V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

CARLOS LÓPEZ

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Carlos López, Frederico da Costa carvalho Neto e Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-250-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Globalização. 4. Relações de consumo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

Os trabalhos foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I", durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 08 a 10 de setembro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, sobre o tema “Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina”.

Os artigos provocaram amplos debates e a efetiva troca de experiências entre pesquisadores dos dois países, atingindo os objetivos do encontro para a divulgação da pesquisa sul-americana. O esforço e a dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho como se pode observar na profundidade dos artigos adiante apresentados:

1- A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E LIBERDADE – A autora aborda a evolução tecnológica e seu impacto no mercado de consumo com ênfase na liberdade de escolha por parte dos consumidores no comércio eletrônico e sua proteção pelo ordenamento jurídico, notadamente pelo Código de Defesa do Consumidor que têm dentre os direitos básicos dos consumidores o direito à livre escolha.

2- A PARTICIPAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL NA GOVERNANÇA SOBRE A EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO OFFSHORE - Neste estudo os autores abordam o desenvolvimento do Direito Internacional Público, em especial, o surgimento de novos sujeitos e atores, bem como a intensificação da complexidade das relações internacionais. Sob este ângulo, a governança surge como procedimento democrático para auxiliar na tomada de decisão sobre assuntos de interesse global, especificamente com relação a proteção sobre a exploração de petróleo offshore e sua relevância socioeconômica e ambiental, apontando os mecanismos da IMO (International Maritime Organization), para a promoção da governança no setor.

3- A RELAÇÃO ENTRE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VERSUS A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL - A temática, proposta pelos autores, trouxe a discussão da efetiva aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica como meio de resguardar os

direitos do consumidor, concluindo que esta possui a finalidade de adequar a pessoa jurídica aos seus intentos iniciais, coibindo seu uso indevido, protegendo, assim, o consumidor na sociedade de consumo.

4- A RELAÇÃO TRABALHO-CONSUMO NA MODERNIDADE LÍQUIDA - As autoras, analisaram as interações entre trabalho e consumo no contexto de um capitalismo globalizado, utilizando-se das alterações paradigmáticas de valores que ensejaram o que Zygmunt Bauman denominou de modernidade líquida. Investigaram as novas conformações assumidas pelo trabalho e pelo consumo, analisando criticamente o poder de influência que o consumo, em sua modalidade consumista, exerce sobre as relações laborais e, precipuamente, sobre o trabalhador. Concluindo que numa sociedade predominantemente de consumo, o trabalho e o trabalhador tendem a ser instrumentalizados, culminando na inconcebível objetivação e patrimonialização do Direito do Trabalho

5- ESPAÇOS POLÍTICOS DE DELIBERAÇÃO NO ÂMBITO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS DESAFIOS - Os autores abordam a importância da democracia participativa para demonstrar a responsabilidade cívico/política do consumidor com relação ao sistema protetivo da relação de consumo, bem como o papel do Estado como fomentador da atuação cívica da sociedade civil e as novas perspectivas de concretização de uma democracia deliberativa.

6- FORNECEDOR BYSTANDER POR CATIVIDADE MARCÁRIA NO CO-BRANDING - Neste artigo, os autores, estudaram a utilização do co-branding como tática empresarial para a ampliação e fidelização de mercado, com vistas a identificar a responsabilização pelos danos advindos do fornecimento com uso do co-branding. Sob esta perspectiva analisaram a natureza da relação de consumo, fundamental para a responsabilidade civil, levando em consideração que as marcas são vitais aos negócios contemporâneos por atraírem os consumidores. Assim, apresentaram a relação de consumo na hipótese do co-branding e sua responsabilização civil a partir do fenômeno de sua catividade marcária, estendendo para o campo dos fornecedores a figura do bystander.

7- INFORMAÇÃO E LAZER, ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES DOS CONSUMIDORES E O DIREITO DE LIVRE ESCOLHA NOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR ASSINATURA - O Autor aborda a subtração do direito de escolha do consumidor na aquisição de serviços, tomando como exemplo os serviços de televisão por assinatura. Analisa os direitos à informação e ao lazer assim como a ordem econômica, a livre concorrência e a defesa do consumidor. A autonomia privada e a intervenção do Estado nos serviços públicos prestados sob concessão. A Política Nacional das Relações de

Consumo, e o objetivo do atendimento das necessidades dos Consumidores e sua perseguição pelo Estado, o Direito a livre escolha comprometido pelo advento da Lei nº 12.485/2011.

8- OS ESTÍMULOS CONSUMERISTAS FRENTE À PUBLICIDADE ALIMENTAR: UM ESTUDO COMPARADO SOBRE A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS NO SURGIMENTO DA OBESIDADE INFANTIL NO BRASIL E NO URUGUAI. - A pesquisa das autoras, apresentou um importante corelacionamento entre a saúde infantil e os estímulos consumeristas da sociedade moderna, demonstrando que a exposição dos infantes à publicidade do consumo contribui para o desenvolvimento de doenças precoces, especialmente as relacionadas aos problemas com a obesidade infantil. Ao final, analisaram a existência, de forma comparativa, das normas regulamentadoras da temática no Brasil e no Uruguai.

9 - OS RISCOS DOS COMPONENTES QUÍMICOS DAS EMBALAGENS PLÁSTICAS E A IMPUTAÇÃO COLETIVA DE GUNTHER TEUBNER - Sob este tema, a autora, demonstrou a extensão interdisciplinar do direito do consumidor com a saúde e o meio ambiente, partindo para tanto da matriz pragmático-sistêmica, através da observação da relação entre os riscos dos componentes químicos das embalagens plásticas em contato com os alimentos, da cadeia industrial do setor dos plásticos e da imputação na responsabilidade civil. O estudo teve por objetivo final demonstrar que em razão de haver uma rota produtiva que envolve variadas organizações, depara-se com a dificuldade da imputação singular e, ao mesmo tempo, realizar uma associação com à noção de imputação coletiva de Gunther Teubner.

