



Instituto Brasiliense de Direito Público

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

PAULO ROBERTO ROQUE ANTÔNIO KHOURI

**O DIREITO À INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO
CONSUMIDOR. LIMITES E FUNDAMENTOS.**

Brasília
2021

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

PAULO ROBERTO ROQUE ANTÔNIO KHOURI

**O DIREITO À INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO
CONSUMIDOR. LIMITES E FUNDAMENTOS.**

Apresentação da Tese de Doutorado na
Escola de Direito do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet
Branco.

Brasília
2021



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM
DIREITO CONSTITUCIONAL

ATA DE DEFESA DE TESE

Discente: PAULO ROBERTO ROQUE ANTONIO KHOURI

Registro Acadêmico: 1914689

Título do Trabalho:

O DIREITO À INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

LIMITES E FUNDAMENTOS

Orientador(a): PAULO GUSTAVO GONET

BRANCO Banca Examinadora:

Prof Dr. Bruno Miragem	Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes	Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP
Prof. Dr. IJhsses Schwarz Viana	Instituto Brasiliense de Direito público (IDP)

RESULTADO:

Após o exame do trabalho, apresentação oral e arguição do(a) candidato(a), a banca examinadora decidiu.

PELA APROVAÇÃO
 PELA REFORMULAÇÃO
 PELA REPROVAÇÃO

Observações:

Sem observações.

Assinaturas da Banca Examinadora:

Prof. Dr. Bruno Miragem	BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM:95235540000	Assinado de forma digital por BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM:95235540000 Dados: 2021.11.11 15:40:03 -03'00'
Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes		
Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana	ULISSES SCHWARZ VIANA	Assinado de forma digital por ULISSES SCHWARZ VIANA Dados: 2021.11.11 14:43:25 -03'00'

5/11/2021 10:00

“Comece fazendo o que é necessário, depois o que é possível, e de repente você estará fazendo o impossível.”

São Francisco de Assis

A Deus e toda a energia com que ele me desperta a cada manhã.

À Mariana, minha esposa, pelo apoio, cumplicidade e paciência, que foram e são fundamentais na realização desse sonho!

À Maria Luiza, minha primogênita, que hoje já está dando os primeiros passos nos caminhos do direito!

Ao João Paulo e à Julia, que com suas inocências me lembram sempre o compromisso de nunca decepcionar a criança que existe em mim.

À Laila, minha Senhora Mãe, referência de todos os meus sonhos e projetos.

Ao meu Pai Roque, in memoriam, por ter me ensinado os valores da persistência e da humildade nas caminhadas da vida!

Ao Elias e Conceição, irmãos queridos que a vida levou...

AGRADECIMENTOS

Ao meu eterno Professor e Mestre José de Oliveira Ascensão, que, durante meu Mestrado na Universidade de Lisboa, ensinou-me a coragem doutrinária.

Ao saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que me estimulou sempre minhas investigações acadêmicas no direito privado.

Ao Professor Paulo Gonet Branco, pela sua humanidade ímpar e sabedoria.

Aos colegas da Roque Khouri & Pinheiro pelo apoio no Doutorado e por permitirem sempre a lucidez de transitar da academia para a realidade do direito.

Ao IDP, por nos permitir ensinar o direito e debatê-lo com liberdade e pluralismo.

A todos meus atuais e ex alunos do UNICEUB e do IDP, sem os quais esse meu trabalho não seria possível.

RESUMO

A partir do marco constitucional do art. 5.º, XXXII, a presente investigação se debruçou sobre a importância do direito à informação nas relações de consumo e seus limites. A assimetria informativa é o grave problema que impeliu o legislador à outorga do direito à informação na busca de efetividade do dever proteção constitucional do consumidor. Embora o problema fático que leva à necessidade da outorga do direito à informação é vulnerabilidade do consumidor, ou seja, sua dificuldade de autoproteção, o fundamento jurídico desse direito está na proteção constitucional da igualdade e da liberdade. Esse direito é concedido em favor do consumidor para que sejam restabelecidas minimamente a igualdade e a liberdade nas relações de consumo. Nesse sentido, o direito à informação atua não como um fim em si mesmo, mas como um direito instrumental que visa à tutela específica de interesses do consumidor, quais sejam: (i) a liberdade de escolha; (ii) a saúde e segurança; e (iii) o interesse econômico na execução do contrato. O direito à informação do consumidor tem seu regime geral no art. 6.º, III, do CDC que impõe a necessidade de que toda informação ao consumidor seja *clara* e *adequada*. Enquanto a *clareza* volta-se para a compreensibilidade do que é informado, a *adequação* concentra-se em identificar se as informações disponibilizadas são essenciais à tutela dos interesses protegidos. Defendeu-se, no âmbito desta investigação, que, por conta da *adequação*, o fornecedor não está obrigado a informar sobre todos os aspectos do produto ou serviço ao consumidor, devendo selecionar previamente quais informações são aptas à tutela dos interesses protegidos no fornecimento específico do produto ou serviço. Identificou-se ainda, no âmbito deste trabalho, com suporte em uma pesquisa de campo quantitativa, a presença de vários obstáculos que vão militar contra a efetividade do direito à informação na tutela dos interesses que busca proteger, inclusive, a inércia do próprio consumidor, visto que cerca de 40% dos consumidores declararam que não leem total ou parcialmente as informações disponibilizadas. Como a mensagem informativa ao consumidor pertence, naturalmente, ao processo de comunicação que se estabelece com o fornecedor; emergem também todos os obstáculos naturais desse processo, inclusive os próprios *ruidos* comunicacionais, a militarem contra a efetividade do próprio direito. A investigação também apontou que o consumidor pode exercer sua liberdade e autodeterminação sobretudo recusando-se livremente e sem constrangimentos a se informar.

Palavras-chave: Direito à informação; dever de proteção constitucional do consumidor; limites e fundamentos.

ABSTRACT

Based on the constitutional framework of Article 5, XXXII, this research focused on the importance of the right to information in consumer relations and its limitations. The informational asymmetry constitutes a serious problem which has led the legislator to grant the right to information in the search for effectiveness of the constitutional protection duty of the consumer. Although the factual problem is the consumer's vulnerability or, in other words, their difficulty in protecting themselves, the legal basis of this right is in the constitutional protection of equality and freedom. This right is granted in favor of the consumer so that equality and freedom in consumer relations are minimally restored. In this sense, the right to information acts not as an end in itself, but as an instrumental right that aims at the specific protection of consumer interests, namely: (i) freedom of choice; (ii) health and safety; and (iii) economic interest in the performance of the contract. The right to consumer information has its general regime in article 6, III, of the CDC, which imposes the need for all consumer information to be clear and adequate. While the clarity focuses on the intelligibility of what is informed; the adequacy concentrates on identifying whether the information made available is essential to the protection of the protected interests. This research defends that, due to the adequacy, the supplier is not obliged to inform about all the aspects of the product or service to the consumer, and must previously select which information is suitable to protect the interests protected in the specific supply of the product or service. Supported by quantitative field research, this paper identifies several obstacles to the effectiveness of the right to information in the protection of the interests it seeks to protect, including the inertia of the consumer himself, since about 40% of consumers have stated that they do not read all the information available. As the informative message to the consumer naturally belongs to the communication process that is established with the supplier, all the natural obstacles of this process also emerge, including the communication noise itself, which also work against the effectiveness of the right itself. The investigation also pointed out that the consumer may exercise their freedom and self-determination, including by freely and unconstrainedly refusing to be informed.

Keywords: Right to information; duty constitutional consumer's protection; limits and law fundamentals.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR..	10
1.1 A ASSIMETRIA INFORMACIONAL ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR	17
2 O DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO	25
2.1 COMO OPERAM OS DEVERES DE PROTEÇÃO.....	30
2.2 O LIMITE AO ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. O LEGISLADOR NÃO PODE TUDO	33
2.3 A PROIBIÇÃO DE REGULAR DE MENOS (PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA) E DE REGULAR DEMAIS (A PROIBIÇÃO DO EXCESSO).....	36
2.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA DO CONSUMIDOR E A PROIBIÇÃO DO EXCESSO.....	37
2.5 O DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR MATERIALIZADO NO <i>DESVIO PROPOSITAL</i> AO REGIME DO DOLO E DO ERRO DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO	39
2.5.1 Do direito à informação do consumidor e o desvio da prova diabólica na culpa in contrahendo	46
3 A PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR QUANTO À EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO	50
3.1 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO	51
3.2 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A LEITURA DOS CONTRATOS	52
3.3 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O GRAU DE SUFICIÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DAS INFORMAÇÕES	54
3.4 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O MOTIVO DE NÃO LER OS CONTRATOS.....	55
3.5 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE AS FONTES DE INFORMAÇÃO A QUE ELE RECORRE COM FREQUÊNCIA.....	57
3.6 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O GRAU DE SIMPLICIDADE DAS INFORMAÇÕES.....	60
3.7 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A CRIAÇÃO DE PERFIL EM REDES SOCIAIS.....	63
3.8 A INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO DE COMUNICAÇÃO ENTRE O FORNECEDOR E O CONSUMIDOR.....	65
3.9 A IDEIA DO CONSUMIDOR MÉDIO E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.....	72

4 DO REGIME GERAL DO DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....81

- 4.1 O ART. 6.º, III, DO CDC COMO *CLÁUSULA GERAL* E MATRIZ DO REGIME DO DIREITO À INFORMAÇÃO83
- 4.2 DOS ELEMENTOS QUE DEVEM INTEGRAR OS REQUISITOS DA CLAREZA E DA ADEQUAÇÃO DA INFORMAÇÃO88
 - 4.2.1 O requisito da clareza.....90
 - 4.2.2 O requisito da adequação.....93
- 4.3 O EXCESSO DE INFORMAÇÃO COMO DESCUMPRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO95
- 4.4 O REQUISITO MATERIAL DA ADEQUAÇÃO DA INFORMAÇÃO COMO PRINCIPAL PROBLEMA A RESOLVER99
 - 4.4.1 O direito à informação como instrumental99

5 OS INTERESSES PRIMARIAMENTE TUTELADOS PELO DIREITO À INFORMAÇÃO.....104

- 5.1 DA INTENSIDADE QUANTO AO DEVER DE INFORMAR. ENTRE SIMPLEMENTE INFORMAR, ESCLARECER E ACONSELHAR.....107
 - 5.1.1 Dever complementar de esclarecimento e o dever de autoinformação do consumidor112
- 5.2 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL, PRINCIPALMENTE DAS CONTRATAÇÕES DE ADESÃO, VIA DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR.....115
- 5.3 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA COM A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À PUBLICIDADE120
- 5.4 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA VIA DIREITO DE ARREPENDIMENTO127
- 5.5 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE (AUTODETERMINAÇÃO) DE ESCOLHA NA ABERTURA DE BANCOS DE DADOS, MARCO CIVIL DA INTERNET E LGPD..133
- 5.6 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA POR MEIO DA INFORMAÇÃO DA CLÁUSULA-PREÇO138
 - 5.6.1 A proteção da liberdade de escolha via direito à informação na prevenção do superendividamento e na lei do distrato143
- 5.7 A TUTELA DA VIDA, DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO CONSUMIDOR PELO DIREITO À INFORMAÇÃO.....146
 - 5.7.1 A proteção da saúde do consumidor via direito à informação no consumo de tabaco149
 - 5.7.2 A proteção à vida e à saúde do consumidor via direito à informação no consentimento informado na relação médico/paciente154
 - 5.7.3 Há um direito do consumidor a não saber?163

5.8 A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO INTERESSE ECONÔMICO DO CONSUMIDOR NA EXECUÇÃO DO CONTRATO VIA DIREITO À INFORMAÇÃO	166
5.8.1 O direito à informação na redação dos contratos	168
5.9 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE OS INTERESSES PRIMARIAMENTE TUTELADOS PELO DIREITO À INFORMAÇÃO	172
5.9.2 Rotulagem alimentos	174
5.9.3 Publicidade enganosa	176
5.9.4 Vinculação da oferta/mensagem suficientemente precisa	177
5.9.5 O interesse econômico do consumidor na execução dos contratos nos julgados	178
6 OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES	181
6.1 O OBSTÁCULO DA EDUCAÇÃO DEFICIENTE DOS CONSUMIDORES	181
6.1.1 O obstáculo da educação dos consumidores na compreensão da rotulagem dos alimentos	192
6.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO E O OBSTÁCULO DOS INTERESSES CONTRATUAIS CONTRAPOSTOS	194
6.3 AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E O RENOVAR CONSTANTE DA TECNOLOGIA	200
6.4 A INÉRCIA DO CONSUMIDOR	204
7 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	212
7.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	212
7.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A CONFIANÇA	218
7.3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	224
7.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL/JUSTIÇA	231
7.5 O DIREITO À INFORMAÇÃO ENTRE A IGUALDADE E A LIBERDADE	235
8 CONCLUSÃO	241
REFERÊNCIAS	252
ANEXO A – FICHA METODOLÓGICA	263

1 INTRODUÇÃO AO PROBLEMA DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

O direito à informação, nas palavras do professor Carlos Ferreira de Almeida, “tem sido a palavra-chave e quase mágica em toda a relação de consumo”.¹ Na Espanha, refere-se ao direito à informação como “pedra angular” de toda relação de consumo.² Para Jorge Pegado Liz, “o direito à informação tornou-se num dos temas mais importantes de toda e qualquer política de defesa dos consumidores”.³ A chamada Constituição Europeia relaciona a promoção do direito à informação como um dos pilares para garantir aos consumidores “um nível elevado de proteção”.

Entretanto, a própria doutrina reconhece que pouco se avançou nesse domínio do direito à informação nas relações de consumo:⁴ “[...] apetece perguntar, como há um quarto de século se fez em relação à proteção dos consumidores, se o direito deste à informação é um *schlagwort* (*slogan*) ou um *Rechtssprinzip* (princípio da lei)”. Como alerta Ian Ramsay, “we live in both an information age of globalization [...] reflect a new mode of economic development with potentially large social consequence”.⁵

O que esta investigação propõe é exatamente essa contribuição à dogmática jurídica com o ineditismo no tratamento do tema na forma aqui apresentada. De modo geral, pretende-se pesquisar neste trabalho os limites do direito à informação, o que propriamente deva ser informado ao consumidor, e as várias implicações para a proteção do consumidor, que a partir do art. 5.º, XXXII, da CRFB/1988 ganhou *status* de direito fundamental. Nesse sentido, desde já é importante fazer o recorte de que, embora o direito à informação esteja de algum modo vinculado ao direito à liberdade de expressão, como a própria liberdade de imprensa, no

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 141.

² Cf. ROSILLO FAIRÉN, Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 2010. p. 47.

³ LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (org.). *Liber Amicorum Mário Frota*. A causa dos direitos dos consumidores. Lisboa: Almedina, 2012. p. 335-368.

⁴ “Essa proeminência não foi, todavia, acompanhada por correspondente aprofundamento científico...” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo* cit., p. 116).

⁵ RAMSAY, Ian. Consumer protection in the Era of Informational Capitalism. In: WILHELMSSON, Thomas *et al.* *Consumer law in the information society*. London: Kluwer Law International, 2000. p. 45. Tradução livre: Nós vivemos em uma era de informação globalizada [...] que reflete um novo modo de desenvolvimento econômico com consequências sociais potencialmente grandes.

domínio deste estudo, estar-se-á tratando tão somente dos aspectos desse direito envolvendo o consumidor e o fornecedor na chamada relação jurídica de consumo.⁶ O objetivo aqui é deixar bem claro que, não obstante o direito à informação tenha sido outorgado ao consumidor para resolver o problema da assimetria informacional e, portanto, seja essencial para assegurar um elevado grau de proteção ao consumidor, algumas questões relevantes para sua efetividade continuam em aberto, com pouco ou nenhum debate doutrinário, a saber: (i) o que propriamente deve ser informado ao consumidor?; (ii) quais interesses jurídicos específicos do consumidor são tutelados pelo direito à informação?; (iii) o esvaziamento do direito à informação ante a autonomia do consumidor; (iv) os limites impostos ao Estado no dever de proteção consubstanciado no direito à informação do consumidor; (v) a garantia do direito à informação ante as contratações no ambiente virtual da *internet*; (vi) a recusa do consumidor em ser informado.

A defesa do consumidor encontra-se, dogmaticamente, justificada na doutrina dos chamados deveres de proteção. O Código de Direito do Consumidor (CDC), em si, decorre da tarefa estatal de dar cumprimento normativo a esse dever.

Nas relações de consumo, essa tarefa se impõe ante o reconhecimento do Estado de dar segurança aos destinatários dessa proteção decorrente do natural déficit de autodeterminação em suas relações contratuais e extracontratuais de consumo.

É fato que a proteção dos consumidores tem se apresentado como uma preocupação do Estado Moderno. A *Meat Inspection Act*, aprovada pelo Congresso americano em 1961,⁷ colocaria não só nos Estados Unidos, mas em boa parte do mundo, em maior ou menor grau, a proteção do consumidor como um interesse a merecer a atenção do legislador. A

⁶ “A liberdade de expressar ideias pela imprensa sem censura prévia, pode ser entendida como capítulo da liberdade informativa em geral... Igualmente há muita informação que não transita pela imprensa, mas por outros meios, como base de dados [...] as relações contratuais, o mercado [...] a regulamentação da informação é uma linha de segmentação transversal do direito privado cada vez mais relevante” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 510).

⁷ Referida Lei teve origem a partir de uma série de denúncias sobre as péssimas condições sanitárias da comercialização da carne, o que expunha os consumidores norte-americanos a toda sorte de riscos à sua saúde e segurança. Com essa lei, foi aprovada a *Pure Food and Drug Act* e foi criada, em 1914, a *Federal Trading Commission* que até hoje tem, entre suas funções, a proteção e a defesa dos consumidores para além da defesa da concorrência.

Organização das Nações Unidas (ONU) viria, na segunda metade do século passado,⁸ na sequência do histórico discurso do Presidente John F. Kennedy,⁹ a destacar a necessidade de todos os países-membros adotarem políticas de proteção e defesa dos consumidores. Em 1973, o Conselho da Europa aprovou a histórica Carta de Proteção do Consumidor¹⁰ reconhecendo o “direito dos consumidores à proteção e assistência”. A ONU marcaria um relevante avanço ao aprovar, em 1985, a Resolução 39/248, admitindo a vulnerabilidade de todos os consumidores no mercado, dizendo que estes sofrem os “[...] desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo”.

Essas preocupações são reveladas no CDC em seu art. 6.º, II,¹¹ com o intuito de garantir a “liberdade de escolha” e estão presentes também em mais de uma dezena de dispositivos do Código.¹² A título de exemplo, o art. 46¹³ estabelece a não vinculação do

⁸ Em 1973, durante a 29.ª Sessão em Genebra, a Comissão de Direitos Humanos da ONU reconheceu os direitos dos consumidores como um direito social econômico merecedor de tutela.

⁹ Nesse discurso, o Presidente norte-americano citou a célebre frase “todos somos consumidores”, que seria um marco nas políticas em todo mundo de defesa dos consumidores.

¹⁰ Resolução 543, de 17 de maio de 1973.

¹¹ “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.”

¹² No CDC, tem-se o art. 4.º, IV, que fala em educação e informação de fornecedores e consumidores. O art. 6.º, por sua vez, dispõe que são direitos básicos dos consumidores a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços (inciso II), bem como a informação adequada e clara sobre eles (inciso III). A parte final do art. 8.º estabelece a obrigação de o fornecedor dar informações necessárias e adequadas a respeito dos produtos e serviços que acarretarem riscos à saúde ou à segurança dos consumidores; o parágrafo único do mesmo dispositivo preconiza que, se se tratar de produto industrial, incumbe ao fornecedor prestar tais informações “através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”. O art. 9.º, ao tratar dos produtos nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, dispõe que a informação deverá ser dada de maneira “ostensiva e adequada [...], sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”. Diz o art. 10, no § 1.º, que: “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”; o § 3.º, do mesmo dispositivo, tem a seguinte redação: “Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”. Quando se fala da responsabilidade pelo fato do produto, o art. 12 considera como defeito “informações insuficientes ou inadequadas” sobre a utilização e riscos do produto. Semelhantemente, diz o art. 14 que, nos casos de fato do serviço, reputam-se como defeito “informações insuficientes ou inadequadas” sobre a fruição e riscos do serviço. No tocante à responsabilidade por vício do produto ou serviço, o legislador estabelece que uma das maneiras de identificar se o produto está ou não com um “vício” é averiguar se há disparidade quanto à qualidade ou quantidade em comparação ao que está no rótulo do produto ou no anúncio publicitário (art. 18). Da mesma maneira, quando se fala da oferta, o art. 30 dispõe que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, vincula o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado. Portanto, no que diz respeito à publicidade, os arts. 36 e 37 regulam o que se considera publicidade enganosa e publicidade abusiva.

¹³ Mais adiante, ao tratar sobre a proteção contratual, o art. 46 impõe a não obrigatoriedade dos consumidores em face de contratos que regulam relações de consumo “se não lhes for dada a oportunidade de tomar

consumidor, caso os termos do futuro contrato não lhe sejam informados de forma clara e adequada previamente à celebração. A questão da segurança vem estampada no art. 8.^o¹⁴ na obrigação de dar “informações necessárias e adequadas” quanto ao consumo de produtos e serviços, que em qualquer hipótese possam colocar em risco a saúde e a segurança dos consumidores.

Tendo conquistado *status* de “direito fundamental” nas relações de consumo, o fato é que no direito civil clássico o direito à informação não ousou experimentar regulações tão detalhadas como tem ocorrido no direito privado do consumo, seja com relação ao tamanho de fonte das letras nos contratos de adesão, seja acerca da afixação dos preços dos produtos e serviços, de sua qualidade, segurança, publicidade, saúde etc.

Verifica-se que nas relações de consumo a grande maioria das contratações se dá pelo modo de adesão com recurso do fornecedor às cláusulas contratuais gerais predispostas, rígidas, sem margens para modificação de seu conteúdo, porém nem todo contrato de adesão encerra uma relação de consumo. É evidente que o contrato entre um fornecedor e um consumidor coloca um ponto final na circulação do produto ou serviço no mercado. O esforço da publicidade comercial vai nesse sentido e supõe um convite a contratar. Nessa seara, não há como negar que em um primeiro momento todas as atenções voltam-se para a celebração futura do contrato. É certo que o consumidor adquire bens e serviços em face de suas necessidades pessoais. Entretanto, o que dá suporte a essas escolhas, em outras palavras, a essa liberdade de escolha, a essa decisão? Observa-se que o consumidor decide como qualquer outro contratante alicerçado em informações. No contexto dessas indagações, a investigação não pode se descuidar de avaliar como deve ocorrer o cumprimento desse dever

conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. O mesmo se verifica quando o legislador trata dos contratos de adesão, pois determina que eles deverão ser escritos em “termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor” (art. 54); o § 4.^o, também do art. 54, dispõe, ainda, que “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

¹⁴ “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas ao seu respeito.”

de informação, bem como sua percepção pelo próprio consumidor, o que será buscado via pesquisa de campo.

