, essa modalidade de perigo não precisa ser demonstrada.”

Ressalta ainda, nas palavras de Manoel da Costa Andrade, que: “...‘a exigência sistemática de um perigo concreto corresponde, na prática, à impunidade generalizada e a perda da eficácia preventiva’. Assim, não faria sentido condicionar o aperfeiçoamento do tipo à verificação de um dano efetivo ou perigo concreto ao consumidor, quando é justamente isso que se quer obviar com o Direito Penal do consumidor.”

Conclui, ressaltando o caráter moderno preventivo, que “...a não exigências, pelo legislador, de lesão ou perigo efetivo a bens individuais do consumidor, decorre do fato de o Direito penal do consumidor cumprir, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva, buscando antecipar-se ao dano.”

¹¹⁵ CASTELO, Dora Bussab. *Ibidem*, p. 281;

Esta tendência está em total consonância com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que estabelece o **princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, senão vejamos “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”.

E também com o artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, consagrando como **direito básico do consumidor**, dentre outros direitos, “*...a efetiva prevenção e reparação de danos...*”.

6.4. A LEI N.º 9.099/95

Finalizando, com relação à pena imposta, os delitos estarão submetida, via de regra, ao regime da Lei n.º 9.099/95, pois a pena máxima em ambos os casos, não é superior a um ano, sendo certo ainda que a pena poderá ser substituída por multa, o que não impede a aplicação de multa como sanção administrativa.

A aplicação da Lei n.º 9.099/95, segundo Ada Pellegrini Grinover¹¹⁶, “*É indiscutivelmente a*

¹¹⁶ *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 17 e 18;

via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça Criminal (grande parte do movimento forense criminal poderá ser reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho, etc.”, sem contudo revelar uma tendência da intervenção criminal mínima, na medida que, repetindo, “...permite a pronta resposta estatal ao delito...”, em consonância com o exposto anteriormente.

7. CONCLUSÃO

Por tudo que foi abordado, que está muito longe de esgotar o tema, podemos finalizar alguns tópicos levantados e concluir alguns aspectos, porém de antemão, vale destacar que o presente trabalho não tem por finalidade defender exclusivamente a instituição do chamado “calote”, defendendo exclusivamente o consumidor mau pagador, que tenha o *animus* de lesar, de obter vantagem desonesta ou até mesmo enriquecimento ilícito, o que de fato não raras vezes acontece, causando danos de grande leva aos fornecedores, com conseqüências também para os consumidores.

Restou demonstrada a real finalidade dos arquivos de consumo, os **bancos de dados** servindo de subsídios para os fornecedores avaliarem os riscos da concessão de crédito, em sentido amplo, e ao **cadastros de consumidores** alimentando com informação o *marketing*, que deverá atender a uma função social, devendo ambos, sobretudo, obedecer aos princípios e normas consagradas pela Constituição Federal, e pelo microssistema de defesa do consumidor.

Com relação aos bancos de dados, é bem verdade que, lamentavelmente, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, apenas regulamentou o que de fato já ocorrera a muito tempo, conduta que sempre fora praticado pelos fornecedores. Evidente que o *Codex* institui um rigoroso regramento, porém faltou a mesma destreza para regulamentar os chamados bancos de dados com informações positivas do consumidores, atendendo assim definitivamente o princípio da harmonização dos consumidores e fornecedores.

Concluimos por outro lado, que a matéria em relação aos cadastros de consumidores é pouco discutida, pois o consumidor brasileiro ainda não está bem educado e informado de seus direitos, bem como das obrigações dos fornecedores, e por razões até culturais, recebe as chamadas mala direta como se fosse algo prestigioso ao seu respeito, inocentemente,

como se fora selecionado, um elogio, sem contudo notar a violação que tal conduta acarreta em sua intimidade e vida privada.

Arriscamos dizer que pouquíssimos, ou até mesmo nenhum consumidor pleiteou até o momento uma indenização nesse sentido, inércia esta que deverá restar ultrapassada na medida que o consumidor estiver bem informado e bem educado com relação aos seus direitos consagrados pelo microssistema consumeirista.

Essa inércia também decorre da pouca valorização da intimidade e da vida privada das pessoas, que aqui em nosso país está a todo momento sendo violada, tornando tal prática, lamentavelmente, muito tolerada por todos, e nesse caso específico pelo cidadão consumidor.