10 - PRIMEIRAS LINHAS ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO DE CONSUMO NO BRASIL - Neste trabalho, os autores, analisaram o assédio de consumo, objetivando esboçar os contornos dogmáticos de uma figura ignorada pelo direito brasileiro. Buscaram identificar as características mais salientes da Sociedade de Consumo e desenharam uma proposta de tratamento das patologias havidas nesta seara, sustentando, ao final, a possibilidade, mesmo na ausência de regra específica sobre a matéria, de tutela dos consumidores, eventualmente, assediados pelo Mercado.

11 - RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CELEBRIDADES NA PUBLICIDADE ILÍCITA - O autor, abordou a complexidade da publicidade no Direito do Consumidor, sob o ângulo da possibilidade de esta vir ser veículo de ilicitude que, com frequência, lesa os consumidores. Demonstrou que a eficiência publicitária depende do seu poder de persuasão e da credibilidade de suas fontes emissoras, deixando claro o papel fundamental das celebridades que dela participam, as quais exercem grande influência sobre o público e fazem

com que muitos consumidores acreditem nas suas opiniões, preferências e recomendações. Sob este aspecto, o estudo buscou a possibilidade de responsabilização civil das celebridades que participam de publicidades em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor.

12 - RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS USUÁRIOS - O tema tratado pelos autores traz uma questão incômoda da sociedade moderna, relacionada à dificuldade de responsabilização das redes sociais pelo conteúdo nelas veiculados. Os pesquisadores sustentam que as empresas mantenedoras de redes sociais na internet podem ser responsabilizadas pelos danos causados por seus usuários, para tanto, propõem uma interpretação analógica do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, para que as redes sociais respondam pelos danos causados por meio de suas plataformas, quando não for possível a identificação do usuário causador do dano.

13 - SUPERENDIVIDAMENTO E FALÊNCIA IDENTITÁRIA: A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO MECANISMO DE REVITALIZAÇÃO DO SER HUMANO - A discussão trazida pelo autor teve por elemento central demonstrar que a dignidade da pessoa humana, numa sociedade consumista, está intrinsecamente atrelada à participação do cidadão no consumo de bens e serviços para sua subsistência. Neste ambiente, a falência identitária do ser humano, retira-lhe a essência de protagonizar negócios jurídicos, além de produzir sua exclusão social e esfacelar sua identidade na sociedade globalizada, rompendo sua natureza humana para convívio digno com seus pares. Como solução a este problema, o autor, propõe o restabelecimento de padrões mínimos existenciais e a garantia da reintegração social do cidadão superendividado, havendo necessidade de se efetivar mecanismos de proteção aos consumidores através da solidariedade social como base de interlocução jurídica dos agentes econômicos.

14 - ¿PORQUE , OS PARAÍSOS FISCAIS OFFSHORE CENTROS GERAM RISCO DE LAVAGEM DE DINHEIRO? - A autora analisou tema significativo, de pouco interesse investigativo, tendo em vista seu caráter sensível, especialmente relacionado com à lavagem de dinheiro. Ressalta a importância do esclarecimento da origem dos Paraísos Fiscais e seu impacto sobre questões jurídicas, bem como os riscos advindos da existência destes com relação à lavagem de dinheiro.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma abrangente a pluralidade da temática decorrente da Globalização e as relações de consumo, analisando a questão não só sob o prisma do direito do consumidor, mas também a relação deste com os direitos fundamentais e outros ramos do direito, tais como, direito do trabalho, direito comercial etc.

Além disso, importante destacar que as discussões desenvolvidas no âmbito do Grupo de Trabalho, propiciaram uma troca de experiências quanto ao tratamento de assuntos análogos entre países coirmãos.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa de uma relação de consumo mais justa e transparente.

Prof. Dr. Carlos E. Lopez Rodríguez - UDELAR

Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto - UNINOVE

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - USP

INFORMAÇÃO E LAZER, ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES DOS CONSUMIDORES E O DIREITO DE LIVRE ESCOLHA NOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR ASSINATURA

INFORMACIÓN Y OCIO, SATISFACER LAS NECESIDADES DE LOS CONSUMIDORES Y EL DERECHO DE LIBRE ELECCIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN DE PAGO

Frederico da Costa carvalho Neto

Resumo

No presente trabalho o Autor aborda o direito de escolha pelo consumidor no serviço de televisão por assinatura. São apresentados e analisados os direitos à informação e ao lazer assim como a ordem econômica, a livre concorrência e a defesa do consumidor. A autonomia privada e a intervenção do Estado nos serviços públicos prestados sob concessão. A Política Nacional das Relações de Consumo, e o objetivo do atendimento das necessidades dos Consumidores e sua perseguição pelo Estado, o Direito a livre escolha comprometido pelo advento da Lei nº 12.485/2011. No final são apresentadas as conclusões

Palavras-chave: Informação, Lazer, Necessidade, Livre escolha

Abstract/Resumen/Résumé

En el artículo, el autor discute el derecho de elección de los consumidores en el servicio de televisión de pago. Los derechos de información y ocio son presentado y analizado así como el orden económico, la libre competencia y protección del consumidor. La autonomía privada, la intervención estatal y la prestación de servicios públicos. La Política Nacional de Consumo, la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el derecho a la libre elección y la Ley 12.485 / 2011. Al final se presentan las conclusiones

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Información, Ocio, Necesidad, Libre elección

Introdução

Pretendemos com o presente artigo, através do método indutivo, discorrer sobre o direito do consumidor à livre escolha nos serviços de televisão por assinatura. O consumo sustentável engloba também a liberdade de consumo na exata medida necessidade de quem consome tanto no acesso à informação como na busca pelo lazer. Para tanto dividimos o presente trabalho em seis capítulos, o primeiro em que discorreremos sobre o direito à informação e ao lazer garantidos na Constituição Federal Brasileira. No segundo capítulo, falaremos sobre a Constituição e a Ordem Econômica com ênfase na Livre Concorrência e na Defesa do Consumidor. No terceiro capítulo abordaremos a Autonomia Privada, a necessidade da Intervenção Estatal e a Prestação de Serviços Públicos. No quarto capítulo trataremos da Política Nacional das Relações de Consumo e o atendimento das necessidades dos consumidores em que pretendemos demonstrar que esse objetivo deve nortear a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo e se sobrepõe aos interesses, ainda que legítimos dos fornecedores. No quinto capítulo abordaremos o direito básico do consumidor a livre escolha e como Lei nº 12.485/2011 desatende tanto a Política Nacional das Relações de Consumo como o direito de escolher livremente. No sexto capítulo apresentaremos nossas conclusões.