Ante a necessidade imposta constitucionalmente de proteger o consumidor, o que se observa é que o direito à informação vai ser acionado pelo legislador em todos os momentos em que se identificar uma assimetria informacional. No entanto, ainda que o legislador busque, em relações específicas, outorgar ao consumidor ou ao aderente maior detalhamento acerca do que deva ser propriamente informado, a natureza de cada relação tutelada, com sua complexidade ou não, é que vai dizer no caso concreto se o direito à informação foi ou não violado. A indeterminação de seu conteúdo¹⁵ vai sempre estar ativa, devendo ser preenchido no caso concreto. Contudo, tal *preenchimento* não pode se dar de forma arbitrária, aleatória: os critérios precisam ser conhecidos *a priori*, sob pena de o direito à informação, que corresponde ao dever de informar do fornecedor, ser gerador, por si próprio, de insegurança jurídica, o que é incompatível com a ideia de um ordenamento jurídico.

Na tentativa de buscar critérios que lastreiem o preenchimento do direito à informação no caso concreto, surgem naturalmente duas perguntas que a doutrina não tem explorado com a devida atenção que merecem no mister de garantir a efetividade desse direito: (i) o que informar?; (ii) como informar? Tais indagações se impõem na aplicação dos dispositivos do CDC supramencionados, que se revelam como verdadeiras cláusulas gerais com conceitos indeterminados, uma vez que o sistema de listas sobre o que informar é adotado em regulações específicas, como no caso do fornecimento de tabaco e de bebidas alcoólicas. O diploma consumerista coloca todo o acento da resposta a essas indagações na clareza e na adequação da informação. O requisito da clareza não oferece tantos obstáculos a seu real significado e alcance, mas o que seria, afinal, a informação adequada tão relevante para a garantia da efetividade desse direito e o que o fornecedor não pode se eximir de prestá-las? Entretanto, outra pergunta emerge naturalmente ante o espetacular crescimento das contratações eletrônicas e sua resposta deve ser buscada também nesta investigação: mesmo na hipótese em que o fornecedor cumpre com o dever de informação, o que fazer quanto à inércia habitual do consumidor nesse tipo de contratação?

¹⁵ Nesse sentido: MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 122.

A *internet* é reconhecidamente um ambiente em que, por sua natureza, as informações circulam com grande rapidez. Ela é, em si, sinônimo de agilidade e rapidez. São informações transmitidas velozmente pela rede e podem também ser respondidas instantaneamente, sem muito espaço para reflexão. Serve para ilustrar a questão aqui colocada o seguinte exemplo: no ano de 2005, o *site* americano *PC Pitstop*, que se dedica desde 1999 a prestar suporte técnico virtualmente aos usuários de computadores, em seus termos de uso, deixou bem claro que, entre os vários itens e cláusulas que o consumidor teria de aceitar antes da prestação de serviços, a empresa estava oferecendo mil dólares ao primeiro consumidor que lesse tais termos e entrasse em contato com a empresa. Resultado: apenas cinco meses depois de postadas no *site* essas condições é que apareceu a primeira pessoa que as tinha lido. A empresa fez tal provocação ao público para provar que o sistema atual de disponibilização das informações, na forma do clique em *li e concordo*, é de eficácia extremamente duvidosa.¹⁶

De alguma forma, pode-se dizer, com maior ou menor intensidade, que cada consumidor já se viu como protagonista de situações como a narrada na reportagem na revista *Superinteressante*. Assim ocorre na aquisição de boa parte do fornecimento de produtos e serviços via *internet*. Como no emblemático caso da *PC Pitstop*, que já realizou mais de 200 milhões de atendimentos virtuais, o consumidor parece ávido nesse meio por ter acesso aos bens e serviços, não estando disposto a *consumir tempo* para prestar atenção a qualquer coisa que não seja com um clique, dando logo o seu *li e concordo* para ter acesso quase instantâneo ao produto ou serviço que deseja adquirir.

Se tal realmente já faz parte do dia a dia do consumidor nas contratações eletrônicas, haveria aqui certa perplexidade por parte dos defensores do direito à informação, seja como *direito fundamental*, seja como *palavra mágica* do sistema de proteção ao consumidor. Toda a preocupação em não só dar ao consumidor proteções gerais no tocante à informação, mas também com a indicação de listagens nas legislações esparsas do que deve pormenorizadamente ser informado, teria se tornado inócua? Esse questionamento tem levado alguns estudiosos a desconfiarem do direito à informação em si, chegando a sustentar que

¹⁶ ROMERO, Luiz. Não li e concordo. *Superinteressante*, São Paulo, 27 mar. 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>. Acesso em: 28 set 2020.

seria contraproducente e que o sistema deveria ser reavaliado, como defende a análise econômica do direito (AED).¹⁷ Entretanto, mesmo nas economias mais liberais, como a americana, tem crescido a regulamentação a respeito do direito à informação dos consumidores, sobretudo no comércio bancário.¹⁸ Nesse sentido: “até que ponto o mero aumento de informação serve atualmente de elemento para a efetiva ampliação do poder decisório do consumidor, ou, ainda, para o aumento de sua consciência no momento em que atua no mercado?”.¹⁹

Até aqui, não raro, a doutrina tem associado, majoritariamente, o direito à informação a dois princípios consagrados no Código: o da vulnerabilidade e o da boa-fé. Nas relações sujeitas ao Código Civil, o princípio da boa-fé tem sido também chamado a justificar um direito à informação dos contratantes, inclusive, na fase pré-contratual. Justificam esse direito em um chamado dever acessório de transparência que as partes devem cumprir mutuamente entre si. O centro desse dever geral estaria, no caso brasileiro, no art. 422 do Código Civil,²⁰ que consagra o princípio da boa-fé nas relações negociais, o que, por via de consequência, aplicar-se-ia também aos contratos de adesão entre particulares?

No entanto, será apenas o problema da vulnerabilidade, sobretudo da vulnerabilidade técnica, revelador da assimetria informacional, que a outorga desse direito busca resolver ou há outras questões que o tangenciam? Estaria também o direito à informação assegurado para garantir a justiça e o equilíbrio contratual? O direito à informação relaciona-se ainda com o problema do déficit de liberdade de uma das partes no contrato? Ou o direito à informação dirige-se a resolver o problema da ausência de igualdade entre as partes? Nas contratações via *internet*, em que o consumidor tem dados claros indicativos de que, majoritariamente, contrata sem se atentar a todas as condições do negócio em si, a relação se fundamentaria tão somente na confiança?

¹⁷ Cf. ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 37.

¹⁸ Cf. MARCH, Gene A. *Consumer protection law in a nutshell*. 3. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. p. 135.

¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Roberto Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 14.

²⁰ CCB, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Todas essas questões e outros debates relacionados ao direito à informação serão confrontados no curso deste estudo, tanto doutrinariamente quanto por meio de uma pesquisa quantitativa nacional representativa dos consumidores com uma amostragem de 1372 entrevistas válidas mediante questionário *on-line* com pós-estratificação amostral, representativa da população maior de 18 anos, com seleção aleatória em todos os estados do Brasil. As respostas finais têm um peso amostral ajustado por um algoritmo de ranqueamento para garantir a representatividade mediante variáveis-chave de estratificação, como gênero, idade, renda mensal familiar e local de residência. A margem de erro é de 3% e o intervalo de confiança é de 95%.

1.1 A ASSIMETRIA INFORMACIONAL ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

O direito à informação do consumidor tem uma de suas justificativas na constatação da assimetria informativa. Se, anteriormente, o direito civil clássico, a partir da máxima *caveat emptor* andava que o *comprador tomasse cuidado*, devendo antes de adquirir a coisa ele próprio buscar examiná-la com todos os cuidados, sem contar com qualquer colaboração do vendedor, a regra hoje, na lógica do direito do consumidor, inverteu-se, ou seja, *caveat venditor* (o vendedor que se cuide).²¹ A regra clássica do *caveat emptor* só faria sentido em um mercado perfeito em que qualquer das partes tivesse a informação completa, sem qualquer obstáculo. Tal há muito foi superado não apenas nas relações consumeristas, mas, inclusive, no Código Civil, por força da aplicação da boa-fé²² à fase pré-contratual, à contratual em si e à pós-contratual.²³ Em várias oportunidades, inclusive, o consumidor é que tem o dever de cobrir, na fase pré-contratual, o *déficit* de informação do fornecedor, como ocorre na contratação do

²¹ Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. (Coleção Teses.)

²² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²³ Alguns autores, dentro de visão clássica do direito civil, não admitem a existência de um dever geral de informação nas relações sujeitas ao Código Civil, embora sempre admitissem um dever de quaisquer das partes de dizer a verdade à outra: negassem nas relações sujeitas ao Código Civil um dever de informação das partes: “Se o direito não obriga o homem nas negociações conducentes a um contrato a deveres de esclarecimento, mas se [...] abrir a boca e falar, se o faz, é particularmente cuidadoso que a outra parte não seja enganada”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade civil por conselhos e informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 156.

seguro, o que é inclusive regulado pelo Código Civil.²⁴ Em uma contratação a prazo, o consumidor também é obrigado a informar ao consumidor os dados relativos à sua identificação, endereço, eventual patrimônio para fins de garantia etc. Entretanto, no âmbito deste trabalho, estar-se-á tratando da assimetria informacional em prejuízo do consumidor, tendo em vista a imposição de proteção constitucional a seu favor.

Em sua tese de doutorado, Amélia Soares da Rocha²⁵ utilizou a metodologia da jurimetria²⁶ e analisou 799 decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolvendo litígios entre consumidores e fornecedores referentes ao ano de 2019, bem como avaliou, a partir do banco de dados do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, 780.179 reclamações protocoladas na plataforma *consumidor.gov* também relativas ao ano de 2019. Sua pesquisa apresentou um resultado surpreendente, reforçando a grande assimetria de informações em desfavor dos consumidores: (i) com relação aos litígios de consumo, que chegaram ao STJ naquele ano, 72,96% dos acórdãos *tinham relação com a (Def) eficiência da informação*;²⁷ (ii) quando se trata das reclamações na plataforma *consumidor.gov*, 78,32% tinham *problemas ligados à informação*.²⁸ Logo, a professora conclui sua tese sustentando que os dados de sua pesquisa “demonstram que a deficiência da informação é a maior motivação das reclamações de consumidores no Brasil”.²⁹

Nesse processo de comunicação, que se estabelece entre o fornecedor e o consumidor, o legislador parte do fato de que o profissional, o fornecedor, dispõe de muito mais informações que o consumidor e que este precisa para a proteção de seus interesses. Essa premissa está totalmente ancorada na realidade pois, na sociedade pós-industrial, “cada vez mais os produtos passaram a ser resultado de uma longa e complexa cadeia de produção, sendo que só empresário poderia conhecer perfeitamente o produto ou serviço por ele

²⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. O direito à informação e o contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINE, Angélica (coord.). *Direitos dos seguros*. São Paulo: RT, 2014. p.384

²⁵ ROCHA, Amélia Soares da. *Contratos de consumo: parâmetros para a redução da assimetria informacional*. São Paulo: Foco, 2021. p. 140.

²⁶ Trata-se de método que utiliza a estatística para avaliar as tendências e posicionamentos jurídicos que acontecem no mundo jurídico, sendo muito usado para avaliar as tendências de decisões de tribunais, quando pode ser analisado um conjunto de decisões sobre determinada matéria.

²⁷ ROCHA, op. cit., p. 140.

²⁸ *Ibid.*, p. 149.

²⁹ *Ibid.*, p.163.

desenvolvido”.³⁰ A partir desse princípio, o legislador impõe a obrigatoriedade de transmissão dessas informações (que deveriam estar no domínio do fornecedor) ao consumidor, seja no sentido de reduzir essa disparidade de poder em desfavor do consumidor, seja no sentido de aumentar seu grau de liberdade na contratação futura (ou ainda para proteger a saúde e a segurança em face de produtos potencialmente perigosos). Os próprios defensores da Análise Econômica do Direito (AED) que resistem a uma maior regulação estatal, inclusive na área do direito do consumidor, reconhecem que essa assimetria pode “[...] limitar suas opções e fazê-los adquirir produtos e serviços por preços superiores aos praticados no próprio mercado”.³¹

A assimetria de informações não existe apenas entre fornecedores e consumidores: ela está presente como uma espécie de *vantagem competitiva* entre os próprios profissionais nas relações *business to business*. Ao obrigar, entretanto, o fornecedor a disponibilizar essas informações ao consumidor, o legislador, entre vários problemas que ele quer resolver e que será exposto adiante, um, seguramente, é o de evitar que seja levado a contratações irracionais da parte mais vulnerável da relação. Entretanto, será que esse objetivo pode ser alcançado com o transmitir formal das informações? A ideia de que qualquer agente econômico, seja ele fornecedor ou consumidor, tem pleno conhecimento do objeto sobre o qual recai sua liberdade de escolha e que age sempre de forma racional e coerente já foi abandonada, inclusive, pela ciência econômica, dentro da noção contrária de uma *racionalidade limitada (Bounded Rationality)*.³²

Ainda que admita a existência do problema do chamado *mercado dos limões*³³ e embora se reconheça este como uma *falha de mercado*, que resulta numa seleção ou escolha

³⁰ Cf. CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, 2011.

³¹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007. p. 473.

³² Essa expressão foi cunhada por: SIMON, Herbert A. Introductory comment. In: SIMON, Herbert A. *et al.* (ed.). *Economics, bounded rationality and the cognitive revolution*. Aldershot: Edward Elgar Publishing, 1992.

p. 3: “O ponto não é que as pessoas sejam consciente e deliberadamente irracionais, embora eventualmente sejam, mas que nem seu conhecimento e sua capacidade de cálculo os permitem atingir um alto nível de adaptação ótima de meios e fins, conforme afirmado pela economia”.

³³ Essa expressão foi criada pelo Prêmio Nobel de Economia George Akerlof, na década de 1960, no artigo “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”. Akerlof exemplifica o Mercado dos Limões na venda de carros usados, onde o vendedor sabe muito mais sobre o produto que o comprador, daí que este (o consumidor), ante a escassez informativa sobre a qualidade do bem, tenderia a abandonar este mercado para fugir dos limões. AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, Aug. 1970.

adversa no mercado por falta de informações, a análise econômica do direito vê com reservas³⁴ a solução da assimetria informacional do consumidor por meio da obrigatoriedade do fornecedor de informar, sustentando, em síntese: (i) por mais amplo que seja o fornecimento de informação, esta nunca eliminará a assimetria informacional, pois entre os próprios profissionais, fornecedores, não existe uma isonomia quanto à titularidade de informações; pelo contrário, haverá, quase sempre, um agente econômico com maior disponibilidade de informações, o que, no mercado, é tratado como uma espécie de vantagem competitiva; (ii) a ideia de que o fornecimento obrigatório de informação ao consumidor faria com que este apresentasse um comportamento mais racional no mercado seria *ilusória*, pois a racionalidade humana é sempre limitada³⁵ e se manifesta não só nos comportamentos dos agentes econômicos, mas também do próprio consumidor no mercado; (iii) não existem, portanto, no mercado, as contratações, mesmo entre profissionais, com a informação completa, *perfeita*; a informação disponível no mercado será sempre *imperfeita*;³⁶ (iv) há ainda o problema do *risco moral*³⁷ que leva à tendência de não fornecimento da informação, se seu detentor não tem incentivo para fornecê-las a terceiros contratantes ou não, no caso, o consumidor; (v) diante da racionalidade limitada e cientes das dificuldades de os consumidores pesquisarem todas as informações disponíveis sobre produtos e serviços e até mesmo da *escassez de tempo* para ler atentamente todas as condições dos contratos ou pesquisarem sobre a qualidade dos bens, os agentes econômicos, fornecedores, frequentemente enviam *sinais*³⁸ de credibilidade ao

³⁴ Cf. OGUS, Anthony I. Regulation. Legal form and economic theory. London: Bloomsbury, 2004. Ebook. Entretanto, o próprio autor admite que as conquistas da regulação na “proteção do consumidor não devem ser descartadas levemente”.

³⁵ “O modelo teórico tradicional de compreensão da escolha humana adotado pelo AED é o da *rational choyce theory* (teoria da escolha racional), segundo o qual as pessoas são agentes racionais que buscam a maximização de sua utilidade (bem-estar ou riqueza). Com base nisso, são elaboradas previsões relativas ao comportamento humano, de forma que a ação previsível para um agente racional é que maior promove sua utilidade. Todavia, esse não é o comportamento humano necessariamente verificado na prática. PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 59. *E-book*.

³⁶ Cf. STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl. E. *Introdução à microeconomia*. Tradução Helga Hoffman. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 239.

³⁷ Termo que designa situações nas quais a conduta de um dos agentes envolvidos numa relação econômica não pode ser verificada pela outra parte, embora seja fundamental para a consecução eficiente do negócio. PORTO, GAROUPA, op. cit., p. 73.

³⁸ Cf. STIGLITZ, Joseph E. The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *Quarterly Journal of Economics*, v. 463, p. 1441-1479, 2000.

mercado no sentido de conquistar o *público*, seja na forma de garantias longas para esses produtos e serviços, ou por meio do investimento maciço em publicidade etc.

Ainda que haja resistência dos estudiosos da análise econômica do direito ao fornecimento compulsório de obrigações aos consumidores, eles próprios, em alguma medida, reconhecem que uma das formas de *salvar o mercado dos limões*,³⁹ impedindo seu abandono pelo consumidor, é via fornecimento de informações para que o destinatário do bem tenha condições de, ao menos, checar o que está adquirindo. Não pretende também o direito do consumidor brigar com a natureza humana e impor ao consumidor escolhas totalmente racionais, porém o que se almeja é que a liberdade de escolha possa ser exercida com o mínimo de racionalidade.⁴⁰ Outrossim, a existência incontestável do interesse egoísta do *risco moral*, que atua alimentando a assimetria, em vez de minimizá-la, é mais um elemento que justifica a existência de um direito à informação do consumidor.⁴¹

O que diferencia o especialista do não especialista, em outras palavras, o leigo do profissional, é a densidade de informações e sua capacidade de análise sobre determinado objeto (área, situação ou fato) que um e outro dispõem. Entretanto, o especialista não se diferencia do leigo apenas por essa distância ou assimetria sobre a quantidade de informações de determinado objeto; o acento vai estar sempre na capacidade do profissional de processá-las e ordená-las em um conjunto organizado de dados para analisá-las e assim chegar a toda sorte de conclusões, condição que o leigo, o não profissional, não dispõe, ainda que receba um volume considerável de informações, tendo acesso a informações, às quais, inclusive, o profissional ainda não teve. Da mesma forma, as crescentes medidas legislativas no sentido

³⁹ AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, Aug. 1970.

⁴⁰ Cf. MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. *Teoria das organizações*. Tradução Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Usaid, 1967. p. 175: “Todo processo decisório humano, seja no íntimo do indivíduo, seja na organização, ocupa-se da descoberta e seleção de alternativas satisfatórias; somente em casos excepcionais preocupa-se com a descoberta e seleção de alternativas ótimas. A procura do ótimo requer processos mais complexos, em várias ordens de grandeza, do que os necessários à realização do satisfatório. É, por exemplo, a diferença entre revistar um palheiro em busca da agulha mais pontuda que nele se encontre e revistar o palheiro para encontrar uma agulha bastante pontuda para costurar”.

⁴¹ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 74: “É o caso de regulações que visam garantir padrões mínimos de qualidade sobre certos produtos, estipular regras mínimas de garantia ou critérios de responsabilização civil de profissionais liberais, como advogados ou médicos”.

de aumentar o fluxo de informações em direção ao consumidor (como no caso da reforma do CDC para tratar da prevenção do superendividamento; ou ainda a chamada *lei do distrato*) não vão fazer do consumidor um *expert* no tema em si. O leigo, o consumidor, o não profissional não tem, em regra, condições de ordenar essas informações coerentemente e analisá-las como o profissional poderá fazê-lo. A propósito, a própria ONU, ao elaborar o *Manual on Consumer Protection*, chama a atenção para essa impossibilidade:

While each initiative appears admirable, the more examples that are given, the more the question arises: can all consumers be experts on all of these domains, all of the time? The tentative answer which is reached below is: no, although many can become reasonably familiar when they need to be, even if such familiarity is likely to be of limited duration and, for some products, unlikely ever to be sufficient.⁴²

Nesse sentido, conforme aqui mencionado, uma mesma informação pode alcançar diferentes significados de acordo com a circunstância (seja ela econômica, social ou cultural) em que se encontra o seu destinatário, consumidor ou aderente. Portanto, quando se fala de um direito à informação, têm que se levar em conta a demanda informacional de seu destinatário e a utilização que normalmente se espera que possa fazer dela. A informação, por meio de seu uso racional, permite resolver problemas, tomar decisões. Todavia, como dito anteriormente, o resultado desse processo de comunicação nem sempre será racional, por várias razões que se propõem discutir no âmbito desta investigação.

No domínio deste estudo, a informação relevante é aquela que age no sentido de proteger a posição jurídica dos consumidores; que traz em si os problemas da assimetria informacional com os fornecedores. Essa é a razão primeira por que são os destinatários da proteção do direito à informação. Não fosse essa assimetria, qual sentido em outorgar-lhes um direito à informação?

Se o consumidor ou o aderente, no mercado de consumo, normalmente tivessem condições, por conta própria, sem a colaboração do fornecedor ou do predisponente, de ter

⁴² UNITED NATIONS. *Manual on consumer protection*. [S.l.]: United Nations, 2016. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/webditcclp2016d1.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021. p. 69. Tradução livre: Embora cada iniciativa pareça admirável, quanto mais exemplos forem dados, mais a questão se coloca: podem todos os consumidores ser especialistas em todos esses domínios, a toda hora? A resposta provisória a que se chega a seguir é: não, embora muitos possam tornar-se razoavelmente familiares quando precisam de o ser, mesmo que essa familiaridade seja provavelmente de duração limitada e, para alguns produtos, pouco provável que alguma vez seja suficiente.

acesso às informações de que necessita para a proteção de seus legítimos interesses, realmente, não faria qualquer sentido a outorga de um direito, quando o destinatário da proteção tem condições efetivas de autotutela. Segundo Stefan Grundmann,⁴³ uma das partes dispõe de um número de informações incomparavelmente superior porque opera no mercado ou porque fabricou o produto e o conhece em todas as suas componentes, enquanto a outra parte, pelo contrário, dispõe de muito menos informação.

Se o destinatário da proteção é o não profissional, o leigo, não basta o simples ato de comunicar formalmente os dados do objeto, situação ou fato de interesse do consumidor. Impõem-se, além de assegurar a transmissão da informação, preocupações com o modo como é fornecida. Nesse sentido, em sintonia com o interesse tutelado, a informação ou o conjunto de informações dadas deve permitir que o consumidor ou o aderente tenha efetivamente condições de tomar decisões ou adotar comportamentos visando à proteção desses interesses. É o que se convencionou chamar de cumprimento material do direito à informação, em que se avalia para tal o modo como esse direito foi efetivado. O simples repassar de dados técnicos de determinado produto, em linguagem acessível apenas a profissionais, ou o comunicar de dados de forma totalmente desconectada com os interesses protegidos, ou ainda o ato de comunicar dados, ainda que de maneira simples e clara, sem que o consumidor ou o aderente tenha condições de avaliar a utilidade prática, seja para uma tomada de decisão, seja para a necessária mudança de um comportamento, é como se o direito à informação não fosse cumprido ou o fosse defeituosamente.