Outro ponto que deverá amadurecer, é a aplicação da responsabilidade criminal em sede de direitos difusos, não podendo os operadores do direito negarem essa nova tendência que vem a ser de útil e de necessária aplicação, principalmente em relação ao tema aqui abordado, na medida que a efetiva aplicação da norma criminal, atenderá ao princípio da prevenção, de maneira a desestimular o fornecedor a prática de delitos.

A responsabilidade civil e administrativa muitas vezes não causam o esperado desestímulo aos fornecedores, pois os poucos custos suportados com multas e indenizações são incorporados e repassados ao mercado consumidor.

Mas uma efetiva aplicação da responsabilidade administrativa se mostrou eficaz quando da aplicação de pesadas, repito, pesadas multas aplicadas às administradores de cartões de crédito, ou mesmo aos bancos, que enviavam tais cartões de crédito aos consumidores, sem a devida solicitação prévia.

Assim, a relação de consumo e as práticas dela decorrentes, deverão sempre estar em real consonância com o preceito constitucional previsto no artigo 170, que institui como ordem econômica o capitalismo, com os moderadores previstos no *caput*, a valorização do trabalho e livre iniciativa, visando a existência digna de todos, tendo como princípio a defesa do consumidor, a parte sempre vulnerável na relação de consumo.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José. *Da Responsabilidade Civil, Volume I*. 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994;

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado e legislação correlata*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991;

ARRUDA ALVIM WANBIER, Teresa. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor - Código de Defesa do Consumidor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991;

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pou une théorie do droit de la consommation*. Paris: E. Story-Scientia, 1988;

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998;

CAS, Gérard *et al.* *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986;

CASTELO, Dora Bussaid *et al.* *Manual dos Crimes contra as Relações de Consumo*. São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo - Imprensa Oficial, 1999;

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. *Práticas Abusivas da SERASA e SPC. Doutrina. Legislação. Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Editora Edipro, 2000;

CHAUI, Marilena. *Convite a Filosofia*. 7ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000;

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré Contratual*. 2ª edição, São Paulo: Editora Lejus, 1997;

COBRA, Marcos *et al.* *Marketing de Serviços. Conceitos e Estratégias*. São Paulo: Editora MacGraw-Hill, 1986;

DONATO, Maria Antonieta Zanardo Donato. *Proteção ao Consumidor - conceito e extensão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993;

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000;

FERREIRA DE BARROS, Ana Lucia Bartas. *Arquivos Privados de Consumo e o Artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor*. Monografia de Especialização. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000;

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000;

_____ *et al.* *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997;

GHERARDINI SANTOS, Fernando. *Direito do Marketing*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

GIANNOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987;

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1997;

_____ *et al.* *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996;

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995;

KOTLER, Philip. *Marketing*. São Paulo: Editora Atlas, 1995;

LACERDA, Sandra Gebara Boni Nobre. *Os Consumidores e os Arquivos de Consumo*. Monografia de Especialização. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999;

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. *Marketing de Serviços*. São Paulo: Editora Atlas, 1991;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*. 21ª edição (atualizada por Arnold Wald). São Paulo: Malheiros Editores, 2000;

MARX, Karl. *Os Pensadores - Marx. Para a Crítica da Economia Política. Do Capital. O Rendimento e suas Fontes*. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999;

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;

_____. *Revista do Advogado*, n.º 37. São Paulo: AASP, setembro/1992;

_____ *et al.* *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

OTHON SIDOU, J. M. *Proteção ao Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977;

PARRA LUCAN, Maria Angeles. *Daños por Productos y Proteccion del Consumidor*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1990;

PAES DE ALMEIDA, Amador. *Teoria e Prática dos Títulos de Crédito*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995;

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999;

PRADO, Luiz Regis. *Crimes Contra o Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998;

RIBEIRO, Darcy. *O Processo Civilizatório*. 11ª edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1997;

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997;

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito Material (arts. 1º ao 54)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000;

RUFFOLO, Ugo. *Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1985;

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999;

SOUZA, Luiz Antônio. *Tutela Criminal Difusa*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999;

SOLSONA, Enrique F. *Defensa de Los Consumidores de Productos y Servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 1994;

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999;

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999;

Este material é parte integrante do site **Gente, Vida e Consumo**



www.gentevidaconsumo.org.br