1- Direito a Informação e ao Lazer

Não há dúvida no sentido que o acesso à informação e o direito ao lazer são direitos comuns a qualquer cidadão, sendo aquela pela primeira vez explicitamente incluída no rol dos direitos fundamentais[1] e o segundo garantido como direito social[2]. O direito à informação é consagrado em diversas Constituições e pelo Direito internacional[3]. Alexandre David Malfatti[4], observa que a informação tem três aspectos na Constituição Federal, o direito e o dever de informar e o direito de ser informado. José Afonso da Silva aponta a mudança daquele que era

[1] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

[2] "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

[3] Constituições da Rússia, de Portugal, Espanha, África do Sul e Alemanha. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimentos e outros.

[4] Em "Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor" Alfabeto Jurídico.

um direito individual para um direito de feição coletiva em razão das transformações experimentadas pela informação de uma forma geral[5] e observa que esse direito envolve a liberdade de informação a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias. [6] .

JJ Canotilho e Vital Moreira observam que o direito de buscar a informação é um direito que não pode ser tolhido[7]. Wilson Steinmetz entende que o Poder Público tem a obrigação de adotar políticas públicas que disponibilizem os meios de acesso à informação[8].

Embora fundamental, o acesso a informação ainda não foi garantido a todos os brasileiros, começando pelo fato da educação não estar ao alcance de todos até a inexpressiva contribuição do Poder Público no sentido de levar as informações até o cidadão. A grande contribuição, embora muito combatida pelos concessionários de serviço público de informação, para o acesso à informação ainda é a Voz do Brasil que tinha e ainda tem por finalidade levar a informação a todo o território nacional[9]. Lá certamente ouviremos a manifestação de parlamentares que dificilmente serão entrevistados pela mídia de âmbito nacional, assim como teremos ciência de fatos não reportados pelos veículos tradicionais. E necessário lembrar que ao contrário do que ocorre nas redes sociais em que o internauta navega pelos sites que tem interesse, no rádio o cidadão é simplesmente um ouvinte.

É certo que algumas prefeituras têm adotado programas de acesso gratuito à rede mundial de computadores, mas ainda de forma muito incipiente. E hoje estar informado é mais do que um direito, é uma necessidade básica.

---

[5] Diferenciando o direito de informar e o de ser informado diz: O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado no sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação de pensamento por esses meios, em direito de feição coletiva. Albino Greco notou essa transformação: "Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente - num direito subjetivo do individuo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação. Em Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores10ª edição, p. 252.

[6] Em Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 9ª edição, p.112.

[7] : "O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação. De procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar; é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado". Em Constituição da República portuguesa anotada, Editora Coimbra, 3ª. Edição, p.225.

[8] Em Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e Lenio Luiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina, p.301.

[9] Instituída em 1931 como Hora do Brasil, informando atos e notícias de interesse do Poder Executivo, mudou de nome posteriormente para Voz do Brasil contando também com noticiário do Poder Legislativo e mais recentemente com informações do Poder Judiciário Federal.

Com relação ao Lazer, cumpre destacar que embora consignado no artigo 6º da Constituição Federal, ainda é menosprezado[10], como se a ele só os poucos que pagam, pudessem ter acesso. O lazer é de todos e para todos e neste sentido o § 3º do artigo 217 da Constituição Federal determina ao Estado seu incentivo como forma de promoção social[11]. É, portanto, também um direito essencial[12] e também reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos[13] e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[14]. Grasiele Augusta Ferreira Nascimento e Daisy Rafaela da Silva, afirmam que o direito ao lazer está intimamente ligado ao artigo 1° da Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana[15].

Assim tanto os direitos de se informar como o direito ao lazer são garantidos na Constituição Federal, impondo-se ao Poder Público o dever de garantir o acesso do cidadão tanto às informações como ao lazer a que todos nós devemos ter acesso.

2- Constituição Federal e Ordem Econômica:

O Artigo 170 da Constituição Federal[16] que trata da ordem econômica estabelece dentre vários princípios o da livre concorrência e o da defesa do consumidor. Este aponta que qualquer

[10] Neste sentido observa Ingo Sarlet: O direito ao lazer, à semelhança do que acontece com outros direitos sociais, não teve seu conteúdo definido no texto constitucional, ainda que deste possam ser extraídas algumas diretrizes. Com efeito, na sua articulação com outros princípios e direitos consagrados na Constituição Federal(por exemplo, a referência ao lazer como um dos elementos a ser assegurado pela prestação do salário mínimo, bem como a garantia do pagamento de um terço sobre o valor das férias, o repouso remunerado, a limitação de jornada de trabalho, etc.), é possível identificar já no plano da Constituição, um corpo normativo que, em alguma medida, objetiva assegurar a toda e qualquer pessoa, um mínimo de fruição do lazer, impondo ao Poder Público o dever de assegurar as condições(por prestações materiais e normativas) que viabilizem o acesso e o exercício de atividades de lazer pela população. E adverte: Convém enfatizar que a garantia de lazer, aqui compreendida como direito fundamental, por vezes desprezado, quando não ridicularizado, assume dimensão essencial para a construção da personalidade humana e, na esteira do que já foi referido, integra a noção de um mínimo existencial sociocultural. Em Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 4ª. Edição, pp 648/649

[11] "Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social."