O objetivo de uma outorga do direito à informação não se compatibiliza também com a disponibilização de toda e qualquer informação sobre o objeto da relação com os consumidores e aderentes. O objetivo não é transformar, via transmissão de informação, o não profissional em profissional. Há sempre que ter em vista nesse cumprimento o interesse do consumidor, mas não qualquer interesse, e sim aquele relevante, que exige a disponibilização da informação. Nesse sentido, o conteúdo do direito à informação sempre deverá ser preenchido levando-se em conta os interesses primariamente tutelados pelo direito à

⁴³ GRUNDMANN, Stefan. L'autonomia privata el mercato interno: le regole d'informazione come strumento. *Europa e Diritto Privado*, n. 2, p. 257-304, 2001.

informação, e não simplesmente impor ao fornecedor um dever ilimitado de divulgar ao consumidor todo tipo de informação. Daí ser imprescindível identificar o interesse primariamente tutelado pelo direito à informação, consoante a natureza do produto ou serviço, para, a partir daí, o fornecedor identificar o conteúdo que deva ser informado.

Ainda que o legislador, em algumas relações específicas, chegue a estabelecer um rol do que deva ser ordinariamente notificado, não haveria como determinar para cada relação exatamente tudo o que o fornecedor e o predisponente devem informar e ainda o modo exato como devam fazê-lo: “o certo é que a medida exata de informação só em concreto pode ser avaliada, consoante o ramo de atividade, o tipo de contrato”.⁴⁴

Visto que a outorga de um direito à informação nas relações em foco não se compadece com o mero comunicar formal de dados, impõe-se avaliar a existência de critérios (requisitos) que agem no sentido de viabilizar o cumprimento material desse direito. Entretanto, como esse cumprimento material não pode ser dissociado dos interesses que se buscam tutelar, faz-se necessário primeiro identificá-los com os obstáculos, os quais agem no sentido de sabotar a disponibilidade do conjunto de informações de que precisa o destinatário da proteção.

Quando a informação é transmitida e ela não atinge seu objetivo para o destinatário, é evidente a existência de um problema ou problemas nesse processo de comunicação. É no contexto dessa percepção do direito à informação pelos consumidores destinatários que esta investigação se propôs a realizar uma pesquisa de campo para avaliar a efetividade do direito à informação e os problemas que apresenta.

⁴⁴ LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação. *In*: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Almedina, 2012. p. 341.

2 O DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação decorre do dever de proteção constitucional ao consumidor ou o que a doutrina⁴⁵ denomina *deveres de proteção* em favor da parte mais vulnerável. Nesse contexto, é importante compreender como se insere o dever de proteção do consumidor no ordenamento e os instrumentos utilizados para a efetivação dessa proteção, emergindo naturalmente o direito à informação.

Pode-se falar perfeitamente no binômio direito do consumidor e direito à informação. O direito à informação já fora expressamente reconhecido como um dos importantes mecanismos visando à proteção dos consumidores. Na mensagem enviada ao Congresso Nacional dos Estados Unidos, em 15 de março de 1962, entre os quatro direitos essenciais dos consumidores indicados por Kennedy,⁴⁶ o direito à informação já aparecia de forma bem abrangente, relacionando-o à liberdade de escolha e à publicidade.

Na Carta de Proteção ao Consumidor da União Europeia de 1973, dos sete itens elencados um,⁴⁷ o item “c”, refere-se expressamente ao direito à informação. Aqui o direito à informação tem sua importância associada no item c (I) à liberdade de escolha do consumidor, “de modo a permitir-lhe uma escolha racional entre produtos e serviços concorrentes; no item c (II), ao uso seguro do produto ou serviço; e c (III) a informações sobre pesos, medidas, composição, cláusulas do contrato e preço efetivo, incluindo a taxa real de juros para o crédito.

⁴⁵ Nesse sentido: PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 188, 2003.

⁴⁶ Com o direito à informação foram elencados também como direitos essenciais dos consumidores: (i) direito à segurança em face da comercialização de produtos perigosos; (ii) direito à liberdade de escolha devendo ser protegido contra a ação dos monopólios e atos de concorrência de desleal; (iii) direito de ser ouvido no sentido de que seus interesses fossem considerados na elaboração das políticas públicas e na elaboração de leis. ⁴⁷ “C. O direito do consumidor à informação. (I) O comprador de bens e serviços deverá ter direito a uma informação suficiente, incluindo a identidade dos fornecedores de modo a permitir-lhe uma escolha racional entre os produtos e serviços concorrentes. (II) O comprador terá direito às informações ou recomendações que lhe permitam utilizar o produto ou serviço em segurança e com inteira satisfação. (III) Deverão ser estabelecidas regras específicas e obrigatórias nomeadamente quanto à declaração de pesos, medidas, qualidade, componentes, data de fabrico e prazo de duração (de alimentos, produtos farmacêuticos, películas fotográficas), modo de emprego, precauções a tomar, cláusulas de contrato, preço efectivo ou taxa real de juro para crédito e (se se considerar necessário ou conveniente) o preço, incluindo o preço da unidade de medida.”

O Tratado de Amsterdã de 1997, em seu art. 153,⁴⁷ determina, entre outras medidas, a “promoção do direito à informação” dos consumidores a fim de “assegurar um elevado nível de defesa destes”. Há um vínculo mesmo de origem entre a proteção do consumidor e o direito à informação a ponto de ser definido como a “coluna mestra”⁴⁸ do sistema consumerista.

A proteção constitucional do consumidor encontra-se prevista no art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal (CF). A Constituição brasileira foi a primeira a colocar os direitos do consumidor no capítulo dos direitos e garantias individuais. Chama a atenção, entretanto, a maneira como está escrito esse dispositivo. Não está redigido no sentido de que o direito do consumidor é um direito fundamental, mas que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Veja que, na forma como está na Constituição, não se trata de um direito que impõe ao Estado, como outros direitos fundamentais, um dever de abstenção, e sim um dever de proteção, ou seja, ao invés de um não fazer negativo, impõe-se ao Estado um fazer positivo. Em síntese, é um típico direito à prestação do Estado.

Seguindo uma tendência mundial, a Constituição brasileira de 1988 também, pela primeira vez, incorporou aos princípios da Ordem Econômica, em seu art. 170, “a defesa do consumidor”. O constituinte não se limitou a tratar a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica. No art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

É nesse contexto que surge o CDC. Como sempre defendemos, esse diploma não é uma simples lei que regula um contrato específico, como é o caso da Lei de Locações, Lei da Incorporação Imobiliária, Lei dos Planos e Seguro-Saúde. O raio de alcance do CDC é muito maior, pois se apresenta como uma lei que pode incidir em qualquer relação de consumo, estendendo seus efeitos aos crimes contra os consumidores, ao processo civil, quando trata da proteção do consumidor em juízo, e ao direito administrativo, ao impor procedimentos aos

⁴⁷ “1-A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a proteção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa de seus interesses.”

⁴⁸ Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Aids e o direito civil brasileiro. *Revista USP*, São Paulo, n. 33, p. 66-79, 1997.

órgãos envolvidos na proteção ao consumidor. No campo contratual, o CDC não limita sua proteção a um único contrato, mas a qualquer vínculo contratual entre fornecedor e consumidor, em que haja relação de consumo, como compra e venda, prestação de serviços etc. O sistema instituído compõe-se de um complexo normativo especial, desde que essas relações não sejam disciplinadas por outra norma especial posterior que as regule de forma ainda mais específica.⁴⁹

Esse direito é reconhecido no texto constitucional como fundamental porque o consumidor busca no mercado, na qualidade de não profissional, de destinatário de tudo o que o mercado produz, a satisfação de suas necessidades essenciais de alimentação, saúde, educação, segurança, lazer etc. O consumidor não exerce esse direito fundamental apenas quando está celebrando um contrato de assistência à saúde ou adquirindo um imóvel para moradia; trata-se de um direito fundamental e indissociável da condição de consumidor, seja a relação de consumo contratual ou extracontratual.

O CDC é uma normatização que visa a dar eficácia plena ao preceito constitucional do art. 5.º, XXXII. Por tal motivo, o Código não cuidou de um contrato específico, mas de proteger o consumidor na sua exposição ao mercado, principalmente no domínio contratual, em que haja relação de consumo entre um fornecedor profissional e um consumidor não profissional. Héctor Valverde Santana associa, inclusive, a proteção constitucional do consumidor como “questão essencial para o regular funcionamento do mercado”.⁵⁰

A questão que se coloca é identificar os limites do legislador e da própria jurisdição constitucional na regulação desse direito de proteção e, por conseguinte, do direito à informação do consumidor.

A defesa do consumidor encontra-se, dogmaticamente, justificada na doutrina dos chamados deveres de proteção, inclusive relacionada com o acionamento de políticas públicas em todos os campos em que se faça necessária a ação estatal. Habermas sustentava,

⁴⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 24.

⁵⁰ SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor; necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

inclusive, que “o objetivo do direito privado não podia limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social”.⁵¹ Larenz já chamava a atenção na primeira metade do século passado no sentido de que “todo poder de pessoas sobre pessoas tem de ser limitado”,⁵² ou seja, todo exercício do poder, inclusive na esfera privada, deverá ser limitado toda vez que tiver o potencial de ser exercido de forma abusiva sobre o outro. Classicamente, o direito pensava a pessoa totalmente autossuficiente e impunha-se ao Estado um dever negativo de não intromissão em tudo o que dissesse respeito ao indivíduo em si. Modernamente, há um dever positivo de prestação com relação a esse mesmo indivíduo, “pois há uma série de condicionantes externos que devam se desmontar para melhorar sua capacidade de decisão”.⁵³ O CDC, em si, decorre da tarefa estatal desse dever. Conforme aponta a doutrina estrangeira,⁵⁴ são deveres impostos ao Estado para proteger certos interesses de seus cidadãos; abrangem os interesses da vida, saúde, liberdade e propriedade e também protegem alguns outros interesses, como os dos consumidores:

*These duties of protection appear in various guises: as obligations on federal and Lander legislatures, as executive duties to give effect to protective laws (including those which check the exercise of executive discretion), and as guidelines, both for the (constitutional) judicial control of various legislative and executive acts and omissions and for judicial decision-making in cases at civil law.*⁵⁵

Paulo Gonet Branco esclarece que o dever de proteção é concebido “para atenuar desigualdades de fato na sociedade e para ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos...os direitos à

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 17.

⁵² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 246.

⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 505.

⁵⁴ STARCK, Christian. State duties of protection and fundamental rights. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 20-91, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318396349_State_duties_of_protection_and_fundamental_rights/fulltext/59677a4e458515e9af9ea4ea/State-duties-of-protection-and-fundamental-rights.pdf?origin=publication_detail. Acesso em: 9 set. 2021.

⁵⁵ STARCK, op cit., p.20-91. Tradução livre: Esses deveres de proteção aparecem de várias formas: como obrigações nas legislaturas federal e Lander, como deveres executivos para efetivar leis de proteção (incluindo aquelas que verificam o exercício do poder executivo), e como diretrizes, tanto para o controle judicial (constitucional) de vários legislativos atos e omissões e executivos e para a tomada de decisões judiciais em casos de lei.

prestação material têm sua efetivação sujeita às condições de cada momento da riqueza nacional”.⁵⁶

Nas relações de consumo, essa tarefa se impõe ante o reconhecimento do Estado de dar segurança aos destinatários dessa proteção em decorrência do natural déficit de autodeterminação em suas relações contratuais e extracontratuais de consumo. A intervenção protetiva não tem nem pode ter como objeto a subtração da liberdade do protegido, pelo contrário: a intervenção se faz para, por meio da lei, protegê-la e assegurar, com a equalização promovida pelo legislador, a própria liberdade.⁵⁷ A ideia central é a de que no momento em que o Estado cria os pressupostos para a manutenção da liberdade, ele assume por conseguinte a obrigação de manter e assegurar a liberdade. Significa que a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais, mas igualmente por meio da intervenção dos poderes públicos (*shultz durch Eingriff*), no sentido de garantir esses direitos contra ameaças diversas.⁵⁸ Na feliz expressão de Antonio Junqueira de Azevedo, trata-se de obrigações, sobretudo, de informar, que impõem ao fornecedor “o dever de não abusar ou de proteção”.⁵⁹

Em sua função protetiva, os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de prestação positiva a fim de prevenir e coibir ameaças aos direitos fundamentais no domínio das relações entre particulares. A doutrina dos deveres de proteção parte da premissa de que não é apenas a ação estatal que pode colocar em risco os direitos fundamentais, mas tal ameaça e agressão podem estar presentes nas próprias relações privadas. Na Alemanha, tornou-se famoso o caso em que um representante comercial, depois de ser desligado de suas funções por justo motivo, ficou impedido, com base em uma disposição do Código Comercial,

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2006. p. 160.

⁵⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159: “Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute dessas liberdades. Os direitos à prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade”.

⁵⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. São Paulo: RT, 2013. p. 317.

⁵⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 127, abr./jun. 1996.

de ser contratado para a mesma função por qualquer outra empresa pelo período de dois anos. O Tribunal alemão entendeu que essa condição prevista na lei era inconstitucional, pois na prática implicava o poder do particular de impedir o direito fundamental à liberdade de profissão e de ofício, quando na Constituição alemã havia dispositivo no sentido de impor ao Estado o dever de proteção desse direito fundamental ao livre exercício profissional, sobretudo nas relações contratuais manifestamente desequilibradas, conforme o caso relatado.

A partir do momento que a dignidade da pessoa humana passa a se constituir em fundamento do ordenamento jurídico, nas palavras de Marcelo Schenk Duque, “o Estado tem o dever de protegê-la, independentemente do lado do qual provenha a agressão, de modo que as relações privadas não podem passar ao largo desse dever de proteção estatal”.⁶⁰ Entretanto, esse dever de proteção não pode ser feito subtraindo a liberdade do destinatário da proteção, mas, pelo contrário, a função é exatamente de assegurar essa liberdade.⁶¹

2.1 COMO OPERAM OS DEVERES DE PROTEÇÃO

Os direitos fundamentais vinculam a legislação, o Poder Executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente, aplicando-se também às normas de direito privado (art. 1.º, n. 3, da Lei Fundamental alemã); no Brasil, o § 1.º do art. 5.º da CF, no mesmo sentido, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Essa vinculação imediata de que fala o texto constitucional levou certa doutrina a maximizá-la, chegando a sustentar, inclusive, a desnecessidade da intermediação da lei para a proteção dos direitos fundamentais. No Brasil, os seguidores da linha do direito civil constitucional defendem um atalho direto à Constituição, atribuindo pouca importância à mediação do legislador. O direito civil constitucional propõe uma nova abordagem do direito privado. O direito civil clássico (ou o positivismo) estaria inadequado, repleto de deficiências, tendo perdido, portanto, a conectividade com a realidade social por vários motivos: (i) eliminação dos valores morais do mundo normativo; (ii) divórcio da realidade social na análise dos fenômenos jurídicos; (iii) vinculação excessiva do juiz ao texto da lei; (iv) excesso de

⁶⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. São Paulo: RT, 2013. p. 319.

⁶¹ *Ibid.*, p. 320.

formalismo do julgador, o que distanciava do caso concreto; (v) irrelevância da dignidade da pessoa humana; (vi) prevalência da lei sobre a Constituição.

Para Gustavo Tepedino, “verifica-se a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado [...] concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais [...]”.⁶²

É certo que essa “repersonalização” do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada.⁶³

Para Anderson Schreiber,⁶⁴ “[...] o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”. Tal seria necessário porque, segundo Gustavo Tepedino,⁶⁵ a Constituição de 1988 teria alterado a “justificativa ideológica do inteiro sistema”.

Não há como desvincular a função protetiva dos direitos fundamentais da legislação.⁶⁶ Nesse sentido, Paulo Mota Pinto discorda abertamente de recorrer, sem critérios, diretamente à aplicação dos direitos fundamentais:

[...] à aplicação de entidades privadas das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo valores constitucionalmente consagrados ou cláusulas gerais, em particular, numa interpretação conforme os direitos fundamentais.⁶⁷

⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil: Direitos humanos e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 57.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Pelo princípio de isonomia substancial na nova Constituição: notas sobre a função promocional do direito. *Atualidades Forense*, v. 11, n. 112, p. 30-35, 1987.

⁶⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 214: “Não raras vezes, destinam-se as normas legais a *completar, densificar e concretizar* direito fundamental. É o que se verifica, *v.g.*, em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade, material e intelectual, dos direitos das sucessões (CF, art. 5.º, XXXII-XXXVI), no âmbito da proteção do consumidor (CF, art. 5.º, XXXII), e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5.º, XXXVL-LXVII). Sem pressupor a existência de normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, o direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico”.

⁶⁷ In MONTEIRO, António Pinto. Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 155.

Otavio Luiz Rodrigues Jr. critica essa eficácia imediata dos direitos fundamentais pois ela implicaria:

Transferência do espaço decisório da autonomia privada para o âmbito judicial. Este talvez seja o mais grave dos problemas da eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação aos particulares: o desrespeito aos esquemas mentais, às circunstâncias metajurídicas e à racionalidade própria (ou a falta dela) dos agentes que negociam sob o prestígio da autonomia privada.⁶⁸

Para Canaris, ainda que haja um papel nesse sentido reservado aos tribunais, ordinariamente o Estado tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais por intermédio da legislação. A realização da função de imperativo de tutela só é possível, por via de regra, por meio do direito ordinário, em razão de este não ser constitucionalmente predeterminado como objeto de proteção dos direitos fundamentais. Isso implica um amplo espaço de livre conformação por parte do legislador para oferecer uma resposta adequada à autonomia do direito privado e, em especial, à autonomia privada.⁶⁹

Portanto, quando se fala em deveres de proteção, existe a necessidade de um diálogo entre a legislação ordinária e a Constituição. O espaço de conformação do legislador ordinário existe e apenas, excepcionalmente, poder-se-á recorrer a uma aplicação direta da Constituição:

[...] nos casos em que o julgador não encontra norma adequada aplicável adequada ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou ainda que deva afastar uma norma ou interpretação que perfila como a única possível por ser contrária aos direitos fundamentais.⁷⁰

Na mesma linha, Christian Starck defende que:

*If, on the other hand, we look at fundamental rights as objective values of the legal system to create constitutional duties of protection, we should be content to understand them simply as functions of the state, rather than legal duties, which do not give rise to corresponding civil rights. We would need to do this to preserve the difference between the objective aspects of fundamental.*⁷¹

⁶⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 559. Ebook.

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54-55.

⁷⁰ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 156, 2003.

⁷¹ STARCK, Christian. State Duties of Protection and Fundamental Rights. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 20-91, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2000/v3i1a2882>. Acesso em: 19 out. 2021. “[...] *claims to protection cannot be directly binding law. They presuppose legislation*”. Tradução livre: “Se, por outro lado, olhamos os direitos fundamentais como valores objetivos do sistema jurídico para criar

Logo, o autor mostra-se contrário a uma aplicação direta dos deveres fundamentais porque eles pressupõem uma legislação.⁷²⁷³

2.2 O LIMITE AO ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. O LEGISLADOR NÃO PODE TUDO

Como esclarece Paulo Gonet Branco,⁷³⁷⁴ o Estado legislador goza de grande margem de discricionariedade na conformação dos deveres de proteção. O dever de atuação do Estado em prol da eficácia dos direitos fundamentais evidentemente não pode decorrer de mera discricionariedade. Como visto, a intervenção do Estado tem a liberdade como razão (além da constatação da falta de igualdade material), ao mesmo tempo que essa liberdade é também limite à atuação do Estado. Pelo fato de ter um déficit de autodeterminação, a liberdade do destinatário da proteção fica seriamente afetada e, por conseguinte, a igualdade nas relações privadas, como é o caso das relações de consumo. Entretanto, tendo em vista que o dever de proteção em si é uma cláusula geral e aberta, quando o Estado tem o dever de legislar para proteger e quando essa intervenção seria contrária ao próprio ordenamento?

Para Canaris, esse dever do legislador, no limite, somente será encontrado ponderando o direito fundamental em causa.⁷⁴⁷⁵ À semelhança dos princípios, os critérios estão abertos à ponderação e se apresentam por meio de um sistema móvel: quanto maior o nível do direito fundamental afetado, mais severa deve ser a intervenção; quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades de seu titular para uma eficiente autoproteção, mais importante será reconhecer um dever de proteção.

Evidente que, sobretudo no domínio das relações contratuais de consumo, a intervenção se dá limitando a liberdade do profissional (fornecedor) para que este não asfixie

deveres constitucionais de proteção, devemos nos contentar em entendê-los simplesmente como funções do Estado, em vez de deveres legais, que não darão origem aos direitos civis correspondentes. Precisariamos fazer isso para preservar a diferença entre os aspectos objetivos do fundamental".

⁷² STARCK, Christian. State Duties of Protection and Fundamental Rights. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 20-91, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2000/v3i1a2882>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁷³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 161. No mesmo sentido: CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 438

⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 138.

com seu excesso de poder contratual o outro polo da relação que é o consumidor, que faticamente está em desequilíbrio ou vulnerabilidade, ou seja, a proteção é dada pela lei para equalizar a falta de liberdade do consumidor em agir no sentido de se autoprotger. Se, entretanto, essa dificuldade de autoproteção não se manifesta no domínio da realidade, a intervenção mostra-se totalmente desnecessária; e se porventura existente, acabaria por outorgar um privilégio ao consumidor.

Toda intervenção, no fundo, busca assegurar um poder de mais igualdade ao destinatário da proteção, limitando a liberdade de ação de alguém que, com poder e arbítrio ilimitado, tenha a aptidão de colocar o direito fundamental do particular em risco. É nesse sentido que em todo ordenamento há uma tensão entre a liberdade e a igualdade. Para Günter Dürig, um Estado

[...] que estende radicalmente o postulado da igualdade à distribuição de bens (a umas apenas duas vacas) destrói em igual proporção a liberdade (nesse caso, a de adquirir outra vaca). O contrário também se aplica: a liberdade econômica, entendida como arbítrio desenfreado, conduz conseqüentemente a desigualdades intoleráveis.⁷⁵

A igualdade pressupõe o livre desenvolvimento da liberdade. Logo, a igualdade não tem um sentido matemático, exato, pois não pode ser usada para a coletivização igualitária, nivelamento e esquematização de pessoas.

A doutrina⁷⁶ aponta alguns critérios para essa intervenção pela via legislativa: (i) relevância do bem jurídico protegido que está ameaçado; (ii) intensidade do perigo a que esse bem está sujeito; (iii) ausência total ou parcial de condições do destinatário da proteção de se autoprotger desse perigo; (iv) prejuízos jurídicos que a intervenção estatal provocará tanto na esfera do destinatário da proteção como do potencial violador (lesante); e, por fim, (v) o número relevante de vítimas atingidas por essas condutas que tenham aptidão de violar direitos fundamentais.

Na relação entre particulares, o foco estará voltado para proteger os direitos fundamentais das ameaças, que tenham a aptidão de colocar esses direitos em risco. Entretanto, a intervenção na relação entre particulares não pode ser feita, inclusive no âmbito

⁷⁵ DÜRIG, Günter. *Escritos reunidos*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 85. (Série IDP.)