[12] Neste sentido Rogério Nunes dos Anjos Filho: É indispensável ao bem-estar do ser humano, estando incluído dentre as necessidades que devem ser atendidas pelo salário mínimo (art. 7º, IV, bem como entre os direitos a serem assegurados com absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem (art.277). Segundo a Constituição, é dever do Poder Público incentivar o lazer como forma de promoção social (art. 217, §3º). Em Dicionário de Direito Constitucional, Coordenação de Dimitrius Dimoulis, Editora Saraiva, p.230.

[13] No artigo 24: "Artigo 24 -Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias periódicas remuneradas."

[14] No artigo 7º, d: "Artigo 7º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados."

[15] Em Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Wagner Balera e Vladmir Oliveira da Silveira Coordenadores, organizado por Monica Bonetti Couto. Clássica Editora, p. 125.

[16] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto

atividade exercida no mercado de consumo se submete as regras da defesa do Consumidor estabelecidas, posteriormente por determinação constitucional,[17] no Código de Defesa do Consumidor.

E seguindo a referida determinação, ainda que com atraso, foi elaborado o diploma da defesa do consumidor[18]. No mesmo artigo 170 da Constituição Federal temos o princípio da livre concorrência que é essencial ao capitalismo e principalmente à defesa dos consumidores, pois se é certo que o mercado de consumo depende da oferta e da procura, também é certo que só com a livre concorrência o consumidor pode optar. Claro que outros fatores como o poder de compra e a estabilidade econômica garantem a renda e a possibilidade de aquisição de produtos e serviços.

Para efetivar o princípio da livre concorrência, o legislador constituinte determinou no § 4º do artigo 173 da Constituição Federal[19] a elaboração de lei para a repressão dos abusos econômicos, tendo sido elaborada posteriormente a Lei Antitruste em 1994[20] aperfeiçoada com a Lei nº 12.529/2011, que estruturou o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Mesmo assim ainda existe enorme resistência do empresariado brasileiro à livre concorrência. Certamente por conta da história política e econômica do país que a menos de cento e trinta anos convivia com o trabalho escravo e não faz muito tempo com a democracia, com a igualdade entre homem e mulher, enfim, uma país ainda jovem e subdesenvolvido. Um bom exemplo da não incidência ou da restrita concorrência está na quase inexistente publicidade comparativa[21] e também na restrita oferta de cores nos automóveis que em outros

ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

[17] Nos artigos, 5º, XXXII: "XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;" e no 48 das Disposições Transitórias: "Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."

[18] Não exatamente pelo Congresso Nacional como ficou determinado. Diante da inércia do Legislativo o então Ministro da Justiça Paulo Brossard nomeou uma comissão de juristas (Ada Pelegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari, Nelson Ney Jr. e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin), que elaborou o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, posteriormente encaminhado à Câmara dos Deputados.

[19] "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

[20] Lei nº 8.884/94

[21] Em A publicidade comparativa no Brasil e no Direito Comparado. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 28, p. 111/128, out/dez 1998.

países têm uma variedade maior, ao contrário dos nossos carros pretos, brancos, pratas e alguns tons de cinza.

Dessa verdadeira aversão decorre a cartelização em vários setores, começando pelas licitações em que se tem o costume generalizado de se dividir as obras públicas em lotes, para atender a todos os interessados, ao invés de se obter o melhor preço e na própria política que embora conte com um número enorme de partidos políticos, é disputada pelas famigeradas coligações, sem falar que o há anos maior partido político brasileiro, o P.M.D.B[22] não indica candidato à Presidência da República há mais de 20(vinte) anos, muito embora o atualmente presidente interino, tenha sido eleito vice-presidente.

Também na prestação de serviços públicos por concessionários sem monopólio, como ocorre na telefonia fixa e móvel em que os preços são praticamente os mesmos, está enraizada a ideia de que é melhor todos ganharem e quando isso ocorre quem perde e sempre perde são os consumidores.

De vez em quando, muito de vez em quando, aparece um novo concorrente querendo ganhar mercado com preços mais acessíveis, mas depois de obter uma boa parcela de clientes vem a acomodação e o firme propósito de não incomodar os novos parceiros.

E a livre concorrência está intimamente relacionada à livre iniciativa[23], não se podendo desprezá-la, sob pena de inviabilizar o primeiro fundamento da ordem econômica. Por outro lado, a livre concorrência atende ao princípio da defesa do consumidor e mais que isso, tanto um como outro necessitam de uma presença constante do Estado na busca da consecução da ordem econômica[24].

---

[22] Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

[23] Neste sentido observa Maitê Cecília Fabbri Moro: Quanto ao seu significado, pode ser entendida como uma decorrência lógica da opção pelo modelo econômico pautado na livre - iniciativa, embora esta possa haver sem dela decorrer a livre concorrência (como no tabelamento de preços). Princípio que deita raízes mais profundas no modelo econômico adotado, a livre concorrência visa a assegurar a sobrevivência do mercado e, dessa forma, fortalece a livre iniciativa (precisamente para aqueles que pretendam inserir-se no segmento econômico já existente). Um mercado que se baseia na livre concorrência é um mercado aberto, que atende as chamadas "leis do mercado"(basicamente oferta e procura) e que aceita, sem impor limites quantitativos, um grande número de empreendedores atuando em um mesmo setor." Em Dicionário de Direito Constitucional, Coordenação de Dimitrius Dimoulis, Editora Saraiva, p.237. No mesmo sentido José Afonso da Silva: "uma manifestação da liberdade de iniciativa, e para garanti-la a Constituição estatui que a "lei reprimir[á o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art.173, §4). Os dois dispositivos complementam-se no mesmo objetivo. Visam a tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe então ao Estado intervir para coibir o abuso." Em Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 9ª. edição, p. 728.

[24] Juarez Freitas aponta a ineficiência do mercado e a necessidade de uma vigilância: O mercado, por si só, não consegue lidar com aspirações imateriais e com a s externalidades negativas e, via de consequência, solicita a mais vigilante regulação pluralista, interdisciplinar e independente das pressões espúrias dos plutocratas e dos manipuladores. Em Sustentabilidade Direito ao Futuro, Editora Fórum, 2ª edição, p. 115.

E essa presença é essencial para a proteção dos consumidores, exatamente porque necessitam da livre concorrência para poderem optar, escolher e não ficarem submetidos aos cartéis[25].

Mas o Estado não intervém como deveria e a realidade nos mostra que falta faz a livre concorrência de forma efetiva com a competição dentro da legalidade. A inobservância desse fundamental princípio da ordem econômica prejudica os consumidores não possibilitando o atendimento de suas necessidades e a possibilidade de livre escolha, asseguradas pelo Código de Defesa do Consumidor. Bruno Miragem faz a conexão entre o princípio da livre concorrência e a defesa do consumidor e fala da absoluta necessidade de interação entre os dois princípios[26]:

3.-Autonomia Privada, Intervenção Estatal e a Prestação de Serviços Públicos:

É certo que a Constituição Federal adotou o regime capitalista, a iniciativa privada, a propriedade privada e a ela atribuiu uma função social. Essa última afasta por completo qualquer possibilidade de direito absoluto sobre a propriedade, da prevalência do direito individual sobre o interesse coletivo. Por outro lado, o direito evoluiu e partiu da autonomia da vontade[27] para a autonomia privada[28].

---

[25] Maitê Moro sobre o benefício da concorrência e os consumidores diz: "Por fim vale ressaltar que a livre concorrência não só oferece garantias aos competidores, mas, indiretamente, também favorece os consumidores e a evolução da economia nacional, pois os concorrentes têm interesse e buscam aperfeiçoar-se na ânsia de angariar maior clientela"Idem, p. 238.

[26] "A rigor, os diretos de concorrência e do consumidor são muito próximos, se os considerarmos como respostas do direito a uma serie de transformações e fenômenos econômicos nos últimos sessenta anos. Por outro lado, ambos se assemelham quanto a certos fins comuns que propugnamos, como é o caso da eficiência do mercado (proteção contra as falhas do mercado). Diante disso é que cresce entre nós a tese sobre a absoluta necessidade de interação entre o direito do consumidor e o direito de concorrência, o que pode ser promovido pela consideração do interesse da proteção do consumidor pelas decisões adotadas pelos órgãos vinculados à defesa da livre-concorrência. "Em Curso de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, 5ª. edição, p.79.

[27] Há controvérsia sobre a adequação do termo, autonomia da vontade e autonomia privada. Pontes de Miranda (*apud* Paulo Luiz Netto Lobo, Direito Civil, Contratos, Editora Saraiva, p. 59)preferia falar em autor regramento da vontade, entendendo que autonomia implica em poder de produção de norma que não está ao alcance do cidadão e quanto a atribuição de autonomia privada, incompleta porque não abarcaria o autor regramento em matéria de direito público[27]. Emilio Betti aponta o auto regulamento de determinados interesses individuais (Teoria Geral do Negócio Jurídico, Servanda Editora, p.82). Paulo Luiz Netto Lobo diferencia as expressões por seus respectivos momentos históricos. Autonomia da vontade em decorrência do individualismo e da soberania da vontade individual e Autonomia privada limitada pela intervenção do estado" Em Contratos, Editora Saraiva, p. 58.

[28] Claudio Luiz Bueno de Godoy falando sobre os dois momentos, observa: "essa liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, , classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação. " E conclui: " Ora em face desse panorama, forçoso admitir a necessidade de se recompreender a autonomia da vontade, de explicá-la em novos moldes, base do que hoje se chama de autonomia privada Em Função Social do Contrato, Editora Saraiva, 4ª edição, pp.31/32.. Neste sentido, oportunas também as palavras de Alexandre Guerra: Os princípios regentes da Revolução Francesa fizeram com que o direito passasse a ser concebido como a maior arma de proteção do indivíduo contra o arbítrio do estado. Liberdade, igualdade e propriedade foram inicialmente proclamadas como direitos absolutos. No entanto, com a alteração das relações sociais que se seguiram, passou-se a abusar especialmente da liberdade ampla e geral então conferida, que veio a

Nessa evolução, seguiu também a Constituição Federal alçando a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica e nesta defesa o legislador infraconstitucional taxativamente reconheceu a desigualdade entre os contratantes, fornecedor e consumidor ao reconhecer a vulnerabilidade deste. Essa evolução do direito não é nova, pelo contrário bem antiga, bastando lembrar o que dizia Rousseau sobre a vontade na contratação, prejudicada na maioria das vezes pela necessidade[29] E entre nós, Carvalho Santos no sentido que a liberdade contratual tinha limites[30].

E se houve por um momento a supremacia da vontade individual, e o império da autonomia da vontade, isto se deu certamente pela parca presença do Estado. Neste sentido o próprio legislador brasileiro que no antigo Código Civil conferiu ampla liberdade na contratação, viu-se obrigado a regular de forma diferenciada alguns contratos como, por exemplo, o de locação que já foi objeto de várias leis especiais e atualmente é regulado pela Lei número 8.245/91, e o do trabalho[31] hoje regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A intervenção estatal é necessária, pois como já dizia, os homens nascem iguais, mas a natureza os torna diferentes, sendo a lei o mecanismo para reequilibrar as relações[32]. No Código de Defesa do Consumidor, a Política Nacional das Relações de Consumo, adiante abordada, que tem entre seus objetivos a proteção dos interesses econômicos dos consumidores, determina ao Estado o estudo constante do mercado de consumo. Portanto, a intervenção estatal não é propriamente uma opção política, mas uma necessidade social e nessa trilha seguiu a legislação consumerista[33].

---

ser empreendida justamente como meio de exploração dos fracos pelos fortes. Em Responsabilidade Civil por Abuso de Direito, Editora Saraiva, pp.397/398.