⁷⁶ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 330.

legislativo, sem o exercício da ponderação. Como adverte Canaris, sempre que houver um perigo intenso para a vida e a saúde, evidente que a intervenção deverá ocorrer, pois esses direitos ocupam uma posição de maior relevância em relação à liberdade de ação e à propriedade. Até porque em torno da vida é que emerge a titularidade de direitos fundamentais.⁷⁷

Contudo, esse poder de conformação, quanto à extensão dos deveres de proteção, só pode pertencer ao legislador. Do contrário, conforme pondera o renomado civilista Otavio Luiz Rodrigues Jr., estar-se-ia transferindo esse poder para o legislador:

Assim, ao se defender a preservação dos espaços legislativos ante a invasão dos direitos fundamentais e a “colonização” do Direito Privado pelo Direito Constitucional, manifesta-se um cuidado muito específico: impedir a transferência do papel de determinação das opções democráticas sobre valores, ao menos em níveis excessivos, do legislador para o juiz.

Otavio Luiz Rodrigues Jr. conclui argumentando que tal importaria na substituição da autonomia privada, protegida constitucionalmente: “A lei, mesmo com todas as limitações ao exercício da democracia nos parlamentos, é ainda a melhor forma de se impedir que a discricionariedade judicial substitua o poder de autodeterminação individual e, mais particularmente, a autonomia privada”.⁷⁸

Nessa mesma linha de entendimento, Marcelo Schenk Duque, com apoio na doutrina e jurisprudência alemãs, defende que essa tarefa de conformação dos deveres de proteção pertence ao legislador:

Consequentemente, o cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais é realizado pelo legislador ordinário com uma considerável margem de liberdade de decisão ou de discricionariedade, no marco de sua responsabilidade política, para o encontro de medidas que se mostrem apropriadas aos bens jurídicos dignos de proteção.⁷⁹

Para esse poder de conformação, embora o legislador goze de razoável discricionariedade, ele (o legislador) não age ilimitadamente: há um limite representado pela própria essência dos direitos fundamentais que está sendo protegido (o que muitos chamam

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 144.

⁷⁸ RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo*. 2. ed. [S.l.]: Forense, 2019. Edição do Kindle p. 572.

⁷⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 330. p. 334.

de núcleo essencial dos direitos fundamentais), que tem de ser minimamente atendida por esse poder conformador. É o que Canaris chamou de proibição da insuficiência, no sentido de que a proteção efetivada via poder conformador do legislador tem de ser minimamente apta a afastar os perigos e as ameaças ao direito fundamental que se busca proteger.⁸⁰

2.3 A PROIBIÇÃO DE REGULAR DE MENOS (PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA) E DE REGULAR DE MAIS (A PROIBIÇÃO DO EXCESSO)

Há uma natureza notadamente objetiva dos direitos fundamentais, direcionados ao Estado de forma geral, sobretudo ao Legislativo.⁸¹ Dependendo de sua concretização na linha do que defendem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco,⁸² o dever de proteção não gera automaticamente um direito subjetivo. Esses deveres são dirigidos primacialmente aos órgãos estatais, especialmente ao Legislativo. Trata-se, na verdade, do poder de conformação do legislador, inclusive quanto aos deveres de proteção do consumidor determinados constitucionalmente. No entanto, essa conformação não pode levar, em sintonia com o pensamento de Canaris, a uma proteção demasiadamente insuficiente nem excessiva, dentro da chamada *proibição do excesso*. É o que aconteceria se a proteção legal ao consumidor implicasse o esvaziamento de outros direitos fundamentais, como o próprio direito à propriedade e à segurança jurídica.⁸³

Conforme já tivemos oportunidade de expor,⁸⁴ o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, concedeu liminar contra a vigência a Lei Estadual 2.050, de 30.12.1992, do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia a gratuidade dos estacionamentos em

⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 144.

⁸¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 180.

⁸² Cf. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸³ Nesse sentido: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 850.

“Toda restrição a um direito fundamental precisa ser proporcional. Entendemos que a proporcionalidade se aplica a partir de uma bipartição: proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), e a proibição de excesso (*Übermassverbot*). Neste contexto, toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mais especificamente, precisará observar a proibição do excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito.”

⁸⁴ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 3.

estabelecimento particular. O relator, Ministro Moreira Alves, entendeu que a proteção ao consumidor praticamente esvaziava o direito de propriedade do fornecedor de explorar economicamente seus bens móveis e imóveis:

[...] quer sob o aspecto da inconstitucionalidade material (ofensa ao artigo 5.º, XXXII, da Constituição Federal, por ocorrência de grave afronta ao exercício normal do direito de propriedade), quer sob o ângulo da inconstitucionalidade formal (ofensa ao artigo 22, I, da Carta Magna, por invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito civil). A *proibição do excesso* fez com que o STF no julgamento da ADI 1931 relativa à Lei dos Planos de Saúde,⁸⁵ por conta do direito fundamental à segurança jurídica, afastou a vigência do artigo 10, parágrafo 2.º, e o artigo 35-E, *d*, que retroagiam a aplicação da nova lei aos planos de saúde anteriormente pactuados.⁸⁶

2.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA DO CONSUMIDOR E A PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Os deveres de proteção do consumidor, inclusive no domínio do direito à informação, decorrem do imperativo constitucional que atribuiu à defesa do consumidor *status* de direito fundamental. A dificuldade de autoproteção do consumidor em suas relações contratuais e

⁸⁵ Lei 9.656/1998.

⁸⁶ Conforme anotamos sobre esse julgamento em: *Direito do consumidor*. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo cit., p. 3: "O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, considerou que o legislador, com o intuito de potencializar a proteção do consumidor, 'extrapolou as balizas da Carta Federal, pretendendo substituir-se à vontade dos contratantes'. Nesse caso, mostrou-se claramente que o direito fundamental à segurança jurídica (a proteção ao ato jurídico perfeito que impede a lei de retroagir para atingir contratos celebrados anteriormente à sua vigência) atua claramente como limite ao legislador ao regular, na via ordinária, os deveres de proteção do consumidor. Assim, da mesma forma, quando o legislador praticamente anular, com sua intervenção protetiva ao consumidor, outro direito fundamental, essa proteção mostrar-se-á incompatível com os próprios valores da Constituição, sobretudo, com a segurança jurídica, que não autoriza o afastamento de ato jurídico perfeito [...]". Dos direitos fundamentais não decorrem, em regra, direitos subjetivos. Pelo contrário, apresentam uma dimensão objetiva que obriga o Estado "a ensejar um dever de proteção dos direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados". A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, ao contrário da objetiva, associa-se mais à exigência de um dever negativo de abstenção dos Estados (sobretudo com relação à liberdade da pessoa). Daí o julgador, em regra, não poder extrair direitos subjetivos aos destinatários da proteção diretamente da Constituição, na chamada aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. Canaris e Paulo Mota Pinto, embora entendam que a tarefa de regular a aplicação dos deveres de proteção seja do legislador, admitem, apenas excepcionalmente, que essa tarefa possa ser exercida pelo Poder Judiciário, sobretudo diante de uma omissão do Legislativo que coloque em risco permanente a proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, não presente essa excepcionalidade da aplicação direta, indaga-se: ante o espaço de conformação do legislador, que ao regular qualquer situação já deve levar em consideração os direitos fundamentais, qual a legitimidade do aplicador do direito para, praticamente desprezando a legislação infraconstitucional, criar um atalho direto entre o fato e a Constituição, como que discordando da forma como o direito foi regulamentado?

extracontratuais com o fornecedor revela uma disparidade natural de forças, deixando evidente a ausência de igualdade material, a qual atua no sentido de limitar severamente a liberdade do consumidor em sua ação no mercado, revelando de forma flagrante sua vulnerabilidade econômica ou técnica. Nesse sentido, o dever de informação outorgado pelo legislador deve atuar para atenuar essas vulnerabilidades, sejam econômicas ou técnicas, que dificultam a autoproteção do consumidor.

Esses deveres de proteção não constituem direito subjetivo do consumidor, mas funções que devem ser, ordinariamente, executadas pelo Legislativo dentro de seu poder conformador. Ainda que para conformar o dever de proteção do direito fundamental do consumidor o legislador goze de razoável margem de discricionariedade, em especial no tocante ao direito de informação, nessa tarefa, entretanto, ele não pode simplesmente esvaziar o direito do consumidor de qualquer proteção (proibição da insuficiência) nem exceder nessa tarefa, praticamente anulando outros direitos fundamentais de terceiros em prol dos consumidores.

A autonomia do próprio consumidor, como titular de direitos da personalidade,⁸⁷ funciona como um limite flagrante ao poder conformador do legislador em relação a deveres de proteção. Sua liberdade e seu direito à autodeterminação, inclusive nas relações negociais de mercado, não podem sofrer intervenção legislativa que implique sua violação. Imagine uma situação em que o consumidor fosse punido legalmente por agir em desacordo com as informações que lhes foram prestadas pelo fornecedor por imposição legal? Da mesma forma, relativamente ao fornecedor, o legislador deve também fazer a ponderação acerca de outros direitos fundamentais envolvidos, sem sacrificá-los em demasia. Os julgados do STF a respeito das inconstitucionalidades parciais da Lei dos Planos de Saúde e da lei estadual do Rio de Janeiro, conferindo ao consumidor a proteção das gratuidades nos estacionamento privados, deixam bem claros esses limites da proibição do excesso. Apenas excepcionalmente o Poder Judiciário, ante uma omissão do legislador que esteja colocando em risco de forma flagrante

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

um direito fundamental, poderá atuar no sentido de fazer uma aplicação direta do dever de proteção em prol do consumidor.

2.5 O DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR MATERIALIZADO NO *DESVIO PROPOSITAL* AO REGIME DO *DOLO* E DO *ERRO* DOS *VÍCIOS* DE CONSENTIMENTO

Nos capítulos mais adiante, serão abordados: a pesquisa de campo realizada para identificar a percepção dos consumidores; como ocorre o processo de comunicação entre o fornecedor e o consumidor; e ainda como atua o *regime geral do direito à informação*. Antes, entretanto, impõe-se verificar a preocupação do legislador em dar efetividade ao comando constitucional de proteção ao consumidor ao poupá-lo deliberadamente de ter de percorrer os chamados *vícios do consentimento* para afastar-se da vinculação dos negócios jurídicos por problema decorrente do direito à informação. Em face da necessidade de facilitar a “defesa dos consumidores”, como prevê expressamente o texto constitucional, o dever de prestação do Estado, na forma dos deveres de proteção, de maneira proposital vai criar mecanismos que a viabilizam, sobretudo na fase pré-contratual. Como se verá posteriormente, a falta de efetividade parcial ou total do direito à informação nem sempre terá como causa o boicote do fornecedor, mas também o próprio comportamento habitual do consumidor no mercado. Contudo, diante do relevante papel da informação na formação da vontade e considerando o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado, o legislador simplesmente poupou o consumidor de ser obrigado a realizar uma verdadeira ginástica probatória, a chamada *prova diabólica*:

[...] lá protección tradicional através de los vicios de consentimiento [...] se considera claramente insuficiente ante las nuevas exigencias de lá contratación moderna em que imperam los dictados del principio da buena fé e el nuevo orden público económico.⁸⁸

Historicamente, os Códigos Civis apenas indiretamente cuidaram de um dever de informação que as partes deviam ter umas com as outras, tanto na fase pré-contratual como no momento da celebração do contrato. A toda evidência, a indução em erro como vício da vontade revela, ainda que de forma complexa, a preocupação dos Códigos Civis clássicos com

⁸⁸ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. El deber de información. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 59, 2000.

a repercussão de uma informação prestada de forma propositadamente falsa ou enganosa na formação do convencimento do contratante. Nesse sentido, o Código Civil brasileiro de 1916,⁸⁹ este na esteira do Código Napoleônico,⁹⁰ já tratava do erro como vício de consentimento: “o dever de informar é certamente violado por ação ou omissão, quando uma das partes induz a outra em erro suscetível de ser invocado como fundamento para anular um contrato”.⁹¹ Como é cediço, a figura do erro continua presente nos Códigos Civis vigentes no Brasil⁹² e nos países da *civil law*, como em Portugal.⁹³ Outrossim, o vício de consentimento, cuja causa é o *dolo* de uma das partes, poder-se-ia manifestar também na omissão da informação, como deixa claro o art. 147 do CCB:⁹⁴ “o dolo nos negócios jurídicos, como meio ou artifício de indução em erro, sempre foi ato ilícito [...]”.⁹⁵ No *Brasil, a omissão da informação relevante é equiparada ao dolo*.⁹⁶ Entretanto, essa omissão só seria relevante se a parte lesada provasse que sem a informação “o negócio não teria acontecido”, ou seja, nas palavras de Eduardo Tomasevicius, teria de provar que por conta do déficit de informação “teve um consentimento viciado e sem efeito”.⁹⁷

É possível também pelo regime do direito civil que uma informação prestada acerca de elemento essencial da contratação (dada na fase pré-contratual, no momento da celebração

⁸⁹ Vide os arts. 86 a 91 do Código Civil de 1916.

⁹⁰ Os arts. 1.109 a 1.122 do Código Napoleônico abordam a questão do consentimento na celebração de contratos. O art. 1.109 preconiza, em tradução livre, que: “Inexiste consentimento válido se o consentimento tiver sido dado por erro, ou se tiver sido extorquido por violência ou surpreendido pelo dolo”. Com relação à influência desse Código no Código Civil de 1916, Sylvio Capanema de Souza aduz que: “Em notável artigo de doutrina, publicado na *Revista de Direito Civil*, o mestre de todos nós, o saudoso Professor Caio Mário da Silva Pereira, aponta inúmeras passagens do Código Bevilacqua, e que reproduzem, quase *ipsis litteris* análogos dispositivos do Código Napoleão. A estrutura interna dos atos jurídicos resumida no artigo 82 do Código de 1916 adota a mesma perspectiva do artigo 1.108 do Código Napoleão, o que também se pode perceber, sem maior esforço, na discriminação dos vícios de consentimento. O artigo 1.109 alude ao erro, à coação e ao dolo, atribuindo-lhes as mesmas consequências previstas em nosso Código” (O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004).

⁹¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. I, p. 201.

⁹² Vide os arts. 138 a 144 do Código Civil de 2002.

⁹³ Vide os arts. 247.º a 252.º do Código Civil português de 1966.

⁹⁴ “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

⁹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 129, abr./jun. 1996.

⁹⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

⁹⁷ Ibid.

do contrato ou, ainda, no curso da contratação) seja de tal forma relevante que o direito reconheça a invalidade do pacto. Nesse momento, configura-se defeito no negócio jurídico pela indução de uma das partes em erro substancial. O erro tem essa qualidade quando diz respeito à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, a qualidades essenciais do objeto, à qualidade essencial da pessoa ou ao erro de direito (art. 139 do CCB).⁹⁸ Entretanto, para esse erro ser considerado juridicamente relevante, que poderia perfeitamente envolver a transmissão de uma informação errônea sobre o objeto do contrato, o lesado teria que demonstrar: (i) que afetou um elemento essencial do negócio em si ou algumas de suas qualidades; (ii) que esse erro influenciou decisivamente na formação da vontade no tocante à qualidade essencial da pessoa; (iii) motivo único ou principal do negócio jurídico, se o erro for de direito.

Entretanto, se a informação não for de alguma forma crucial, o negócio jurídico poderá ser convalidado, ainda que se prove que a informação não era verdadeira. Deve-se demonstrar, portanto, que a informação viciada atinge elemento essencial do negócio jurídico, notadamente no aspecto da declaração de vontade.⁹⁹ Somente mediante a comprovação do vício do consentimento por erro substancial e do próprio dolo que pode a parte prejudicada requerer a desvinculação ou invalidação do negócio jurídico que padece de problema de informação. Contudo, o esforço da parte em produzir tal prova equipara-se, na verdade, à produção de uma prova diabólica. A rigidez legal nesse aspecto se justificava perante o Código Civil pela alegada necessidade de resguardar a segurança jurídica dos negócios.

Antes do advento da legislação consumerista, os negócios jurídicos que tinham natureza de consumo se submetiam ao regime do Código Civil. Portanto, eventuais problemas contratuais oriundos de informações enganosas ou falsas (prestadas por uma das partes para

⁹⁸ “Art. 139. O erro é substancial quando: I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

⁹⁹ Consoante o art. 104 do Código Civil brasileiro, os elementos essenciais do negócio jurídico são subjetivos (capacidade e declaração de vontade), objetivos (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e formais (forma prescrita ou não defesa em lei). A declaração de vontade não está expressamente elencada no referido dispositivo, porém não haveria falar em negócio jurídico sem vontade. Isso porque: “A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. São Paulo: RT, 2012. t. III, p. 56.

levar a outra a pactuar, por exemplo), ou da omissão de informação,¹⁰⁰ eram tratados sob a égide dos princípios da teoria dos vícios da vontade (ou do consentimento).¹⁰¹ Inexistia, pois, um dever geral de informar nas tratativas do negócio jurídico de consumo.

No Brasil, a exemplo do que ocorreu em outros ordenamentos, a legislação consumerista alterou por completo esse quadro. O diploma é voltado para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, estatuidando regras cujo objetivo é minimizar sua vulnerabilidade, inclusive de informação, perante o fornecedor, criando de forma geral e simplificada o que Paulo Mota Pinto chegou a chamar de uma *proibição geral de indução em erro*,¹⁰² sem a necessidade de demonstrar o *dolo*, bastando a simples negligência para tal. Por conseguinte, entre os direitos básicos ao consumidor tem-se o da informação adequada e clara quanto aos produtos e serviços fornecidos (art. 6.º, III) e, complementarmente, o de proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (art. 6.º, IV). Nesse escopo, o dever de informação, consectário do princípio da boa-fé, é a pedra de toque nos negócios jurídicos de consumo, devendo prevalecer em todos os momentos da relação consumerista.

Portanto, no regime do CDC, há uma espécie de desvio com relação à figura da indução em erro e do próprio dolo. É inegável que as figuras jurídicas do erro e do dolo existem nos negócios jurídicos de consumo, como em qualquer outro, mas a aplicação das regras

¹⁰⁰ Nesse aspecto, trata-se do dolo omissivo, conforme o art. 147: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. No tocante a essa matéria, importante destacar que: “A delimitação do dolo (que deflagra a invalidade) e a violação contratual (que traduz inadimplemento contratual) justifica-se, portanto, exclusivamente em razão do momento em que se verificam tais comportamentos. No caso do dolo, a quebra da boa-fé antecede o negócio e ‘coincide com a formação da vontade negocial’. A constituição do negócio é atingida em sua origem e importa na alteração da vontade dirigida à sua celebração. Daí a previsão de anulabilidade. Na segunda hipótese, o negócio se constitui mediante vontade livremente declarada, não havendo interferência em sua formação. Por isso a quebra do dever de informação, neste caso, resulta em inadimplemento contratual, não já em invalidade”. TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 284.

¹⁰¹ Judith Martins-Costa aduz que o problema do dever de informação também era valorado mediante “[...] o princípio da irrelevância do chamado dolo omissivo, ou negativo. Para além dessas hipóteses era, quando muito, absorvido pela valoração do comportamento do sujeito que teria dado causa à invalidade do negócio, segundo a concepção de Von Jhering acerca da *culpa in contrahendo*”. MARTINS-COSTA, Judith. *Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277-318.

¹⁰² PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 195, 2003.

clássicas do direito civil se tornou desnecessária ante os atalhos dados propositadamente pelo legislador para permitir a desobrigação do consumidor ante um problema de informação que macule a relação de consumo, pois *um consentimento devidamente informado é um consentimento consciente*.¹⁰³ Logo, o CDC vai permitir tanto a desvinculação como a retratação sem que seja necessária a prova de que o consumidor tenha sido induzido em erro ou que o fornecedor procedeu com dolo.

Exemplifica-se: o consumidor que contrata sem receber previamente a cópia assinada do contrato. Nesse caso, não se pergunta se a ausência dessa informação prévia foi ou não foi fundamental; se é caso de *dolus malus*, que macula a vontade; ou de *dolus bonus*, que mantém íntegro o negócio jurídico. Outrossim, se a informação foi transmitida erroneamente, não se questiona se atinge ou não atinge elementos essenciais do negócio jurídico. Em outras palavras, se existe ou não existe um erro. A solução dada pelo legislador é simplesmente a de não aceitar a vinculação do negócio jurídico, conforme diz expressamente a primeira parte do art. 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo...”¹⁰⁴ Por outro lado, se a minuta contratual for entregue antecipadamente, mas contiver termos embaraçosos e obscuros de modo a impedir que o consumidor tenha conhecimento pleno acerca daquilo que está contratando, tampouco haverá vinculação nos termos da parte final do próprio art. 46 “...se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.¹⁰⁵ Na lei consumerista portuguesa,

¹⁰³ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. El deber de información. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 59, 2000.

¹⁰⁴ O STJ, no julgamento do Recurso Especial 897.148/MT (20.09.2007), de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, reputou ineficaz cláusula geral de juros remuneratórios de contrato de adesão que, apesar de registrado em cartório, não foi apresentado à consumidora. No caso, a consumidora assinou apenas propostas de adesão que não continham informações acerca dos encargos e índices a serem aplicados. O voto condutor aduziu que esse tipo de contratação (“com a referência a cláusulas genéricas inseridas em outro instrumento contratual”) ia de encontro a diversos dispositivos do CDC, entre eles o art. 46, de modo que a declaração de recebimento das cláusulas gerais sem que estas tenham sido previamente submetidas ao conhecimento da consumidora são ineficazes. Assim, “as cláusulas gerais não integrantes no contrato anuído e assinado pela consumidora não lhe são oponíveis. Não houve, assim, pacto sobre a taxa de juros remuneratórios”.

¹⁰⁵ Em Portugal, nesse caso, a Lei de Defesa do Consumidor, a LDC, dá ao consumidor a possibilidade de se retratar ou desistir do contrato, se tiver contratado com violação ao direito seu à informação. O art. 8.º, 4, estabelece que “[...] o consumidor goza do direito de retratação do contrato relativo à sua aquisição ou

o consumidor possui o direito de retratação nos casos em que a informação for “[...] ilegível ou ambígua (e) que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço” (art. 8.º, 4, LDC).

Nesse diapasão, o art. 30¹⁰⁶ do CDC estabelece que toda informação ou publicidade suficientemente precisa e dada ao consumidor antes da contratação vincula o fornecedor e integra o contrato, independentemente da intenção do fornecedor.¹⁰⁷ Isso porque o consumidor é constantemente levado a contratar em razão da oferta, que, por vezes, contém informações diversas daquilo previsto no contrato. Por essa razão, o consumidor não precisa dizer que foi induzido em erro ou que está presente o dolo do fornecedor, uma vez que, por força do dispositivo supramencionado, pode fazer valer a informação prévia,¹⁰⁸ ainda que o contrato assinado seja conflitante com essa informação. De que forma, então, o CDC trata a informação enganosa prestada em uma relação de consumo? É fácil concluir que uma informação dessa natureza vai de encontro aos ditames basilares do CDC (art. 6.º, IV), motivo pelo qual o legislador vedou expressamente toda publicidade capaz de enganar o consumidor, proibindo, na mesma oportunidade, a publicidade abusiva. Trata-se do art. 37 e respectivos parágrafos do CDC. Para ser considerada enganosa, a publicidade deve necessariamente induzir em erro o consumidor a respeito de elementos relevantes de produtos ou serviços (art. 37, § 1.º). O consumidor, nesse caso, é levado a contratar em decorrência da prestação, pelo fornecedor, de informações total ou parcialmente falsas ou em virtude da omissão de informações essenciais sobre o produto ou o serviço (art. 37, § 3.º). A publicidade enganosa deve ser capaz de convencer o consumidor acerca do conteúdo por ela veiculado, ou seja, a informação falsa

prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de resseção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”.