[29], Em " O contrato social" Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.001, p.12.

[30] Em Código Civil Brasileiro Interpretado, Editora Freitas Bastos 7ª edição, volume XV, pp. 6/7

[31] Anteriormente regulado nos artigos 1.216 a 1.229 do Código anterior que assim dispunham:" Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição." "Art. 1.217. No contrato de locação de serviços, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser por escrito e assinado a rogo, subscrevendo-o, neste caso, quatro testemunhas." "Art. 1.218. Não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade." "Art. 1.219. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações." ..."...Art. 1.229. São justas causas para dar o locatário por findo o contrato: I – força maior que o impossibilite de cumprir suas obrigações; II – ofendê-lo o locador na honra de pessoa da sua família;
III – enfermidade ou qualquer outra causa que torne o locador incapaz dos serviços contratados; IV – vícios ou mau procedimento do locador; V – falta do locador à observância do contrato; VI – imperícia do locador no serviço contratado."

[32] Em "O Espírito das Leis", Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.000, p.123 JJ Rousseau, Em " O contrato social" Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.001, p.12.

[33] A esse respeito, oportuna a lição de Bruno Miragem: "O princípio da intervenção do Estado resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A Constituição brasileira, ao consagrar o direito do consumidor como fundamental, o faz impondo ao Estado o dever de defesa deste direito. Neste sentido, impõe que por intermédio da lei, intervenha no sentido de proteção do interesse do consumidor. Assim não se exige do Estado a neutralidade ao arbitrar, via legislativa ou judicial, as relações entre consumidores

No caso das chamadas Televisões fachadas, ou por assinatura, temos um serviço público prestado sob a forma de concessão de acordo com a disposição do artigo 223 da Constituição Federal[34] e como em todas as concessões, as concessionárias estão sujeitas as disposições do artigo 175 da Constituição Federal que fala que a lei disporá sobre o direito dos usuários[35].

O direito dos usuários está previsto no Código de Defesa do Consumidor e não há dúvida de que os serviços públicos prestados mediante remuneração estão sujeitos à legislação consumerista, pelas disposições dos artigos 1º, 3º, 6º, X e 22 da Lei 9078/90[36].

Assim a oferta desses serviços se sujeitam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que como veremos busca o atendimento das necessidades dos consumidores e garante a livre escolha, vedando o consumo forçado, as vendas casadas e os abusos no mercado de consumo de uma forma geral, tanto que dentre os direitos básicos dos consumidores está o da proteção contra as chamadas práticas comerciais abusivas[37].

4. A Política Nacional das Relações de Consumo e o atendimento das necessidades dos consumidores.

e fornecedores. Ao contrário, o dever estatal de defesa do consumidor faz com que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, nesta condição, estabeleça aos consumidores uma série de direitos subjetivos e aos fornecedores os respectivos deveres de realizar tais direitos." Em Curso de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, p. 139

[34] "Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal."

[35] "Art. 175. 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

[36] " Art. 1° - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas disposições transitórias." "Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. "Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: X- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral". "Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único – Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código."

[37] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;"

Não é exagero afirmar que toda lei que tem por finalidade regular relação marcada pela desigualdade sofre ataques daqueles que não se conformam com o tratamento diferenciado dado a outra parte. É assim na relação de trabalho tanto que vira e mexe os setores mais conservadores falam em reforma trabalhista, defendendo sempre o retrocesso. Empresários e políticos falam na necessidade de reformulação das normas trabalhistas. Essa gente ainda tem saudade do já mencionado antigo Código Civil de 1916 que até 9 de novembro de 1943 regulava o hoje chamado contrato de trabalho.

Sempre que a lei protege os mais fracos sofre constantes ataques dos mais fortes, aquela pequenina parcela da população que detém a esmagadora maioria da riqueza nacional. Com relação ao Código de Defesa do Consumidor, não foi e não é diferente. Claro que não se fala abertamente contra a Lei nº 9.078/90, mas se repete a velha e carcomida ideia de que o Estado é intervencionista e que o mercado é quem deve regular as relações sem regras legais. Ideia repetida por empresários e por suas marionetes políticas e, claro, por nove em cada dez economistas.

No artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor traçou o legislador a Política Nacional das Relações de Consumo. Muito embora norma programática não seja propriamente uma novidade, vide a antiga Lei nº6.938/81 que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, o fato é que os objetivos e os princípios constantes do artigo quarto ainda não foram apreendidos pela sociedade e no caso específico da relação de consumo, pelos fornecedores de produtos e serviços.

Ainda se trabalha nas empresas de uma forma geral com as regras objetivas e principalmente com a probabilidade da punição e o risco existente em certas práticas sabidamente ilícitas. Essa conduta pautada numa espécie de ciência atuarial[38], é fomentada pelo próprio Estado, pela escandalosa omissão e por que não dizer pela conivência do Poder Público, tanto na área do Executivo com as manobras das chamadas agências reguladoras, como no Judiciário que tem o péssimo costume de fechar os olhos para a efetividade na prevenção e reparação de danos[39] e no Legislativo, como se verá adiante, legislando contra os interesses dos

[38] A ciência atuarial é a ciência das técnicas específicas de análise de riscos e expectativas, principalmente na administração de seguros e fundos de pensão. Esta ciência aplica conhecimentos específicos das matemáticas estatística e financeira.

[39] Determinada pelo legislador, tanto na Constituição Federal que fala em indenização proporcional ao agravo: " Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;" como no CDC: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

Consumidores. O Estado não se dá conta da função social do Código de Defesa do Consumidor[40].

De outro lado o poder público atendendo aos reclamos dos grandes fornecedores, inclusive daqueles que na condição de concessionários ou permissionários prestam serviços públicos e que de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal deveriam respeitar o direito dos usuários, concedendo as empresas, por exemplo, o direito de impor na oferta de serviços de tevê por assinatura, pacotes, possibilitados pela Lei nº12.485/2011[41] que abordaremos adiante, em escancarada venda casada, vedada no artigo 39, I do CDC[42].

Voltando a Política Nacional das Relações de Consumo[43], ela tem objetivos que estão alinhavados no caput do artigo 4º, e o primeiro deles, o atendimento das necessidades dos consumidores é o que nos interessa. Marcelo Gomes Sodré, que auxiliou a comissão que elaborou anteprojeto do CDC, explica que esse objetivo traz a ideia de que os consumidores sejam tratados como cidadãos[44].

No mesmo artigo 4º existe a determinação de estudo constante do mercado de consumo por parte do Estado[45]. A necessidade do cidadão, inclui o atendimento de seus direitos e garantias fundamentais, e a presença do Estado e segundo Marcelo Sodré essa determinação envolve o dever de legislar, educar e proteger o consumidor e inclusive prestar serviços públicos de qualidade[46]. Como pretendemos demonstrar, não é o que vem fazendo Estado para os consumidores de televisão por assinatura.

---

[40] E sobre essa função ensinam Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman Benjamin e Vasconcelos[40]:" O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de função social traz como conseqüência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade... " "... São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas."

[41] Como consta em seu artigo primeiro, regula o serviço de tv por assinatura: "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado."

[42] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;"

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

[44] "O primeiro objetivo- atendimento dos consumidores- diz respeito sobretudo ao tema do acesso ao consumo. Em uma sociedade desigual como a nossa, na qual grande parte está excluída da possibilidade de consumir, a mais importante meta a ser atingida é permitir a todos um nível de consumo que atenda às necessidades básicas: serviços públicos, alimentação a educação, moradia e lazer. Esse dispositivo traz a ideia de que, na sociedade de consumo os consumidores sejam tratados como cidadãos." Em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Coordenação Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira. Editora Verbatim, p. 41.

[45] "Art. 4º... VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo."

[46] Idem, p.43.

5.- Do direito básico à livre escolha e a Lei nº 12.485 de 2011:

Com relação aos direitos básicos, é importante destacar que básico é o mínimo, não comporta discussão ou mitigação. Frederico da Costa Carvalho Neto fala que os direitos previstos no artigo 6º do CDC são as cláusulas pétreas do contrato de consumo[47]. Dentre os direitos básicos, está o da livre escolha[48] que importa no acesso a todos os produtos e serviços oferecidos para se exercer a liberdade de escolher.

Não é o que ocorre na prática por que se é certo que o fornecedor pode empreender e oferecer produtos e serviços no mercado de consumo, isso não exime o dever que lhe é imposto em contrapartida a esse direito do consumidor. Isso implica na oferta ampla de todos os produtos e serviços que são disponibilizados pelo fornecedor no mercado de consumo. É recorrente a restrição por parte de alguns fornecedores na oferta de alguns produtos. Peguemos por exemplo o setor de bebidas em que os líquidos são oferecidos em quantidades diferentes. Muito embora o artigo 39 vede expressamente a recusa da venda de produtos em estoque[49], muitos supermercados colocam nas gondolas as embalagens maiores, ou as que menos vendem, não disponibilizando as embalagens que são mais úteis ao consumidor. No setor de serviços vemos com frequência a oferta de pacotes como se a escolha da quantidade e qualidade não competisse ao consumidor

A Lei nº 12.485 de 2011, permite o oferecimento de pacotes para os consumidores[50]. A questão poderia ser de ordem técnica, se o oferecimento de poucos canais fosse inviável para

---

[47] Em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Coordenação Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira. Editora Verbatim, p.61.

[48] Art. 6º São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

[49] Pela disposição do inciso II do artigo 39: "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;"

[50] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Parágrafo único. Excluem-se do campo de aplicação desta Lei os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, ressalvados os dispositivos previstos nesta Lei que expressamente façam menção a esses serviços ou a suas prestadoras.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Assinante: contratante do serviço de acesso condicionado;

X - Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras;

XI - Empacotamento: atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante;

XVI - Pacote: agrupamento de canais de programação ofertados pelas empacotadoras às distribuidoras, e por estas aos assinantes, excluídos os canais de distribuição obrigatória de que trata o art. 32;

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de

as empresas. Claro que obrigar o oferecimento com prejuízo, seria absurdo e violaria o inciso III do artigo 4º do CDC que estabelece o princípio da harmonização dos interesses tanto de fornecedores como de consumidores[51]. Se fosse essa questão, bastaria a Lei estabelecer um número mínimo de canais, ou a possibilidade de o consumidor escolher pacotes em quantidades. Mas caberia, por exemplo, ao consumidor escolher num pacote de vinte canais, cinco de notícias, quatro de esportes e onze de filmes.

Mas as empresas oferecem pacotes com inúmeros canais, enquanto o interesse dos consumidores normalmente se restringe somente a alguns canais. A regra de experiência demonstra que dificilmente os consumidores assistirão a todos os canais incluídos no pacote.

---

conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente.

Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.

§ 1º Da parcela mínima de canais brasileiros de espaço qualificado de que trata o caput, pelo menos 1/3 (um terço) deverá ser programado por programadora brasileira independente.

§ 2º A empacotadora estará obrigada a cumprir o disposto no caput até o limite de 12 (doze) canais brasileiros de espaço qualificado.

§ 3º As empacotadoras que ofertarem pacotes distribuídos por tecnologias que possibilitem distribuir, no máximo, pacotes com até 31 (trinta e um) canais de programação estarão obrigadas a cumprir o disposto no caput deste artigo até o limite de 3 (três) canais, bem como serão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 18.

§ 4º Dos canais brasileiros de espaço qualificado a serem veiculados nos pacotes, ao menos 2 (dois) canais deverão veicular, no mínimo, 12 (doze) horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, 3 (três) das quais em horário nobre.

§ 5º A programadora de pelo menos um dos canais de que trata o § 4º não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens.