¹⁰⁶ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

¹⁰⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo diz que “[...] a mensagem ou oferta publicitária não é recebida pelo direito com os efeitos queridos pelo fornecedor (atrair o consumo), mas com efeitos jurídicos obrigacionais definidos pela lei, a saber, vinculando objetivamente o conteúdo da informação, no interesse dos consumidores”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

¹⁰⁸ O art. 48 do CDC reitera o caráter vinculativo da declaração de vontade na fase pré-contratual, senão vejase: “As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”.

tem que ser recebida como verdadeira, veraz, de modo que o consumidor creia que obterá as vantagens do produto ou serviço tal qual veiculado pela mensagem publicitária.¹⁰⁹

Diferentemente do que ocorreria no âmbito do direito civil, no CDC é despicienda a comprovação de que o fornecedor pretendeu induzir em erro o consumidor por meio de informação falsa ou pela ocultação de informação. Não há que perquirir o dolo ou a culpa, é necessário apenas que a publicidade enganosa atinja seu fim, viciando a declaração de vontade no negócio jurídico de consumo, na medida em que, se o consumidor tivesse recebido informação suficientemente precisa (art. 30), adequada (art. 6.º, III) e correta (art. 31) sobre o produto ou serviço, sua decisão quanto à aquisição do produto ou serviço poderia ser diferente.

Dessa maneira, não fosse o regime adotado no âmbito do direito consumerista, o consumidor teria que fazer um enorme esforço, uma verdadeira prova diabólica, para provar eventual indução em erro ou para provar o dolo. Nesse sentido, o dever de informação procura deixar absolutamente sadio não só o ambiente prévio à contratação, como também os momentos da celebração e da execução do contrato. Essa, na verdade, é uma das grandes inovações que se tem quando se trata dos negócios jurídicos das relações de consumo, nos quais, sem deixar de reconhecer a importância dos vícios no negócio jurídico, o legislador acabou por entender que o consumidor, por conta de sua vulnerabilidade, precisava de um elemento mais objetivo para sua proteção.

Em síntese, o dever de informação imposto ao fornecedor não precisa, para ser invocado e para ter relevância, viciar a relação jurídica nos moldes clássicos do direito civil. O dever-direito de informação, na sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, influencia a essência do negócio jurídico, podendo invalidá-lo em caso de descumprimento, sem que seja necessário abrir toda instrução probatória para comprovar se a falta da informação afetou de forma relevante ou não a declaração de vontade do destinatário da proteção.¹¹⁰ Para além dessa situação, a recente reforma do CDC (a chamada lei *de prevenção*

¹⁰⁹ Inúmeras são as peças publicitárias que situam ou atribuem a determinados produtos e serviços um caráter extremamente fantasioso, que escapa à realidade. Por exemplo, a publicidade referente a um carro tão veloz que pode fazer uma viagem no tempo é utópica, e o exagero imaginativo visa tão somente a realçar uma qualidade do produto. Nesse caso, não seria razoável caracterizar dita publicidade como enganosa.

¹¹⁰ Nesse sentido, confira-se: "Conforme abalizada doutrina, a informação 'é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato

e tratamento do superendividamento) estabeleceu¹¹¹ a possibilidade de revisão do contrato de crédito, e não sua nulidade, caso o direito à informação venha a ser violado, prejudicando a manifestação de vontade do consumidor.

2.5.1 DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR E O DESVIO DA PROVA DIABÓLICA NA CULPA IN CONTRAHENDO

As mesmas questões que se suscitavam com relação aos *vícios de consentimento* acerca da chamada *prova diabólica* também estavam presentes em torno do instituto da *culpa in contrahendo*. Diferente do instituto dos vícios de consentimento, que sempre teve regulação nos códigos civis, a *culpa in contrahendo* decorria de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Não obstante se recorresse, mesmo em matéria dos vícios de consentimento, também ao instituto para eventual sanção via responsabilidade civil, a questão que interessa no âmbito deste trabalho é a seguinte: como emprestar efeito jurídico a tratativas muito anteriores à celebração do contrato, quando nem sequer poderia existir uma única proposta, mas tão somente meras tratativas ou negociações preliminares, em outras palavras, “a possibilidade de constituição de uma relação obrigacional legal, quando não havia deveres primários de prestação”.¹¹²

Pensada por Rudolf von Jhering, a *culpa in contrahendo* parte da ideia de que, embora não haja um *não contrato* no momento pré-negocial, a expectativa gerada licitamente na contraparte não pode ser frustrada, sobretudo em face das informações recebidas, decorrendo portanto: (i) interrupção abrupta de negociações; ou (ii) invalidade da contratação. Como admitir vínculos obrigacionais em uma negociação preliminar, se ninguém pode ser obrigado a contratar? Como gerar efeitos, inclusive no domínio da responsabilidade civil, no caso de

(arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha (vício) na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35)”. BENJAMIN, Antônio Herman de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009. p. 59.

¹¹¹ Parágrafo único art. 54-D do CDC: “O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor”.

¹¹² Cf. SILVA, Eva Sônia Moreira da. Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual. In: CAMPOS, Diogo Leite de (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. II, p. 870.

invalidade, se com a nulidade não pode produzir efeitos? Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir o *vínculo obrigacional sem obrigação primária de prestar*, na chamada *culpa in contrahendo*, dentro de seu *habitat* próprio, que é o da fase pré-contratual, desde que ficasse demonstrada a quebra legítima da expectativa na contraparte, especialmente ante (i): a simples exposição em ambiente negocial; (ii) o início das negociações preliminares; e (iii) a formação do contrato.

No julgado clássico da jurisprudência alemã¹¹³ e muito citado pela doutrina (embora diretamente não se refira ao direito à informação mas diga respeito a uma situação que hoje seria tratado como relação de consumo), em que a cliente, ao entrar em uma loja de tapetes, acaba se acidentando, discutia-se se o lojista seria obrigado ou não a indenizá-la pelos danos resultantes do ocorrido, uma vez que nenhuma relação negocial contratual se estabelecera entre as partes e, portanto, não havia nenhum vínculo legal entre elas. Em outros dois casos já envolvendo o que hoje seria resolvido com o direito à informação do consumidor,¹¹⁴ o tribunal alemão condena o proprietário que anunciara a venda de um imóvel com informações inexatas. De igual forma, a justiça alemã recorreu à *culpa in contrahendo* para condenar a parte que interrompeu abruptamente as negociações relativas à aquisição de um imóvel.¹¹⁵

No direito contemporâneo, perante as relações sujeitas ao Código Civil, o instituto tem grande valia, conforme defende Judith Martins-Costa,¹¹⁶ inclusive com recurso à aplicação do princípio da boa-fé a partir da exegese do art. 422 do Código Civil.¹¹⁷ Entretanto, no âmbito das relações tuteladas pelo CDC, o legislador praticamente poupou o consumidor de toda essa

¹¹³ “RG 7-Dez.-1911: uma senhora, depois de realizar algumas compras num estabelecimento comercial, dirigese, com uma criança, ao sector dos linóleos; aí, por negligência do empregado que as atendia, ambas foram colhidas por dois rolos de linóleo que caíram; o dono do estabelecimento foi condenado por violação dos deveres pré-contratuais de segurança.”

¹¹⁴ “BGH 8-Jun.-1978: uma comuna é condenada: verifica-se que negociara a venda, a um particular, de certo terreno; dera-lhe, porém, informações inexatas sobre o plano de construção e, depois, veio modificá-lo.”

¹¹⁵ BGH 18-Out.-1974: são concluídas, com êxito, as negociações tendentes à aquisição de um imóvel; por via da aquisição em vista, o projetado comprador realiza despesas consideráveis; não se chegou, porém, a celebrar o contrato definitivo, por culpa do projetado vendedor; este vem a ser condenado por, através do seu comportamento pré-contratual, ter gerado a convicção, na contraparte, de que a transação iria ter lugar.”

¹¹⁶ Incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 486.

¹¹⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

engenharia doutrinária e jurisprudencial¹¹⁸ ou da demonstração da quebra da frustração da legítima expectativa para buscar alguma proteção nessa fase précontratual. Na concepção doutrinária, o instituto da *culpa in contrahendo* acaba por constituir-se numa terceira via da responsabilidade civil,¹¹⁹ um meio-termo entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Em regra, não se concebia uma solução que levasse à execução forçada da obrigação; a solução sempre passava pela indenizatória.

Nos dois exemplos aqui citados, o CDC, no domínio da proteção pré-contratual, protege o consumidor sem a necessidade de fazer qualquer demonstração de que a expectativa da parte fora legitimamente frustrada, seja por informação inadequada, seja em decorrência da falta de segurança no fornecimento do produto ou serviço. O art. 30¹²⁰ do CDC autoriza a vinculatividade de qualquer informação suficientemente precisa que o fornecedor tenha fornecido ao consumidor, autorizando, inclusive, a execução forçada da obrigação transmitida, por qualquer meio, no momento em que nem sequer havia tecnicamente uma única proposta, mas tão somente um simples anúncio.

No exemplo do acidente, o art. 17¹²¹ do CDC, no sentido de afastar qualquer dúvida quanto à ausência de vínculo legal ou contratual, diz que se equiparam a consumidores todas as vítimas do evento, ou seja, todas as vítimas do acidente causado por produto ou serviço colocado no mercado de consumo têm a proteção legal do chamado consumidor contratual, sobretudo com relação ao direito à informação. Não é por outro motivo que o CDC protege a coletividade de consumidores que, mesmo sem contratar, de acordo com o art. 29,¹²² está exposta às práticas abusivas no mercado de consumo, inclusive no tocante à publicidade

¹¹⁸ “Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera...” (TJRS, 5.^a Câmara Cível, Apelação Cível 591028295, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 06.06.1991).

¹¹⁹ Nesse sentido: FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 158.

¹²⁰ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

¹²¹ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

¹²² “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

enganosa e abusiva. Em síntese, conforme se verá adiante, ao cuidar do direito à informação dos consumidores em todos os momentos da fase pré-contratual, o legislador acabou por ocupar praticamente todos os vazios que, antes do CDC, poderiam levar ao acionamento do instituto da *culpa in contrahendo*, com todas as suas dificuldades naturais em torno da chamada prova diabólica.

3 A PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR QUANTO À EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO¹²³

A fim de observar a efetividade do dever de informação, foi efetuada uma pesquisa quantitativa¹²⁴ *on-line* em todo o território nacional, entre os dias 16 e 23 de março de 2020, quando foram entrevistadas 1.372 pessoas adultas.¹²⁵ Essa pesquisa, com margem de erro de 3%, aplicou um questionário com mais de 20 perguntas. A pesquisa foi realizada por meio da plataforma de anúncios *Google Ads*, trazendo informações relevantes para a percepção do grau de esclarecimento de consumidores com relação a contratos de consumo.

Antes de passar à análise propriamente dita, importa registrar que a referida pesquisa teve percentual de 48,8% de homens e 51,2% de mulheres e que a margem de erro é de 3%. Para o fim deste trabalho, foram destacados seis questionários que bem demonstram a realidade do dever de informação no Brasil.

¹²³ No Anexo deste trabalho encontra-se pormenorizadamente a metodologia adotada nesta pesquisa.

¹²⁴ A presente pesquisa foi encomendada à empresa Atlas Político, especializada em pesquisa de opinião *online*. A ficha metodológica completa da pesquisa com detalhes constitui o Anexo deste estudo. A pesquisa foi realizada entre os dias 16 de março e 23 de março de 2020. Dados coletados mediante questionário *on-line*; Recrutamento realizado por meio de anúncios no Google Ads; Amostra total: 1.372 casos; Representativo da população adulta do Brasil, segundo os dados mais recentes do PNAD-IBGE 2018 (Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=24772&t=notastecnicas>); Margem de erro: 3%; Intervalo de confiança: 95%; Descrição do Estudo: Trata-se de um estudo de opinião pública em modalidade *survey*, pós-estratificado e com coleta via *web* e representativo da população brasileira adulta.

¹²⁵ Todos os dados da pesquisa estão disponíveis em: https://drive.google.com/drive/folders/1UafVcYct61P6ZN_UKwEHloEOcyS1mFH?usp=sharing.

3.1 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Quadro 1 – Avaliação do consumidor sobre a obrigatoriedade do direito à informação

Avaliação sobre a obrigatoriedade de informar o consumidor por parte de fabricantes e vendedores de produtos e serviços

		Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido	Extremamente necessária	1	66,5	66,5	66,5
	Muito necessária		20,4	20,4	87,0
	Moderadamente necessária		9,1	9,1	96,0
	Pouco necessária		1,7	1,7	97,8
	Nada necessária		2,2	2,2	100,0
	Total	1	100,0	100,0	

Quanto à obrigatoriedade do dever de informar, foi perguntado aos entrevistados como eles avaliavam essa obrigação. A pergunta foi feita literalmente assim: Como você avalia a obrigatoriedade de fornecer informações ao consumidor por parte de fabricantes e vendedores de produtos e serviços hoje? (1) extremamente necessária; (2) muito necessária; (3) moderadamente necessária; (4) pouco necessária; (5) nada necessária.

Chamou a atenção nas respostas o baixíssimo percentual de entrevistados que praticamente entendeu como irrelevante o dever de informação. No total, 3,9% deles consideraram que o dever de informação ou é pouco necessário (2,2%) ou é nada necessário (1,7%). Observe-se que, dentro da margem de erro de 3% da pesquisa, esses percentuais poderiam, inclusive, ser iguais a zero, ou poderiam chegar a cerca de 6%. Fica muito evidente na pesquisa que a imposição do dever de informação aos fornecedores é algo visto como muito positivo. Para elevado percentual de entrevistados, essa obrigatoriedade de fornecimento de informações é de grande importância; 66,5% deles acham extremamente necessária e 20,4, muito necessária. O *extremamente necessário* ou *muito necessário* são a exata dimensão da real necessidade que o público em geral tem com relação ao fornecimento de informações por parte dos fornecedores de produtos e serviços. No total, tem-se o elevado percentual de 86,9%, que vê como fundamental dever de informação; 9,1% não identifica esse dever como muito importante. Entretanto, ao mesmo tempo, não descarta ou despreza a relevância desse dever, qualificando-o como pouco ou nada necessário. Entende, na verdade, que tem uma

importância relativa e não absoluta. Juntando então as três respostas chega-se a um percentual de 95% do público que vê o dever de informação como algo necessário.

3.2 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A LEITURA DOS CONTRATOS

Quadro 2 – Comportamento do consumidor sobre a leitura dos contratos

Comportamento do consumidor sobre a leitura de contratos (dados agregados de todos os tipos de bens e serviços)				
		Respostas		Porcentagem de casos
		N	Porcentagem	
Leitura do contrato por bem/serviço ^a	Leio por inteiro	5	59,9%	658,7%
	Leio uma parte	2	25,4%	279,1%
	Não leio	1	14,7%	162,1%
Total		8	100,0%	1100,0%
a. Grupo				

A real importância do dever de informação levaria a acreditar também que o consumidor tem um comportamento muito ativo na leitura dos contratos, porquanto nestes devem estar contidas, e em linguagem clara e amplamente acessível, conforme determinação do CDC, todas as informações relevantes e necessárias à aquisição do produto ou serviço. No entanto, o resultado da pesquisa acabou revelando uma contradição entre as respostas ao grau de importância da necessidade da informação e ao mesmo tempo a leitura dos contratos.

No geral, 40,1% dos consumidores não leem os contratos ou admitem que leem apenas uma parte, contra 59,1% que leem os contratos. Embora o percentual dos que leem seja maior do que os que não leem, tem-se um percentual muito significativo de pessoas que acaba contratando sem verificar todas as condições do contrato. Esse resultado realmente intriga este trabalho. O que levaria um número considerável de pessoas a contratar sem se atentar para o que dizem os contratos? Essa questão vai ser abordada mais adiante com os interesses tutelados pelo dever de informação.

Contudo, há outros questionários na própria pesquisa com distintos cruzamentos de dados obtidos que apresentam pistas importantes sobre essa dita inércia do contratante/consumidor. Nas perguntas sobre (i) o motivo de não ler os contratos; bem como (ii) a suficiência/insuficiência das informações; (iii) a clareza/simplicidade das informações

fornecidas; e (iv) as principais fontes de informação que o consumidor utiliza antes de contratar ajudaram-nos a identificar, num primeiro momento, parte das razões que levam o consumidor a não ler todas as condições do contrato. Antes, porém, com relação à maioria dos entrevistados que leem os contratos, é preciso avaliar como eles identificam a quantidade de informações disponibilizadas antes de terem acesso ao produto ou serviço.

Há diferença também entre os consumidores de variadas escolaridades. Os menos escolarizados leem menos do que os mais escolarizados.

A diferença de comportamento pode ser muito acentuada. No que tange à leitura dos termos do plano de saúde mediante a busca de detalhes contratados, 58% entre os consumidores com ensino fundamental disseram lê-lo por inteiro, enquanto 77% dos consumidores com ensino superior disseram assim se comportarem. As maiores discrepâncias acontecem nessa situação e ainda na compra, venda e aluguel de imóvel (66%, ensino fundamental, e 83%, ensino superior); na compra ou aluguel de carro (53% – ensino fundamental; 70% – ensino superior); e em caso de contrato de seguro de qualquer natureza (61% – ensino fundamental; 77% – ensino superior).

Todavia, quando os contratos deixam de abranger questões mais centrais para a vida por referirem-se à segurança ou por envolverem valores mais altos, há uma tendência de maior padronização do hábito de leitura do contrato, ainda que prevaleça a tendência do consumidor de mais escolaridade ler mais o contrato inteiro do que os demais. Há um caso de padronização, o de contrato para criação de perfil de rede social. Leem o contrato inteiro quando demandam detalhes: 38% – ensino fundamental; 39% – ensino médio; 39% – ensino superior.

Em síntese, pode-se dizer que, mais uma vez, houve uma distinção nos comportamentos a depender do sexo e da escolaridade. Mulheres consumidoras escolarizadas tendem mais a ler o contrato por inteiro do que os homens consumidores com menos escolaridade. Cabe ressaltar que, embora elas tenham mais dificuldade com os termos dos contratos, ainda assim, elas tendem a ler mais do que eles, o que pode sugerir uma preocupação maior com o consumo.

Outro ponto que vale a pena ressaltar é que há muita variação sobre o hábito de leitura a depender do objeto do contrato. Em situações que envolvem mais riscos, verifica-se mais tendência de leitura; em situações que compreendem menos riscos, constata-se menos tendência de leitura. Essa constatação pode sugerir uma racionalidade da gestão do tempo, particularmente no comportamento dos mais escolarizados, como mostrado anteriormente.

3.3 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O GRAU DE SUFICIÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DAS INFORMAÇÕES

Quadro 3 – Avaliação do consumidor sobre o grau de suficiência e insuficiência das informações

Avaliação sobre a quantidade de informações ao consumidor fornecidas por fabricantes e vendedores de produtor e serviços					
		Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido	Demasiada informação		6,2	6,2	6,2
	Muita informação		10,0	10,0	16,2
	Suficiente informação		31,0	31,0	47,2
	Pouca informação		48,6	48,6	95,8
	Nenhuma informação		4,2	4,2	100,0
	Total		1	100,0	100,0

Para 52,2% dos entrevistados, o fornecimento de informações, no geral, ou são poucas (48,6%) ou não são fornecidas (4,2%), contra o grupo de 31%, que considera as informações suficientes. Para um grupo de 16,2%, as informações são prestadas em excesso (muita ou demasiada informação).

Menos de um terço considera que contrata com informações suficientes prestadas pelo fornecedor. A pesquisa, entretanto, está revelando que mais da metade do público contrata sem receber as informações necessárias e, outros, 16,2% recebem informações em excesso. A doutrina tem identificado (falar-se-á desse fenômeno no item 4.3 adiante) que, ao ter acesso a muita informação, não significa que o consumidor conseguiu ficar esclarecido sobre o que realmente necessitava ser informado, pelo contrário, pode deixá-lo mais confuso.

Quando se avalia o perfil do público que considera contratar com informações suficientes, verifica-se uma característica marcante desse grupo: cerca de 73% dos que se mostram satisfeitos com as informações prestadas têm o ensino médio ou o ensino superior contra 27% que têm apenas o ensino fundamental, revelando aqui um problema que pode ser

tanto da educação em geral, como da educação específica para o consumo de que se tratará no item 6.1.

3.4 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O MOTIVO DE NÃO LER OS CONTRATOS

Quadro 4 – Avaliação do consumidor sobre o motivo de não ler os contratos

		Respostas		Porcentagem de casos
		N	Porcentagem	
Razões de não ler os contratos ^a	Contratos são difíceis de entender		20,4%	22,5%
	Já conhecia o produto ou serviço		23,6%	26,0%
	Não foi necessário assinar algum contrato		25,4%	28,0%
	Tinha confiança no vendedor ou na empresa		16,8%	18,4%
	Tinha urgência em ter acesso ao produto ou serviço		13,7%	15,1%
Total		1	100,0%	110,0%

a. Grupo

Em outro momento, a pesquisa perguntou qual o motivo de não lerem os contratos: 20,4% dos entrevistados responderam que contratos são difíceis de entender; 25,4% disseram que não foi necessário assinar algum contrato; 23,6% já conheciam o produto ou serviço; 16,8% responderam que tinham confiança no vendedor ou na empresa; 13,7% responderam que não leram porque tinham urgência em ter acesso ao produto ou serviço.

Portanto, percebe-se, num primeiro momento, a dificuldade na compreensão, por parte do consumidor, dos termos utilizados no contrato. A não leitura de qualquer documento, em princípio, tem como razão lógica a dificuldade em torno de seu entendimento; há situações ainda em que o contratante/consumidor pode até começar a ler o contrato e, ao sentir dificuldades de entender o sentido e o alcance dos termos utilizados, acaba por desistir da leitura. Mais adiante, esse dado também será confrontado com os níveis de escolaridade dos entrevistados a fim de permitir uma avaliação mais completa da situação. Outra motivação lógica que leva o contratante a não ler o contrato, naturalmente, é a necessidade imediata ou urgência em ter acesso ao produto ou serviço. Tal situação ocorre com frequência nas contratações de passagens aéreas, via internet, em que o consumidor, na maioria das vezes, vai dando o *click* no *aceito* sem ler o documento colocado à sua disposição.

Entretanto, não é apenas a dificuldade em torno da leitura do contrato ou a urgência em adquirir o produto ou serviço que leva o contratante/consumidor a não ler. Há duas outras situações que merecem uma avaliação: 23,6% dos entrevistados já conheciam o produto ou serviço; 16,8% responderam que tinham confiança no vendedor ou na empresa. As duas situações, que englobam cerca de mais de 40% dos entrevistados, são reveladoras da existência objetiva de uma relação de confiança entre fornecedor e contratante/consumidor ou confiança na própria marca que leva o consumidor deliberadamente dispensar a leitura do contrato.