Art. 18. Nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo pacote ou na modalidade avulsa de programação, observado o disposto no § 4º do art. 19. Parágrafo único. As programadoras dos canais de que trata o caput deste artigo não poderão deter relação de controle ou coligação entre si.

Art. 19. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 16 e 17, serão desconsiderados:

I - os canais de programação de distribuição obrigatória de que trata o art. 32, ainda que veiculados em localidade distinta daquela em que é distribuído o pacote;

Art. 31. As prestadoras do serviço de acesso condicionado somente poderão distribuir conteúdos empacotados por empresa regularmente credenciada pela Ancine, observado o § 2º do art. 4º desta Lei.

§ 1º As prestadoras do serviço de acesso condicionado deverão tornar pública a empacotadora do pacote por ela distribuído.

§ 2º A distribuidora não poderá ofertar aos assinantes pacotes que estiverem em desacordo com esta Lei.

Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:"

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

Um idoso, um adulto, não têm, normalmente, interesse nos canais infantis, mas são obrigados por conta dos pacotes a pagar por um serviço que provavelmente não utilizarão.

Quem legitima essa prática abusiva que nada mais é do que venda casada é o próprio Estado que aprova Lei contra os interesses dos consumidores, desatendendo ao dever que lhe foi designado pela Política Nacional das Relações de Consumo. Essa postura desatende os princípios da ordem econômica, da livre concorrência e da defesa do consumidor, ferindo o CDC que é lei principiológica[52] e que prevalece sobre qualquer outra norma de consumo.

Entendemos que essa permissão não convive harmonicamente com as normas do Código de Defesa do Consumidor e não prevalece, estando em desacordo com o princípio da defesa do consumidor. Nem se pode cogitar de que lei mais nova se sobrepõe a mais antiga, não só porque a Lei nº 9078/90 é principiológica, mas porque é norma geral de consumo e neste caso, segue-se a determinação do parágrafo segundo do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro[53].

6.-Conclusões:

Os direitos à informação e ao lazer estão garantidos na Constituição Federal. A ordem econômica tem entre seus princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor. A livre concorrência não admite a imposição ao consumo. O Código de Defesa do Consumidor desautoriza práticas abusivas, além de garantir a livre escolha que é pressuposto do consumo sustentável. A atividade empresarial passa pela autonomia privada e pela intervenção estatal. Os serviços públicos podem ser oferecidos pelo regime de concessão, mas sempre coma obediência aos direitos dos consumidores. Mas o Estado Brasileiro em que pese alguns dizerem que está voltado aos mais necessitados, está como sempre esteve, a serviço dos interesses do grande capital.

Mas tanto a Constituição Federal como o Código de Defesa do Consumidor conferem além do direito material acima apontado, instrumentos processuais e administrativos para a defesa dos direitos dos consumidores tanto no aspecto individual como no coletivo e está mais do que na hora dos colegitimados do artigo 82 do CDC partirem para a defesa dos interesses dos consumidores.

---

[52] Neste sentido esclarece Nelson Nery Jr.: O microssistema do CDC é lei de natureza principiológica. Não é nem lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC." Em Leis Civis Comentadas, Editora Revista dos Tribunais, p.18.

[53]" Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

REFERÊNCIAS:

ANJOS FILHO, ROGÉRIO NUNES DOS**, Dicionário de Direito Constitucional**, Coordenação de Dimitrius Dimoulis, Editora Saraiva

BETTI, EMILIO, **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, Servanda Editora,

GODOY, CLAUDIO LUIZ BUENO DE, **Função Social do Contrato**, Editora Saraiva, 4ª edição

CANOTILHO J.J. E VITAL MOREIRA**, Constituição da República Portuguesa anotada**, Editora Coimbra, 3ª edição

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, **Comentário Contextual à Constituição**, Malheiros Editores, 9ª edição

CARVALHO NETO, FREDERICO DA COSTA, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor,** Coordenação Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira. Editora Verbatim

FERREIRA, GRASIELE AUGUSTA E DAISY RAFAELA SILVA, **Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,** Wagner Balera e Vladmir Oliveira da Silveira Coordenadores, organizado por Monica Bonetti Couto. Clássica Editora,

FREITAS, JUAREZ, **Sustentabilidade Direito ao Futuro**, Editora Fórum, 2ª edição

GUERRA, ALEXANDRE DARTANHAN DE MELLO**, Responsabilidade Civil por Abuso de Direito**, Editora Saraiva

LOBO, PAULO LUIZ NETTO, **Direito Civil, Contratos**, Editora Saraiva

Malfatti, Alexandre David, **Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor**, Alfabeto Jurídico.

MARQUES, CLAUDIA LIMA, VASCONCELOS, ANTONIO HERMAN BENJAMIN, MIRAGEM, BRUNO, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, Editora Revista dos Tribunais

MIRAGEM, BRUNO, **Curso de Direito do Consumidor**, Editora Revista dos Tribunais, 5ª. edição

MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, BARON DE, **O Espírito das Leis**, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2.000

MORO, MAITE CECÍLIA FABBRI, **Dicionário de Direito Constitucional**, Coordenação de Dimitrius Dimoulis, Editora Saraiva

NERY JR, NELSON, **Leis Civis Comentadas**, Editora Revista dos Tribunais

SANTOS, JOÃO MANOEL DE CARVALHO, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, Editora Freitas Bastos 7ª edição, volume XV

ROUSSEAU, JEAN JACQUES, **O contrato social**, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2001

SARLET, INGO WOLFANG, MARINONI, LUIZ GUILHERME, MITIDIERO DANIEL, **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva, 4ª edição

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 10ª edição

SIQUEIRA, RICARDO LAGRECA, DAL BIANCO DÂNAE, **A publicidade comparativa no Brasil e no Direito Comparado**. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 28

SODRÉ, MARCELO GOMES, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, Coordenação Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira e Patrícia Caldeira. Editora Verbatim

STEINMETZ, WILSON, Comentários à Constituição do Brasil, Coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfang Sarlet e Lenio Luiz Streck, Editora Saraiva e Editora Almedina.