O percentual de cerca de 40% do público contratante/consumidor é revelador da prescindibilidade deliberada da leitura dos contratos. É como se o consumidor invocasse um direito a não saber (o que será objeto de maior desenvolvimento nos itens 5.7.3, 6.4 e 7.2), um direito a não saber que pode ou não estar enraizado numa relação de confiança.

Para além da confiança, o contratante/consumidor pode decidir pela não leitura, se conhece razoavelmente o produto ou serviço que está adquirindo ou já se informou por outros meios.

Mais uma vez, há diferenças entre os comportamentos dos homens e das mulheres. A principal razão mais apontada pelas mulheres para não lerem o contrato inteiro é que “já conheciam o produto” (31,5% para elas e 20,2% para eles). Por seu turno, a principal razão mais indicada pelos homens para não lerem o contrato foi “não foi necessário assinar algum contrato” (27,1% entre eles e 28,8% entre elas). As diferenças entre homens e mulheres aparecem de novo quando se refere à confiança em vendedores e na empresa, maior entre eles (22,9%) do que entre elas (14,2% -).

No tocante à escolaridade, o resultado é o previsível. Entre os consumidores com escolaridade mais baixa, têm-se mais menções de principal razão para não ler o contrato inteiro a seu difícil entendimento (27,9%); 28,2% deles dizem não ler porque não foi necessário assinar contrato, chegando-se a 60% de não leitura por dificuldade de acesso.

Por fim, cabe assinalar que a leitura do contrato por inteiro varia de acordo com a fonte predileta de informação do produto ou serviço. Entre os consumidores que preferem fontes tidas a princípio como mais seguras, como a experiência pessoal com a loja e produto e a

opinião de colegas e familiares, detecta-se menos tendência de leitura do contrato todo. Comportamento oposto verifica-se entre os consumidores que preferem se pautar por fontes como publicidade do fornecedor na mídia, em que se tem alta tendência à leitura do contrato na íntegra.

3.5 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE AS FONTES DE INFORMAÇÃO A QUE ELE RECORRE COM FREQUÊNCIA

Quadro 5 – Fontes de informação usadas pelo consumidor

Fontes de informação usadas pelo consumidor na escolha de provedores de bens e serviços				
		Respostas		Porcentagem de casos
		N	Porcentagem	
Critérios de escolha de provedores ^a	Experiência pessoal com a loja ou produto		41,2%	47,9%
	Informações disponibilizadas pelo fabricante ou vendedor		15,9%	18,5%
	Opinião de colegas, familiares ou amigos		18,9%	22,0%
	Pesquisa na internet		22,9%	26,6%
	Publicidade do produto nas mídias		1,2%	1,4%
Total		1	100,0%	116,3%
a. Grupo				

Essa pergunta quis saber do consumidor a qual meio ele recorre com maior frequência para se informar. Aqui, observam-se as respostas, mais uma vez, como extremamente reveladoras do comportamento do consumidor. Apenas 1,2% tem a publicidade como fonte de informação e outros 15,9% admitem que se valem apenas das informações prestadas diretamente pelo vendedor ou fabricante. O ponto em comum entre os dois itens é que ambos são disponibilizados diretamente pelo fornecedor ao consumidor. Aqui, percebe-se, então, mesmo juntando os dois itens de respostas, que apenas uma minoria de consumidores, 17,1%, decide contratar com base unicamente nas informações disponibilizadas pelo fornecedor, o que ajuda a justificar o fato, também constatado na pesquisa, de que a grande maioria não lê os contratos. Então, como a grande parte dos consumidores, que não têm nas informações disponibilizadas pelo fornecedor sua principal fonte para decisão quanto a contratar ou não, qual seria a principal fonte de conhecimento para exercício de sua liberdade de escolha? Em ordem decrescente de importância, o consumidor apontou três fontes que o levam a reduzir a

importância da informação prestada pelo próprio fornecedor: (i) 41,2% – experiência pessoal com o produto ou serviço ou com o próprio estabelecimento; (ii) 22,9% – pesquisa na internet; e (iii) 18,9% – opinião de colegas, familiares ou amigos:

1. **Experiência pessoal com o produto/serviço ou loja:** 41,2%. Esse dado da pesquisa deixa bem claro que a experiência pessoal do consumidor com o produto ou serviço vai levá-lo a uma fidelização em virtude de seu grau de satisfação, seja com a marca, seja com seu funcionamento, seja ainda com o bom atendimento do estabelecimento na pós-venda. Quando responde que esse é o principal fator de decisão, ele está dizendo que já conhece as principais características dos produtos ou serviços, conhece o fornecedor e sabe que pode confiar. Por conseguinte, como já conhece a marca ou o próprio produto em si, ainda que passe por alterações tecnológicas, esse consumidor não quer se afastar do conhecimento gerado por sua experiência pessoal com o produto ou serviço a uma relação estabelecida com o próprio estabelecimento. Essa resposta está em perfeita harmonia com a resposta dada pelo consumidor sobre o motivo que o leva, na maioria das vezes, a não ler o contrato. Conforme visto anteriormente, 23,6% já conheciam o produto ou serviço e 16,8% responderam que tinham confiança no vendedor ou na empresa.

2. **Pesquisa na internet:** para 22,9%, a melhor maneira de se informar são por meio das pesquisas na internet. Aqui, mais uma vez, as informações disponibilizadas pelos fornecedores perdem para uma espécie de autoinformação investigada pelo consumidor. Hoje, vê-se que os *sites* de buscas, como o *Google*, viabilizam acesso rápido e fácil a um sem-número de informações sobre o produto ou serviço. É certo que parte dessas buscas por informações pode estar distorcida pelos algoritmos do próprio *Google* que pode privilegiar marcas e produtos patrocinados em detrimento da concorrência. Entretanto, na grande maioria das vezes, o que o consumidor está dizendo é que ela funciona para ele e que é melhor procurar ele próprio essas informações no ambiente virtual do que recebê-las diretamente do próprio fornecedor. O que levaria esse consumidor a pesquisar essas informações diretamente na internet? Um dos motivos que podem explicar essa preferência pela internet é o fato de o meio virtual ser extremamente acessível e veloz, o que está em sintonia com a resposta ao item anterior,

quando 13,7% responderam que não leram o contrato porque tinham urgência em ter acesso ao produto ou serviço.

3. **Opinião de colegas e familiares:** 18,9%. Mais uma vez, as informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor perdem força ante a opinião de colegas, familiares e amigos. O fato de uma pessoa próxima ter, por algum motivo, uma opinião sobre o produto ou serviço vai municiar o consumidor de informações que podem predispor-lo a contratar ou não. São as mesmas influências que podem ajudá-lo, por exemplo, a formar uma opinião negativa ou positiva sobre um evento qualquer do dia a dia; essas mesmas pessoas, conforme a pesquisa demonstra, têm a aptidão também de ajudar o consumidor a decidir sobre a aquisição ou não de um produto ou serviço. É como se o consumidor passasse a confiar ou desconfiar do produto/serviço porque as pessoas de seu círculo mais próximo confiam ou desconfiam, conforme o caso.

4. **Variações de comportamento entre mulheres e homens:** as fontes de informação preferidas pelos consumidores variam entre os homens e as mulheres. A experiência pessoal com a loja e/ou produto é a principal referência para eles (44,2%) e para elas (51,4%), porém mais acentuadamente para elas. A pesquisa na internet aparece como a segunda opção para ambos, sem distinção entre os sexos. O mesmo acontece com a terceira opção, que é opinião de colegas, familiares ou amigos. Todavia, no que tange à informação disponibilizada pelos fabricantes ou vendedores, os homens tendem a confiar mais do que as mulheres; 20,7% deles usam tal referência e apenas 16,1% das mulheres a utilizam.

5. **Variações de comportamento entre consumidores de acordo com a escolaridade.** Há diferenças de comportamento marcantes também quanto à escolaridade. No tocante à fonte de informação usada para a escolha de provedores de produto e/ou serviço, ainda que a experiência pessoal seja a mais mencionada em todos os segmentos, isso fica ainda mais acentuado quando se aumenta a escolaridade: 39,7% – ensino fundamental; 46,4% – ensino médio; 56,2% – ensino superior. As tendências de comportamento das mulheres e dos consumidores com mais escolaridade podem estar associadas a uma atitude satisfacionista, “se estou satisfeito,

mantenho a preferência”, demonstrando maior tendência de fidelização e menor exposição ao risco.

As três situações, experiência pessoal com o produto ou serviço, pesquisa na internet e opinião de pessoas próximas, são também reveladoras de que o consumidor, muito embora possa contratar na maioria das vezes sem ler o contrato, não o faz de forma totalmente cega; pelo contrário, essas fontes alternativas de informação acabam por dar-lhe a convicção de que está adquirindo um produto ou serviço que está em sintonia com seus interesses, e não simplesmente atendendo aos apelos do fornecedor. Até porque, conforme respondido no item sobre a suficiência ou insuficiência da informação, a grande maioria, 52,8%, respondeu que as informações prestadas pelo próprio fornecedor não são suficientes para a decisão de contratar ou não. Portanto, diante dessa insuficiência, o consumidor pode ser levado a desprezar as fontes oficiais do fornecedor ou procurar complementá-las com as fontes alternativas aqui indicadas.

Conforme questionário explorado anteriormente no item 3.4, há um dado na pesquisa que chama a atenção por uma aparente contradição. Foi colocada uma pergunta no questionário apenas para os entrevistados que declararam não ler os contratos. Para surpresa da pesquisa, nenhum entrevistado deixou de respondê-la. Tal revela que, na verdade, mesmo para aquele consumidor que diz que lê os contratos, há contratos que ele admite não ler.

3.6 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O GRAU DE SIMPLICIDADE DAS INFORMAÇÕES

Quadro 6 – Avaliação do consumidor sobre o grau de simplicidade das informações

Avaliação sobre o grau de simplicidade das informações ao consumidor fornecidas por fabricantes e vendedores de produtos e serviços

		Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido	Extremamente simples		9,9	9,9	9,9
	Muito simples		23,2	23,2	33,1
	Moderadamente simples		30,5	30,5	63,6
	Pouco simples		27,0	27,0	90,6
	Para nada simples		9,4	9,4	100,0
	Total	1	100,0	100,0	

Sobre a obrigatoriedade de informar, 96% dos entrevistados entenderam como importante a obrigatoriedade de se informar; entretanto, quase 70% do público consumidor não vê a informação sendo fornecida de forma simples, o que permitiria sua compreensão adequada aos fins propostos. Esse dado também reforça a resistência do percentual de 20,4% de consumidores que admitem não ler os contratos porque estes são difíceis de entender, bem como está também em sintonia com outro dado da pesquisa que mostra que, de forma geral, 40,1% não leem os contratos totalmente.

Em contrapartida a essa necessidade que sentem de ser informados, a pesquisa concluiu que apenas em 31% dos casos os brasileiros perceberam suficientes informações.

O CDC estabelece que o dever de informar deve abarcar duas características essenciais: (i) a clareza; e (ii) a adequação. Em outras palavras, como o consumidor é um leigo, ele deve ser informado de forma a não ter dúvidas sobre o que está sendo informado. A clareza importa na objetividade do que está sendo informado em linguagem de fácil compreensão ao consumidor, sem o uso de termos técnicos e ainda sem a presença de informações dúbias e contraditórias. Por sua vez, a adequação importa em um juízo qualitativo sobre a informação dada, ou seja, se, além do modo claro quanto a sua prestação, as informações disponibilizadas têm uma real utilidade para a tomada de decisão do consumidor, bem como para a proteção dos interesses tutelados, que podem variar conforme o produto ou serviço: de simples proteção aos interesses econômicos ou pode envolver também a proteção a saúde e a segurança do consumidor.

Portanto, o questionário suprarreferido quis saber do consumidor, como leigo, não profissional, como ele vê o grau de simplicidade das informações prestadas. A simplicidade é tratada aqui como uma característica da informação fácil de ser compreendida para avaliar, enfim, se os requisitos concernentes às informações claras e adequadas estão sendo cumpridos.

Por sua vez, 66,9% dos brasileiros que responderam ao questionamento sobre se há simplicidade nas informações fornecidas apontaram que estas são “para nada simples”, “pouco simples” ou “moderadamente simples”. Logo, os consumidores avaliados sentem, por um lado, a necessidade da obrigatoriedade de serem informados, mas, quando isso ocorre,

em quase 70% das vezes as informações não vêm de modo simples, oferecendo algum grau de complexidade, que interrompe a possibilidade de compreensão. Apenas para 33,1% dos brasileiros pode-se dizer que as informações são compreendidas ou de modo simples ou extremamente simples.

Variações de comportamento entre mulheres e homens: novamente, verifica-se diferença entre os sexos no comportamento do consumidor. São as mulheres que manifestam sentir mais dificuldades de entendimento das informações fornecidas pelos fabricantes e vendedores de produtos e serviços; 11,9% delas acreditam que as informações não são nada fáceis, enquanto 6,9% dos homens compartilham dessa opinião; 30,2% delas consideram as informações muito simples, enquanto entre eles a porcentagem é de 36,1%.

Variações de comportamento entre consumidores de acordo com a escolaridade:¹²⁶ como era de esperar, a escolaridade faz diferença no entendimento das informações disponibilizadas pelos fabricantes e vendedores. Entre os que possuem ensino fundamental, 42,1% deles acham que as informações não são tão simples quanto deveriam. O número cai para 36,4% entre os com ensino superior e para 32,2% entre os com ensino médio. Chama a atenção que a diferença quanto à percepção da simplicidade da informação, embora maior entre o público de menor escolaridade, chega a estar praticamente empatada tecnicamente entre o público de ensino médio e ensino superior.

Os resultados mostram que a obrigatoriedade da informação tem adesão praticamente unânime entre os entrevistados, mas essa regra por si só não tem atendido a demanda dos consumidores. A maioria dos consumidores (52,8%) considera que as informações são insatisfatórias, classificadas como pouca ou muito pouca. Há queixas ainda sobre a simplicidade das informações. Mulheres e consumidores com escolaridade mais baixa têm mais dificuldade de entender os termos das instruções e contratos, apontando para a necessidade de ajuste da conduta dos fornecedores de serviços e produtos para esses segmentos que tendem a ser crescentes em realidade de economia forte.

¹²⁶ Primeiramente, veja-se que 44% da população brasileira não lê e 30% nunca comprou um livro, conforme pesquisa “Retratos da Leitura no Brasil”. Muito diferente desse cenário, nos Estados Unidos leem-se dez livros por ano e em países nórdicos a média é de quinze livros.

3.7 PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE A CRIAÇÃO DE PERFIL EM REDES SOCIAIS

Do ponto de vista do comportamento dos consumidores que utilizam redes sociais, é relevante saber se o consumidor lê os termos e condições de uso (“contrato”) para criar um perfil em rede social, como são exemplos *Twitter*, *Instagram*, *Facebook* e *Tumblr*. Da pesquisa resultou o seguinte cenário:

Quadro 7 – Comportamento ao criar um perfil em uma rede social

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido				
Leio por inteiro		38,7	38,7	38,7
Leio uma parte		38,2	38,2	76,9
Não leio		23,1	23,1	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Portanto, é de 61,3% o percentual dos brasileiros entrevistados que anotaram que não leem ou, se o fazem, leem apenas parcialmente os termos e condições de uso para criarem conta em rede social.

Comparados a outras pesquisas brasileiras em anos anteriores, vê-se que o número de brasileiros que se atentam para o que estão *contratando* e onde estão inserindo seus dados tem sido inversamente proporcional ao número de casos escandalosos de fraudes relacionadas a dados pessoais na internet.¹²⁷

¹²⁷ Nesse sentido: British Airways é multada em US\$ 230 milhões por caso de roubo de dados de passageiros. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/08/british-airways-e-multada-em-us-230-milhoes-por-caso-de-roubo-de-dados-de-passageiros.ghtml>. Acesso em: 2 maio 2020; Rede Marriott leva multa de quase R\$ 500 mi por vazamento de dados. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/rede-marriott-encara-multa-de-us-123-milhoes-por-vazamento-dedados/87800>. Acesso em: 2 maio 2020; Netshoes deverá avisar 2 milhões de clientes sobre roubo de dados. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/netshoes-devera-avisar-2-milhoes-de-clientes-sobreroubo-de-dados/>. Acesso em: 2 maio 2020; FIESP expõe dados sensíveis de 34 milhões de pessoas. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/136386-fiesp-expoe-dados-sensiveis-500-milpessoas.htm>. Acesso em: 2 maio 2020.

No que diz respeito a pesquisas feitas pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP) dos anos de 2012 e 2013, o número parece ter reduzido, ao menos em parte.

Em 2012, pesquisa sobre o questionamento “você lê os termos e condições de uso para acesso a redes sociais?” obteve como resposta que 53% dos brasileiros liam. Não houve pergunta quanto à leitura, se parcial ou integral.¹²⁸

No ano seguinte, em 2013, a margem percentual dos que não faziam a leitura de termos de uso de redes sociais, como Facebook e Twitter, saltou para 60%, conforme dados da FecomercioSP.¹²⁹

Interessante anotar, em estudo comparado, que na Alemanha pesquisa empírica do ano de 2015 deu conta de que 60% dos alemães mal leem ou não leem os termos, condições e regulamento de proteção de dados ao comprarem produtos e serviços pela internet.¹³⁰ Por lá, os motivos para não leitura dos termos e condições de uso referem-se, ao contrário de muitas pesquisas realizadas em outros países, à confiança no fornecedor e/ou ao fato de acreditarem que todos os termos ali consignados estão de acordo com a lei.

Na Espanha, por sua vez, em estudo já mencionado, os motivos são um pouco divergentes. Em território espanhol, oito a cada dez entrevistados apontaram que o motivo principal para não lerem os “contratos” é a imposição dos fornecedores da condição de aceitar os termos para só então poderem utilizar determinado serviço. Outras razões são o fato de os termos serem escritos em outro idioma ou ainda o tamanho diminuto das letras.

Assim:

Según explica lá organización de consumidores en un comunicado, ocho de cada diez encuestados admite que el motivo por el que no revisa las condiciones generales es lá obligación, por parte de las empresas, de aceptarlas para poder usar el servicio. Otras

¹²⁸ Assim: Maioria dos internautas não lê termos de uso de redes sociais, diz estudo. Disponível em: <https://tecnologia.ig.com.br/2013-08-12/mais-de-50-dos-internautas-nao-le-termos-de-uso-de-redes-sociais-diz-estudo.html>. Acesso em: 2 maio 2020.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Pesquisa DIVSI Como os usuários da Internet na Alemanha lidam com termos e condições e proteção de dados Assim: DIVSI-Umfrage: So gehen Internet-Nutzer in Deutschland mit AGBund Datenschutzbedingungen. Disponível em: <https://www.divsi.de/publikationen/studien/divsi-umfrage-geheninternet-nutzer-deutschland-mit-agb-und-datenschutzbedingungen-um/>. Acesso em: 2 maio 2020.

razones argumentadas son que estén escritas en otro idioma, en un lenguaje “muy complicado” o con un tamaño de letra “diminuto”.¹³¹

Nos Estados Unidos da América, o número parece ser, *a priori*, desanimador, porque, conforme pesquisa feita no ano de 2017 com 2.000 consumidores, 91% das pessoas consentem com os termos e condições de uso sem ler. Veja-se: “A Deloitte survey of 2,000 consumers in the U.S found that 91% of people consent to legal terms and services conditions without reading them”.¹³²

Para as pessoas jovens no referido país, o número é ainda mais alarmante! Entre pessoas de 18 de 34 anos, 97% afirmaram não ler os termos e condições de uso quando criam rede social: “For younger people, ages 18-34 the rate is even higher with 97% agreeing to conditions before reading”.¹³³

A Espanha, conforme estudo publicado março de 2018, ultrapassa o Brasil, mas fica abaixo dos americanos, no que é atinente ao percentual de espanhóis que não leem os termos e condições de serviços na internet. Lá a porcentagem fica em 69%, de acordo com a Organização de Consumidores e Usuários (OCU).¹³⁴

3.8 A INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO DE COMUNICAÇÃO ENTRE O FORNECEDOR E O CONSUMIDOR

Quando se fala do direito à informação, não se pode olvidar que as questões acerca de sua efetividade vão desde a sabotagem realizada pelo próprio fornecedor até a própria autossabotagem do consumidor. O Professor Jorge Ferreira Sinde Monteiro define a informação como a “exposição de uma dada situação de fato, verse ela sobre pessoas, coisas, ou qualquer outra relação”.¹³⁵ De acordo com o *Dicionário contemporâneo da língua*

¹³¹ Casi nadie lee los términos y condiciones online. Disponível em: <https://www.laverdad.es/tecnologia/internet/terminos-condiciones-online-20180308174734ntrc.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>. Acesso em: 2 maio 2020.

¹³² Ibidem.

¹³³ You're not alone, no one reads terms of service agreements. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11>. Acesso em: 2 maio 2020.

¹³⁴ Casi nadie lee los términos y condiciones online cit.

¹³⁵ No Dicionário Aurélio, o vocábulo informação apresenta como significado: “ação de informar ou informar-se. Notícia recebida ou comunicada; informe. Espécie de investigação a que se procede para verificar um fato [...]”.

portuguesa, informação vem do latim *informatio, onis* (“delinear, conceber ideia”), ou seja, dar forma ou moldar na mente. A informação traz consigo qualquer dado sobre a realidade. “A informação tanto consiste nos dados ou conhecimentos obtidos por intermédio de uma atividade de investigação, da instrução ou de qualquer outro meio, como na comunicação ou transmissão desses dados ou conhecimentos.”¹³⁶ Nessa mesma linha, Claudia Lima Marques associa o direito à informação ao conhecimento como “[...] o saber ou não saber um processo interativo”.¹³⁷ O ato de informar pressupõe sempre a existência de um destinatário que recebe esse dado e dá a ele um significado. Esse significado e destinação da informação recebida podem variar conforme as circunstâncias que envolvem a mensagem e seus destinatários.¹³⁸

A informação está sempre inserida em algo maior que é um verdadeiro processo, que compreende sua transmissão pelo fornecedor e a recepção pelo destinatário consumidor ou aderente.¹³⁹ É o que na sociedade da informação se convencionou denominar de processo de comunicação.¹⁴⁰ A transmissão da informação opera-se necessariamente por meio desse processo. Esse processo de comunicação na investigação presente abrange duas partes (emissor/fornecedor e receptor/consumidor) e nunca tem por objeto a transmissão de uma

¹³⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 19.

¹³⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. Prefácio. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: o direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008. p. 10-11.

¹³⁸ BERLO, David K. *O processo da comunicação: introdução à teoria e à prática*. Tradução Jorge Arnaldo Fontes. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 30. Segundo David K. Berlo, o processo de transmissão de uma informação envolve seis elementos: fonte, codificador, mensagem, canal, decodificador e receptor.¹⁴⁰ MARZAGÃO, Nelcina C. de O. Troupardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 28.

¹³⁹ MARZAGÃO, Nelcina C. de O. Troupardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 28.

¹⁴⁰ para a proteção da liberdade de manifestação do pensamento. Não obstante sua grande importância, o foco deste trabalho é o direito à informação oponível horizontalmente entre entes privados, ou nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo (A informação como direito fundamental do consumidor cit., p. 196): “[...] é o direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente de atividade econômica. Esse segundo sentido próprio do direito do consumidor, cobra explicação de seu enquadramento como espécie do gênero direitos fundamentais”. A informação, como direito, que nos interessa no âmbito desta investigação não é aquela dirigida ao Poder Público.

única informação, mas de um conjunto de informações, tanto que a informação também é definida como um “conjunto de conhecimentos reunidos sobre determinado assunto”.¹⁴¹

Todos esses dados serão sempre processados por algum destinatário, que podem ter alguma ou nenhuma utilidade prática; dependerá sempre do ambiente e contexto em que esse destinatário recebe esse dado da realidade, denominado de informação. Como chamam a atenção Federico Ossola e Carlos Gustavo Vallespinos, “una misma información puede transmitirse entre personas de las más diversas maneras. Los efectos pueden incluso llegar a ser diametralmente opuestos”.¹⁴² O destinatário, de posse desse conjunto de informações sobre determinada situação ou fato, por meio de seu processamento, chegará a conclusões parciais ou totais, que se confundem com o próprio conhecimento subjetivo acerca dessa mesma situação. É múltipla a forma como esse dado da realidade é divulgado ou comunicado; geralmente, recorre-se ao suporte material da escrita, da fala, porém um simples gesto ou aparência traz em si uma informação ou um conjunto de informações.

Impõe-se, portanto, antes de aprofundar a investigação do tema proposto, fazer referência ao processo de comunicação no qual se insere o cumprimento do direito à informação. Ricardo Lorenzetti sempre chamou a atenção para o fato de o “direito à informação localizar-se muito além do contrato de consumo, estando situada dentro de um *processo*”.¹⁴³ Essa breve exposição ajudará a compreender os resultados da pesquisa quantitativa realizada. Por que motivo, entre os consumidores, há um grupo de cerca de 30% que considera as informações simples e fáceis de entender, ao passo que quase 70% veemnas como difíceis de compreender? Além disso, como o processo de comunicação pode se realizar de forma satisfatória quando cerca de 40% dos consumidores admitem que não leem por completo as informações que lhes são transmitidas? Nesse contexto, poderia ser desconsiderada a opinião de amigos, familiares sobre os produtos e serviços objeto das informações transmitidas aos consumidores? Até aqui a doutrina consumerista praticamente tem esquecido de inserir e

¹⁴¹ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro. Objetiva, 2004. p. 1615.

¹⁴² OSSOLA, Federico; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001. p. 25.

¹⁴³ “A informação abrange um processo que extrapola o contrato...” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 516-517.

avaliar o direito à informação dentro de um processo de comunicação. A exemplo de Lorenzetti, Carlos Ferreira de Almeida¹⁴⁴ diz que a expressão “direito à informação” surge como um modo de designar situações que, tendo um reverso comum (a prestação de informação),

[...] são muito diversificadas em função da entidade sujeita, do conteúdo da informação e dos efeitos jurídicos gerados pela sua prestação ou omissão [...] na teoria da informação, é indispensável distinguir os problemas, perguntando quem informa, o que, a quem e de que modo.

Como ensina Niklas Luhmann, qualquer processo de comunicação é “[...] um acontecimento que depende, portanto, de contextos – não se trata, pois, unicamente de aplicação de regras de falar correto. Para que a comunicação se efetue é fundamental que todos os participantes intervenham com um saber e um não saber”.¹⁴⁵ O professor de Comunicação da Universidade do sul da Califórnia, Manuel Castells, diz que “todo processo de comunicação [...] depende da interação entre o emissor e o receptor na interpretação da mensagem”.¹⁴⁶

Na década de 1960, com o avanço dos meios de comunicação de massa divulgando toda sorte de informações, McLuhan cunhou a expressão que marcaria para sempre a teoria da comunicação: *o meio é a mensagem*.¹⁴⁷

Se *o meio é a mensagem*, o destinatário da mensagem, com todas as circunstâncias culturais, econômicas e sociais que o cercam, é também conteúdo, ou seja, o significado, a compreensão, está menos no protagonismo do emissor e mais no próprio *meio* em si com o receptor da mensagem. Unindo os pensamentos de Luhmann a McLuhan, e sem a pretensão de provocar neste trabalho um debate maior sobre o tema, mas apenas reforçar a dimensão do problema desta investigação, tem-se que nem o consumidor, como destinatário da mensagem, nem o fornecedor, como seu emissor, podem garantir *a priori* que as mensagens

¹⁴⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo* cit., p. 116.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 2006. p. 48-49.

¹⁴⁶ CASTELLS, Manuel. *A mudança na cabeça das pessoas*. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/ideias/noticia/2013/10/bmanuel-castellsb-mudanca-esta-na-cabeca-daspessoas.html>. Acesso em: 6 set. 2021.

¹⁴⁷ MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 12 e 14.

serão completamente processadas como pretendido: haverá sempre os contextos ou “ruídos de comunicação” que podem levar a compreensões totalmente indesejadas, seja pelo legislador, que outorgou o direito à informação em favor do consumidor, seja pelo fornecedor. Essa questão, aliás, é o grande problema da teoria da comunicação:

O transmissor, ou emissor, converte a mensagem em sinais e os envia ao receptor, por meio do canal de comunicação. O receptor, por sua vez, converte os sinais novamente em mensagem e a encaminha ao seu destino. Durante este processo de transmissão dos sinais, podem ocorrer distorções e erros não desejados pela fonte, ou seja, mudanças indesejáveis que são denominadas ruídos.¹⁴⁸

De acordo com a teoria luhmanniana,¹⁴⁹ o êxito quanto ao resultado pretendido com a divulgação da informação vai muito além da transmissão formal de dados; outros sistemas de comunicação, existentes na própria sociedade e com seus códigos particulares, influirão preponderantemente no significado final do que foi transmitido dentro desse processo de comunicação. Conforme esclarece Ulisses Schwarz Viana, “[...] por ser a comunicação codificada e se apresentar como uma *proposta de significado*, esta pode ser entendida ou não, aceita ou rejeitada...”.¹⁵⁰ Atuam no significado final, aceitando ou rejeitando total ou parcialmente a mensagem transmitida, vários sistemas conhecidos que compõem a organização social, como a política, o mercado, a propriedade, o direito, a religião, a educação etc., sendo compartilhados socialmente na forma de cultura: “Apenas enviar a informação não é suficiente. Para que a comunicação ocorra, o receptor precisa aceitar participar do ‘jogo’ comunicacional e processar o estímulo enviado”.¹⁵¹ Veja nesse sentido um dado muito relevante constatado pela pesquisa: cerca de 20% dos consumidores recorrem com frequência às opiniões de amigos e familiares como fonte de informação com relação a produtos e serviços, enquanto 40% têm na experiência pessoal com o produto ou serviço e menos de 20% dizem recorrer diretamente às informações do fornecedor.

Na afirmação de McLuhan, o protagonismo no processo de comunicação não é do emissor nem do destinatário, e “o tópico sobre ‘o meio é a mensagem’ pode, talvez, ser

¹⁴⁸ LOURENÇO, Denise. *Teorias da comunicação*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, 2016. p. 13.

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 2006. p. 50.

¹⁵⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes de justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11062014- p. 58>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁵¹ LOURENÇO, Denise. *Teorias da comunicação*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, 2016. p. 14

esclarecido ressaltando que qualquer tecnologia cria gradualmente um ambiente humano totalmente novo. Ambientes não são invólucros passivos, mas processos ativos”.¹⁵² Mesmo em Habermas, que ao contrário de Luhmann e McLuhan apresenta uma visão antropocêntrica, em que o homem a todo momento é colocado como sujeito desse processo, há um ponto concordante nessas visões que interessa a esta investigação: no processo de comunicação em si, independentemente do enfoque que se dê a ele, a construção da compreensão de significados não se revela um processo simples, mas, pelo contrário, um processo complexo no qual as sociedades crescem e se desenvolvem.¹⁵³ Seja dentro da ideia de subsistemas de Luhmann ou do conceito de espaço *público* de Habermas, esse processo de comunicação entre o fornecedor e o consumidor ocorrerá, primordialmente, tendo como código a *linguagem do mercado*;¹⁵⁴ o mercado entendido como “o ambiente interno das organizações e interações econômicas”.¹⁵⁵

O destinatário da informação é o consumidor. É ele quem, com todas as suas características, e no âmbito de sua subjetividade, receberá a informação transmitida pelo fornecedor e dará a ela um uso que, espera-se, converta-se numa decisão racional e esclarecida. Dúvidas não há, portanto, quanto à importância da informação, seja na medida em que facilita o exercício da liberdade de escolha, garante a proteção à saúde e à segurança do consumidor, permite uma melhor compreensão das cláusulas contratuais etc.

Quais informações devem ser efetivamente transmitidas ao consumidor e de que forma? Esta investigação caminha no sentido de que tais informações devem ser aquelas *essenciais* à tutela dos interesses compreendidos no dever legal de informação a ser prestado pelo fornecedor. Quanto ao modo de transmissão, a lei, em geral, deixa expresso que as

¹⁵² MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem: understanding media*. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 12.

¹⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 331. “Face aos processos de formação da opinião e da vontade numa esfera pública geral – difusos, mas ainda focalizados na globalidade da sociedade – aparece um sistema funcional que se tornou autônomo, que ultrapassa os horizontes do mundo da vida e que se fecha às perspectivas socioglobais e que, por seu turno, só pode perceber a sociedade inteira da perspectiva de um sistema global.”

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 169.

informações devem ser fornecidas da maneira mais clara possível, sem dar margem a dúvidas na compreensibilidade pelo consumidor.

Todas as tentativas de o legislador resolver o problema da assimetria informacional ainda enfrentam um problema crucial não só com relação ao que deva ser propriamente informado a esse consumidor, sobretudo que padrão de consumidor o fornecedor deve estabelecer como destinatário das mensagens informativas. Não é um problema de fácil solução, especialmente quando se levam em conta algumas constatações da pesquisa de campo: (i) para 20% dos consumidores, *contratos são sempre difíceis de entender*; (ii) enquanto para 30% as informações são *suficientes*, para a grande maioria (cerca de 70%) as informações são *insuficientes*; e (iii) 40% simplesmente *não leem total ou parcialmente as informações*. O problema que envolve essas constatações estaria no fornecedor se simplesmente ele não cumpre com as exigências estabelecidas pelo legislador para transmitir as informações, porém o problema muda de foco completamente quando não se pode invocar o descumprimento do direito à informação por parte do consumidor. Em sintonia com o pensamento de Federico Ossola e Carlos Gustavo Vallespinos,¹⁵⁶ pode-se, perfeitamente, partir da premissa de que a compreensibilidade do consumidor a respeito do que lhe é informado sempre dependerá de “todas las circunstancias particulares que rodeiam a cada elemento de lacto comunicativo [...]”.

A construção de significados a partir da mensagem informativa emitida pelo fornecedor é algo que se coloca fora de controle, conforme a teoria da comunicação tem enfatizado. Os meios de comunicação de massa levaram McLuhan a cunhar também a expressão *aldeia global*. Há hoje uma *aldeia* comunicativa, em que também está inserida não apenas a *comunicação em série, de massa*, mas também um mercado de consumo de *massa*, no qual os produtos e serviços, em geral, são produzidos em larga escala para atender às demandas dos consumidores. Nesse sentido, em regra, não há como o fornecedor cumprir com o direito à informação pensando a mensagem informativa para cada consumidor individualizado; pelo contrário, é-lhe imposta a elaboração de informações gerais dirigidas ao público, que consome seus produtos e serviços. Portanto, ainda que o CDC não tenha se referido expressamente à

¹⁵⁶ OSSOLA, Frederico; VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001. p. 26.

figura de um *consumidor-padrão*, é evidente que o fornecedor, como profissional, sempre buscará para a realização do *processo comunicativo* uma referência geral do consumidor destinatário da mensagem informativa.

3.9 A IDEIA DO CONSUMIDOR MÉDIO E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Conforme se tratará adiante, quando o legislador impõe a necessidade de *clareza e adequação* das informações, ele está partindo da premissa de que o consumidor deve ser capaz de compreendê-las, compreensão essa que deve ser perseguida dentro do chamado *processo comunicativo* anteriormente exposto. Entretanto, se o fornecedor, em um mercado massificado, não distribui a informação, de acordo com o perfil individual de cada consumidor, é evidente que ele é obrigado partir de um perfil médio. Embora o CDC não aborde expressamente a ideia de *consumidor médio*, é evidente que, no contexto do mercado de consumo, não tem como o fornecedor transmitir as informações sem uma *concepção* média desse consumidor, destinatário dessa mensagem.

Diante dessa inevitável premissa, Paulo Mota Pinto afirma que: “a compreensibilidade deve levar em consideração a capacidade de entendimento de um consumidor médio [...] não tem de partir-se, porém, do modelo de um consumidor cuja formação e capacidade se situem abaixo da média”.¹⁵⁷ A pesquisa de campo deixa evidente que os consumidores não têm todos eles a mesma percepção sobre as informações que lhes são transmitidas pelos fornecedores. Enquanto para um grupo de consumidores (9,9%) as informações são *extremamente simples* para compreendê-las, outros (36,4%) as identificam como *difíceis de entender*. Da mesma forma que para um grupo (20,4%) *contratos são difíceis de entender* e por este motivo não leem os contratos, para outro grupo (9,9%) não há esse grau de dificuldade. É evidente que, quando o fornecedor divulga as informações sobre seu produto ou serviço, dentro do *consumo de massa*, não tem como *individualizar* a informação com base na capacidade de compreensão de consumidor por consumidor. Todo fornecedor só vai conseguir cumprir o direito à informação tendo como referência a ideia de um *consumidor médio* para estabelecer esse

¹⁵⁷ Cf. PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 197, 2003.

processo comunicativo com relação a seu produto ou serviço. Afinal, que padrão deve ser observado para esse *consumidor médio* no mercado brasileiro? Esse imaginário consumidor *médio* deve ser considerado *atento e bem informado*, ou, ao contrário, majoritariamente *atento e desinformado*? O CDC não menciona expressamente esse conceito, mas é evidente que, como adverte Erick Jaime, tal aplica-se, inclusive, ao padrão de consumidor, pois:

Nenhuma ordem jurídica pode sobreviver sem a figura criada da pessoa média. São as expectativas e visões de mundo dessa figura irreal que ajudam a interpretar e concretizar os conceitos de direito, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais. É esta construção humana que pode ser bastante diferente de nação para nação.¹⁵⁸

Na União Europeia, a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais busca definir o critério do consumidor médio¹⁵⁹ em seu Considerando 18¹⁶⁰ e esse conceito não vem de forma vinculativa em único dispositivo. No entanto, o referido termo revela-se de extrema importância para o legislador comunitário, pois a ele faz menção em pelo menos outras três oportunidades, além do art. 6.º, 1: (i) na identificação da prática da publicidade enganosa;¹⁶¹ (ii) na identificação

¹⁵⁸ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

¹⁵⁹ “2. Uma prática comercial é desleal se: For contrária às exigências relativas à diligência profissional; e distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”.

¹⁶⁰ É conveniente proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Directiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações directas à aquisição. O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.”

¹⁶¹ “Artigo 7.º Omissões enganosas 1. Uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omite uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida, e, portanto, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”

da omissão de uma informação substancial;¹⁶² (iii) na identificação de uma prática comercial agressiva.¹⁶³

Do Considerando 18 inferem-se as seguintes premissas para a adoção do consumidor médio: (i) anteriormente à Diretiva das Práticas Comerciais Desleais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) havia julgado importante “analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico” nos casos de publicidade enganosa e abusiva; (ii) posteriormente, entendeu necessária “a aplicação efetiva das proteções previstas nesta” e passou a utilizar como “marco de referência o critério do consumidor médio”; (iii) logo a seguir, o consumidor médio é identificado como normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta “factores de ordem social, cultural e linguística”; (iv) esses atributos do consumidor médio como alguém (a) bem informado, (b) razoavelmente atento, (c) razoavelmente advertido, devem levar em conta circunstâncias/fatores culturais, sociais e linguísticos, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça; (v) ou seja, a Diretiva parte das premissas de julgamentos anteriores do TJUE sobre o que venha a ser o consumidor médio; (vi) depois, faz expressamente a ressalva de que há a previsão, na mesma Diretiva, de “disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais”, isto é, a diretiva manda considerar a existência de grupos “particularmente vulneráveis”; (vii) daí subentende-se pela ressalva que esses grupos particularmente vulneráveis não seriam bem informados, razoavelmente atentos e razoavelmente advertidos; (viii) exemplificando como grupo particularmente vulneráveis as crianças, o Considerando diz que é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo; (ix) nos grupos especialmente

¹⁶² “Artigo 7.º 2. Também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspectos descritos no n. 1, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”

¹⁶³ “Artigo 8.º Práticas comerciais agressivas Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”

vulneráveis deve ser considerado então como referência como consumidor médio um membro médio desse grupo; (x) ao final, o Considerando faz uma advertência de que o critério de consumidor médio não é estatístico; (xi) os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer sua faculdade de julgamento, atentos à jurisprudência do Tribunal de Justiça para o fim de determinar a reação típica do consumidor médio em determinado caso.

Essencialmente, o que o Considerando 18 diz sobre o consumidor médio refere-se ao aspecto informativo. Esse consumidor-padrão é alguém que já dispõe das informações básicas, por si próprio, sem depender do profissional para tal. Ao mesmo tempo, não se trata de um consumidor desatento, mas atento e advertido, ou seja, estar-se-á a falar de um consumidor racionalmente protegido por si mesmo e que dispõe das cautelas necessárias para proteger-se no mercado de consumo. Tal critério tem sido criticado pela doutrina do direito do consumidor, pois um dos traços mais marcantes da inferioridade do consumidor, que justifica o mandamento constitucional de proteção, é sua particular desigualdade ou paridade de forças com o profissional. Tal se manifesta sobretudo em sua vulnerabilidade técnica, que decorre da grande assimetria de informações em desfavor do consumidor. As professoras do *European University Institute*, Rossela Incardona e Cristina Poncibò,¹⁶⁴ em profundo estudo sobre o tema, concluíram que tal critério serve mais aos cálculos e projeções de economistas do que propriamente à atividade legislativa e judicial interpretativa das relações de consumo:

The average consumer test reflects the economists idealistic paradigm of a rational consumer in an efficient marketplace. This notion may be useful for economists calculations and projections, but departs from the unpredictable realities of individual human behaviour and is hardly an appropriate standard for legislative or judicial sanctions.

O TJUE, em seus julgados, não subestima a dificuldade de se adotar o critério do consumidor médio e reconhece que “as ideias dos consumidores podem variar de um Estado-

¹⁶⁴ INCARDONA, Rossela; PONCIBÒ, Cristina. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy*, v. 30, n. 1, p. 21-38, Mar. 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084038. Acesso em: 25 maio 2020. O teste do consumidor médio reflete o paradigma idealista dos economistas de um consumidor racional em um mercado eficiente. Essa noção pode ser útil para cálculos e projeções de economistas, mas parte das realidades imprevisíveis do comportamento humano individual e dificilmente é um padrão apropriado para sanções legislativas ou judiciais. (Tradução livre).

Membro para o outro e também evoluir ao longo do tempo em um mesmo Estado [...]”.¹⁶⁵ Em outro estudo, Luis González Vaqué reconhece essa dificuldade, mas adverte que:[...]

en líneas generales, el Derecho Comunitario no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional experimenta dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de una denominación, alegación o mención, pueda ordenar-se que se realice un estudio de mercado y/o un sondeo de opinión o recabar un dictamen pericial para fundamentar su decisión.¹⁶⁶

Caso emblemático com relação a esse tema é o do acórdão elaborado nos autos do processo Gut Springenheide, julgado em 1998 pelo TJUE.¹⁶⁷ Na ocasião, o fornecedor comercializava ovos embalados em cujos invólucros constava a informação “10 ovos frescos – 6 cereais”. Consoante o fornecedor, 60% da composição da ração utilizada para a alimentação das galinhas conteria seis diferentes tipos de cereais. Além disso, dentro de cada caixa de ovos havia uma nota informativa que destacava qualidades particulares do produto em decorrência da alimentação cerealífera dos animais. Tais informações seriam enganosas e induziriam consumidores em erro, “na medida em que sugerem sem razão que a alimentação das galinhas é exclusivamente composta dos seis cereais indicados e que os ovos têm qualidades particulares”, violando, assim, dispositivo do Regulamento (CEE) 1907/90.¹⁶⁸

O posicionamento do TJUE, respaldando-se em acórdãos anteriores,¹⁶⁹ foi no sentido de que, para aferir se as informações prestadas na comercialização dos ovos eram capazes ou não de induzir em erro o consumidor, logo, violando o já mencionado regulamento, era necessário que o órgão jurisdiccional nacional tivesse como referência “a presumível

¹⁶⁵ Assunto 178/84, *RJTJ*, p. 1227.

¹⁶⁶ VAQUÉ, Luis González. La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ano 8. n. 17, p. 79, ene./abr. 2004. Nesse sentido, o TJUE manifestou expressamente nos fundamentos de n. 35, 36 e 37 do Acórdão *Gut Springenheide* (processo C-210/96), bem como o de n. 53 do Acórdão *Windsurfing Chiemsse Produktions* (processo C-108/97).

¹⁶⁷ Processo C-210/96. Partes: *Gut Springenheide GmbH*, *Rudolf Tusky* e *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung* (interveniente: *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*). Julgado em 16.07.1998 pela 5.^a Seção do Tribunal de Justiça Europeu.

¹⁶⁸ Regulamento (CEE) 1.907/1990, do Conselho, de 26.06.1990, relativo a certas normas de comercialização aos ovos. O dispositivo tido como violado no caso *Gut Springenheide* foi o art. 10.º, n.º 2, alínea “e” (“2. Tanto as embalagens pequenas como as grandes podem todavia ostentar, numa ou em várias faces interiores ou exteriores, as seguintes menções suplementares: [...] e) Indicações destinadas à promoção das vendas, desde que essas indicações e o modo por que são feitas não sejam de molde a induzir o comprador em erro”).

¹⁶⁹ “[...] nomeadamente, os acórdãos de 7 de março de 1990, GB-INNO-BM, C-362/88, Colect., p. I-667; de 13 de dezembro de 1990, Pall, C-238/89, Colect., p. I-4827; de 18 de maio de 1993, Yves Rocher, C-126/91, Colect., p. I-2361; de 2 de fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92, Colect., p. I-317; de 29 de junho de 1995, Langguth, C-456/93, Colect., p. I-1737, e de 6 de julho de 1995, Mars, C-470/93, Colect., p. I-1923” (Acórdão do TJUE no processo C-210/96, § 30).

expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, relativamente a esta indicação”. Contudo, se houvesse dificuldades para averiguar se a informação era ou não enganosa, o direito comunitário permitiria que os órgãos jurisdicionais nacionais realizassem, de acordo com as condições de seu direito nacional, uma pesquisa de opinião ou um exame pericial a fim de elucidar a apreciação.

No direito brasileiro, a doutrina não se ocupa de discutir essa questão. Entretanto, a jurisprudência, paulatinamente, vem recorrendo, ainda que de forma incipiente, à ideia de consumidor médio para solucionar algumas questões relativas ao direito à informação. Eventualmente, faz-se referência a essa expressão, aludindo-se à ideia do homem médio, ou seja, aquela pessoa que “deve entender as obrigações que está assumindo”.¹⁷⁰ O termo aparece ocasionalmente na jurisprudência naqueles julgados que, à semelhança do que ocorre no direito comunitário europeu e no direito português, dizem respeito à publicidade enganosa.¹⁷¹ Em outros momentos, esse conceito é afastado pela jurisprudência por entender que ele seria *extremamente restritivo*, como o é sua aplicação no âmbito do direito comunitário.¹⁷²

¹⁷⁰ Cf. MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 240, 2008.

¹⁷¹ Confira-se a Apelação Cível 96.027-2, julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em 2002. Nos autos, o apelante alegava que havia comprado, em nome de sua companheira, um aparelho de som digital e que, na veiculação da propaganda do produto, havia a informação de que o aparelho vinha com Controle Remoto Total. Segundo o apelante, tal informação não correspondia à realidade, pois não era possível controlar todas as funções do aparelho pelo controle remoto. Ao julgar o caso, o Tribunal entendeu não ter sido o caso de propaganda enganosa, uma vez que a expressão “Controle Remoto Total” era genérica e, por isso, não obrigava o fornecedor diante do consumidor. Na fundamentação do acórdão, recorreu-se à ideia de consumidor médio, veja-se: “[...] não há falsidade em relação à propaganda. Ela diz realmente o que o produto oferece. Em relação à capacidade de indução em erro, o mérito da questão deve ser analisado a partir da propaganda e da análise do consumidor médio. Por consumidor médio compreende-se como a indução em erro não depende só do anúncio da mensagem, mas também das condições de quem recebe, busca-se um critério para medir a sua nocividade. Muitas vezes, tal critério é conhecido como padrão, o chamado consumidor médio, com evidente analogia ao ‘homo medius’ ou ao bom pai de família, utilizados na clássica noção normativa de culpa. Enquanto na responsabilidade civil considera-se a pessoa do imputado, na publicidade o padrão é contratado com o lesado. A propaganda poderia trazer alguma objeção devido ao uso da palavra total, todavia o consumidor, no presente caso, pode ser considerado consumidor médio”.

¹⁷² TRF-4.^a Região, Apelação Cível 50028788320144047205/SC 5002878-83.2014.404.7205, j. 26.04.2017: “Anulação de registro de marca ‘Nutrire’ por coincidência com outras marcas e risco de prejuízo à saúde e ao consumidor. Inviabilidade de considerar-se o conceito de ‘consumidor médio’ pretendido pela parte autora, que teria caráter por demais restritivo. Honorários advocatícios fixados de acordo com o trabalho apresentado pelos procuradores, principalmente porque o INPI apresenta petição padronizada sem atentarse à situação efetiva dos autos. Sentença de improcedência mantida. Apelações improvidas”.

Verifica-se que a jurisprudência do TJUE, a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais e o Decreto-lei 57/2008 trabalham com a premissa de que, nas práticas contratuais agressivas, enganosas, deve-se levar em consideração a ideia de um consumidor médio, razoavelmente informado e atento (ou do membro médio em um grupo de consumidores vulneráveis). A questão que importa nesta investigação é saber se esse conceito ajuda na compreensão do dever de informação ou se atua como limitador ao que deveria ser informado ao consumidor. Se se pressupõe que o consumidor médio seja alguém razoavelmente bem informado, o fornecedor não está obrigado a dispensar uma série de informações sobre produtos ou serviços que uma pessoa normalmente atenta e bem informada teria. Ora, se assim fosse, o consumidor, como razoavelmente atento e bem informado, não perderia aquela condição de vulnerabilidade que lhe é inata e amplamente reconhecida pela doutrina? Afinal, não é o consumidor portador de uma assimetria informativa em relação ao fornecedor?

É certo que, como já mencionado, o fornecedor não deve dar ao consumidor todas as informações sobre o produto ou serviço; há que estipular um limite, na medida em que devem ser selecionadas algumas informações, aquelas que sejam importantes à tutela dos direitos dos consumidores, conforme será debatido adiante. O dever de informação deve assim ser cumprido mesmo que o consumidor não leia, não queira ou dispense as informações prestadas, principalmente porque é um dever que decorre de determinação legal, cujo descumprimento enseja responsabilidade do fornecedor. Ao disponibilizar a informação, não se devem ter em conta comportamentos dessa natureza, pois, assim, prejudicar-se-iam justamente consumidores que precisam das informações. Como se observa, o critério do consumidor médio pode levar a que uma mesma prática seja reputada desleal com relação a um membro médio de determinado grupo de consumidores considerados vulneráveis, como crianças, idosos e grupos com baixa carga de leitura. Outrossim, essa mesma prática pode ser lícita e, portanto, não desleal de acordo com o critério do consumidor médio que é razoavelmente atento e bem informado. Para aplicar esse critério, no caso concreto, entretanto, conforme o próprio Tribunal reconhece, o julgador nacional pode ter de recorrer a sondagens de opiniões e a estudos de mercado já existentes ou até mesmo a uma perícia à média dos consumidores em geral.

Portanto, chegar ao conceito do que seja esse consumidor médio padrão não é tarefa fácil. Até porque o próprio TJUE reconhece implicitamente que essa tarefa passa pelos desafios naturais de um processo de comunicação, como aqui inicialmente problematizado, pois manda levar em conta *circunstâncias/fatores culturais, sociais e linguísticos* do grupo de consumidores destinatários da mensagem.

Em síntese, a aplicação desse critério do consumidor médio para aferir a potencialidade de induzir o consumidor a uma decisão de consumo equivocada implica a prática de ter a vulnerabilidade do consumidor não como uma presunção absoluta, e sim como uma presunção relativa. Não obstante as críticas que as doutrinas têm dirigido a esse critério, este pode se constituir em um notável avanço na solução de casos em que não exista propriamente um déficit de informação do consumidor. Não faz sentido decidir esses casos dando-lhes a mesma solução que seria aplicada a grupos de consumidores reconhecidamente hipervulneráveis, *v.g.*, dos públicos infantil e idoso, para os quais a presunção da vulnerabilidade é absoluta. Desse modo, estar-se-ia conferindo aos consumidores atentos e bem informados um privilégio incompatível não só com o princípio da igualdade em seu aspecto formal, mas também material, que manda dar tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Entretanto, o critério do consumidor *médio atento e bem informado* que o TJUE impõe como padrão seletivo para o fornecedor europeu do tipo de informação que não precisa ser divulgada ao não profissional, no direito brasileiro, encontra pelo menos um grande óbice: a baixa literácia de cerca de 30% população brasileira identificada dentro da faixa do analfabetismo funcional.¹⁷³ No processo de comunicação entre o consumidor e o fornecedor, este não terá que considerar aquele (o consumidor), em sua média, como naturalmente desatento e desinformado, ou o contrário, isto é, atento e bem informado? Hoje, os próprios fornecedores têm como traçar o perfil de seu consumidor médio e utilizá-lo na busca de uma

¹⁷³ Segundo o Instituto Paulo Montenegro, é “considerada analfabeta funcional a pessoa que, mesmo sabendo ler e escrever algo simples, não tem as competências necessárias para satisfazer as demandas do seu dia a dia e viabilizar o seu desenvolvimento pessoal e profissional. Segundo o IBGE, em 2019 havia no Brasil 6,6% da população ou 11 milhões de brasileiros totalmente analfabetas, pessoas que não são capazes de ler e escrever um simples bilhete”. Instituto Paulo Montenegro. Disponível em: <https://ipm.org.br/midia>. Acesso em: 5 out. 2020.

maior eficiência do processo comunicativo, fazendo valer as determinações do CDC.¹⁷⁴

Conforme enfatiza Lorenzetti:

[...] o profissional deve ter em conta se seu produto ou serviço por um consumidor médio, ou por subconsumidores, por gente analfabeta ou não, por crianças ou por idosos, devendo adotar as previsões em matéria informativa, a fim de que a linguagem seja compreensível.¹⁷⁵

O objetivo, como diz Lorenzetti, será sempre fazer com que a informação possa se tornar compreensível. Como dito aqui, é evidente que, dentro do processo comunicativo de massa, o fornecedor não tem como individualizar as informações conforme cada consumidor de seu produto ou serviço; naturalmente, ele vai recorrer a um padrão médio, que ele próprio tem muitas vezes como conhecer, inclusive procurando *customizar* o fornecimento de bens ao mercado, valendo-se das bases de dados para alcançar uma comunicação com maior grau de eficiência, ou seja, com maior compreensibilidade¹⁷⁶. No entanto, por maior que seja essa *customização* ou *especialização* em torno das demandas de mercado, o fato é que o fornecedor vai continuar *falando* para um consumidor *médio ou referência* coletivo, e não de forma individual. Tal não quer dizer que o grupo de consumidores, que fique abaixo da média desse perfil, não tenha atendidas suas demandas informativas específicas visando à compreensibilidade. Conforme será abordado no subitem 5.1.1 relativo ao *dever complementar de esclarecimento*, tais demandas não podem ser negadas pelos fornecedores.

¹⁷⁴ Hoje, os próprios fornecedores, com o objetivo de maximizar seus negócios, são incentivados a identificar o perfil de seus consumidores (<https://conteudo.movidesk.com/perfil-do-consumidor/>) inclusive, por meio do recurso frequente à consulta aos bancos de dados de seus consumidores, têm como tratar um perfil dos consumidores que adquirem seus produtos e serviços. Com base nesses perfis, que indicam o próprio fornecedor, tem como estabelecer seu *consumidor médio* e a partir dessa identificação estabelecer se esse *consumidor médio* é atento e bem informado ou naturalmente desatento e mal informado.

¹⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 518.

¹⁷⁶ Laura Schertel partilha o entendimento de que as constantes crises nas sociedades de consumo de massa na tendência do fornecedor, a partir do acesso a dados pessoais de consumo, “é o surgimento da economia da especialização flexível, que se caracteriza pela diversificação da produção para diferentes produtos e diferentes clientes”. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

4 DO REGIME GERAL DO DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A partir do marco da proteção na Constituição Federal, no art. 5.º, XXXII, o poder de conformação do legislador na elaboração da Lei 8.078/1990 identificou na outorga do direito à informação ao consumidor mecanismo de transparência de vital importância para a concretização do mandamento constitucional. Importante, nesse sentido, é identificar como o legislador outorgou esse direito à informação e quais os limites para seu cumprimento pelo próprio fornecedor. De forma enfática, Tomasevicius alerta que: “[...] nem tudo pode ou deve ser informado. O direito de ser informado em alguns casos entrecoca-se com outros direitos, sendo que, no sopesar dos interesses jurídicos envolvidos, podem prevalecer outros interesses que não o do credor da informação”.¹⁷⁷

Tomasevicius cita como limite as situações envolvendo sigilo profissional, a respectiva privacidade do devedor da informação e aquelas informações que o próprio consumidor detém ou que pertencem ao senso comum, *v.g.*, que o carro para se movimentar precisa de combustível. Nas relações de consumo, embora a informação seja lícita, não está o fornecedor obrigado a informar sobre tudo. Até mesmo o debate acerca do *consumidor médio* impõe essa conclusão, pois o que, ordinariamente, a média dos consumidores tem conhecimento, qual o sentido de informá-lo? Tal situar-se-ia no que a doutrina denomina de *autoinformação*.

Nessa linha de entendimento, Judith Martins-Costa defende que o *óbvio, aquilo que é por todos conhecido*, não precisa ser informado. O direito à informação dirige-se, segundo Martins-Costa, a informar ao interessado “acerca do que não sabia e nem poderia saber usando-se a diligência normal avaliada objetivamente, segundo os usos do tráfico jurídico”.¹⁷⁸

Antonio Junqueira de Azevedo defende que, ao obrigar o fornecedor, inclusive, a informar sobre “a oportunidade ou vantagem desses contratos é querer transformar o

¹⁷⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 297.

fornecedor em assistente social”.¹⁷⁹ Todavia, Antonio Junqueira de Azevedo enfatiza que alguns fornecedores, como médicos e engenheiros, são também obrigados a aconselhar e advertir o consumidor.¹⁸⁰

Então, afinal, o que deve o fornecedor informar ao consumidor? Pode-se dizer que existem dois regimes relacionados ao direito à informação: um geral e outro especial.¹⁸¹ O regime geral diz respeito às relações de consumo, reguladas pelo CDC, sobretudo relativo às contratações de adesão; e o regime especial volta-se para relações específicas, inclusive de consumo, nas quais o legislador optou por enumerar de forma mais exaustiva o conteúdo desse direito, por meio das chamadas *listas*, impondo de maneira expressa ao fornecedor o que deve ser informado, como é o caso do consumo de tabaco, bebidas alcoólicas e alimentos industrializados etc. Nesse domínio, como existem as chamadas *listas* para verificar o cumprimento ou descumprimento do direito à informação, é tarefa menos complexa. Essa regulamentação via *listas* denominamos de regime especial do direito à informação. Diferente, entretanto, é o direito à informação regulado apenas e tão somente pelo CDC, que abarca todas as outras situações não previstas nas *listas*, motivo pelo qual aqui se designa de regime geral. Nesse regime geral, identificar o cumprimento ou o descumprimento não é tarefa simples. Por esse motivo, o foco central desta investigação será sempre a legislação geral contida no CDC. Não obstante, embora este trabalho analise algumas regulamentações específicas, como no caso do tabaco, não discutirá individualmente todas as regulamentações do regime especial.

Registre-se, ademais, que o chamado regime especial será acionado para a proteção dos interesses primariamente tutelados pelo direito à informação, porquanto os interesses

¹⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 128, abr./jun. 1996.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 128.

¹⁸¹ Paulo Mota Pinto diz que não existe no direito comunitário um regime geral dos deveres de informação (Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor cit., p. 190). Em sintonia com o que se defende aqui, o que existe mesmo é um regime especial. Entretanto, no tocante à Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor e a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, pode-se mesmo dizer que há um regime geral do direito à informação, uma vez que se aplica a todas as relações de consumo e a todos os contratos de adesão.

tutelados são essencialmente os mesmos (nos dois regimes), conforme se debaterá no Capítulo 5.

A *priori*, tem-se que, se a relação específica protegida for de consumo, o regime geral não deixará de atuar, complementando o regime especial, da mesma forma que o regime especial poderá atuar reforçando o direito à informação outorgado via regime geral.

Contudo, no regime geral, ao contrário do regime especial, o conteúdo do direito à informação é mais aberto. Nesse sentido, a fim de avaliar o cumprimento do direito à informação no regime geral, impõe-se a identificação de alguns elementos. A existência desses elementos deve estar entrelaçada com o cumprimento material do direito à informação, e não apenas com seu cumprimento formal. Enquanto o cumprimento formal preocupa-se somente com a disponibilidade da informação em si, o cumprimento material volta-se à adequação da informação para a proteção dos interesses primariamente tutelados.

4.1 O ART. 6.º, III, DO CDC COMO *CLÁUSULA GERAL* E MATRIZ DO REGIME DO DIREITO À INFORMAÇÃO

O CDC tem na parte geral as proteções pré-contratual, contratual, pós-contratual¹⁸² e extracontratual em pelo menos uma dezena de dispositivos que regulam diretamente o direito à informação, havendo outros dispositivos que a ele se referem indireta ou implicitamente na parte cível. Na parte penal, há outra série de dispositivos do CDC que tipificam criminalmente a violação do direito à informação. Com referência às disposições expressas e diretas, na parte da proteção pré-contratual, contratual e extracontratual sobre como deve operar a proteção contratual, o CDC, no art. 54, obriga os fornecedores nas contratações de adesão em geral, ao chamar a atenção para a necessidade de que a redação deve facilitar sua compreensão

¹⁸² Essa sistematização foi adotada por Antonio Junqueira Azevedo. Ele fala em três fases no contrato: (i) a pré-contratual que envolve a fase das negociações preliminares, oferta e da proposta; (ii) fase contratual em si que envolve a celebração do contrato e a execução das obrigações nele previstas; e a (iii) pós-contratual que envolve a proteção para além da extinção do contrato, como é caso da proteção em relação aos vícios ocultos, que podem se manifestar após o contrato já extinto. Já a extracontratual não está relacionada à sistematização adotada por Junqueira e diz respeito às situações tratadas no CDC que envolvem a reponsabilidade civil do fornecedor. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 9, p. 40-44, set./dez. 1999

pelo consumidor, impondo que as condições que onerem o consumidor devem ser redigidas “em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis”.

Conforme se identificará adiante, essa *ostensividade* tem sido entendida, sobretudo pelo STJ, como a obrigatoriedade de o fornecedor fazer *advertências* ao consumidor quando se trate de produto ou serviço que tenha a aptidão de colocar em risco a saúde e a segurança do consumidor. Logo a seguir, no § 4.º, advertindo mais uma vez para a necessidade de compreensão do consumidor, pede que seja dado destaque a toda cláusula que implicar limitação de direitos do consumidor.¹⁸³ Aqui, verifica-se de forma cristalina que o legislador alerta para a clareza e compreensibilidade de todas as cláusulas inseridas no contrato de adesão.

Ainda na proteção contratual, o legislador adota uma severa sanção da desvinculação do consumidor para o contrato, de adesão ou não, cujos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance:¹⁸⁴ para além da proteção contratual, no capítulo da proteção à saúde e à segurança do consumidor, o art. 8.º¹⁸⁵ impõe a obrigação de o fornecedor sempre “dar as informações necessárias e adequadas” a respeito do risco do consumo dos produtos e serviços. Aqui, mais uma vez, o legislador fala em informações adequadas; esse adjetivo vai se repetir no § 2.º desse mesmo dispositivo¹⁸⁶ ao referir à necessidade de informar ao consumidor de “maneira ostensiva e adequada” sobre o risco de

¹⁸³ §§ 3.º e 4.º do art. 54 do CDC: “§ 3.º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4.º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

¹⁸⁴ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

¹⁸⁵ “Art. 8.º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.”

¹⁸⁶ “§ 2.º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.”

contaminação dos produtos; e ainda no próprio art. 9.º,¹⁸⁷ ao dispor acerca do consumo de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança.

Nesse sentido, o legislador recorre à exigência de adequação da informação quanto ao consumo desses produtos e serviços, que deve ser prestada de forma ostensiva ao regular a responsabilização dos fornecedores por danos causados à saúde e à segurança dos consumidores por defeitos dos produtos e serviços, incluindo também a responsabilização por defeito de informação. Serão consideradas defeituosas as informações nos dois artigos, tanto no art. 12¹⁸⁸ quanto no art. 14,¹⁸⁹ que se revelarem insuficientes ou inadequadas sobre o modo de utilização/fruição dos produtos e serviços. No domínio da proteção pré-contratual, o legislador exige no art. 31 que toda oferta, além de informar o consumidor sobre os riscos à saúde e segurança, deve assegurar informações corretas, claras, precisas, *ostensivas* (na forma de *advertência* mesmo) a respeito de vários aspectos do produto e serviço, incluindo, naturalmente, o preço.¹⁹⁰

Entretanto, todos os aspectos indicados no art. 31 são meramente exemplificativos, pois o próprio dispositivo refere-se expressamente a outros dados. Que outros dados seriam esses que o fornecedor seria obrigado informar, além de características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem? Essa resposta, conforme se abordará adiante, somente será encontrada a partir da identificação dos interesses tutelados pelo direito à informação. Até aqui pode-dizer que o direito à informação, nos dispositivos já referidos, deixa claro que, no tocante à proteção contratual, o legislador

¹⁸⁷ “Art. 9.º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

¹⁸⁸ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

¹⁸⁹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

¹⁹⁰ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

coloca o acento na clareza e compreensibilidade das cláusulas/condições contratuais; no que se refere a proteção à saúde e à segurança, o legislador coloca o acento na adequação e ostensividade das informações que devem ser prestadas. Na proteção pré-contratual materializada no art. 31, o legislador assinala tanto a clareza e a veracidade da informação quanto a necessidade de informar sobre os riscos à saúde e segurança que os produtos/serviços apresentam.

A despeito de os vários artigos do CDC suprarreferidos disporem sobre o direito à informação, observa-se que o regime geral (do direito à informação) tem seu núcleo no art. 6.º, III, do CDC, dispositivo redigido dentro da chamada técnica das cláusulas gerais com todas as suas vantagens e desvantagens,¹⁹¹ pois apresenta todas as suas características: seus termos (do art. 6.º, III) são propositadamente *vagos* e *imprecisos*. O que seria propriamente *informação clara e adequada*? Há uma *imprecisão* e *vagueza* nos conceitos ou, nas palavras de Engisch, *um conceito multissignificativo*,¹⁹² cuja aplicação importa no esforço maior do intérprete, como toda *cláusula geral*. Nesse sentido, buscam-se nesta investigação o real sentido e o alcance do regime geral, que, por *acolher* de forma mais completa a *cláusula geral* do direito à informação, tem aptidão para ser aplicada à generalidade dos casos da relação de consumo tutelada pelo CDC.

Se na parte relativa à redação dos contratos e à oferta, no plano pré-contratual, o legislador enfoca bem a clareza da informação visando à compreensibilidade do consumidor, com relação à saúde e segurança, o legislador impõe a necessidade de que a informação seja adequada. Por que então o art. 6.º, III, atuaria como núcleo desse regime geral? É que esse artigo dispõe a um só tempo não apenas sobre clareza da informação, como também acerca da necessidade de a informação ser adequada. Trata-se de dois aspectos importantíssimos que não se encontram presentes conjuntamente em nenhum dos outros dispositivos anteriormente citados. O art. 31 aproxima-se desses aspectos ao mencionar a respeito da

¹⁹¹ Cf. KHOURI, Paulo R. Roque A. Cláusulas gerais, boa-fé, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica. In: CARVALHO, Jorge Morais (coord.). *I Congresso de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 41 e ss.

¹⁹² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 233.

clareza e da necessidade de informar sobre os riscos do produto ou serviço, mas não dispõe sobre a necessidade de a informação ser adequada.

Conforme se verá adiante, para além da clareza, a informação precisa ser adequada aos interesses primariamente tutelados, caso contrário, o fornecedor não cumprirá com o dever que lhe é imposto. Esse dispositivo do art. 6.º, III, funcionária, então, como uma espécie de dispositivo-mãe do direito à informação do consumidor. Os outros dispositivos que tratam do direito à informação, que remetem à proteção da saúde/segurança, à proteção pré-contratual do consumidor, ou à própria redação dos contratos, conforme se abordará adiante, acabam por reforçar as premissas desse regime geral. Pode-se dizer que o legislador estabelece um conteúdo mínimo da informação sobre produtos e serviços que deve conter: especificação sobre quantidade, preço e tributos incidentes. Esses dados não propiciam muitas discussões quanto a seu cumprimento, pois são definidos de forma bem objetiva pelo legislador. Entretanto, outros dados impostos pelo legislador já não gozam da mesma objetividade. São informações sobre qualidade, composição, características e riscos que apresentem. O que propriamente sobre qualidade e composição do produto deve ser notificado? Quais características realmente devem ser informadas? Por fim, todo e qualquer tipo de risco do produto ou serviço deve ser cientificado? As respostas a essas questões têm desafiado a doutrina e os tribunais.

Para Jörg Neuner, essas indagações reportam aos deveres de informação que estão entre os mais complexos, intensivos e discutidos temas de todo o direito privado.¹⁹³ Se a doutrina reconhece que não se deve buscar a “utopia de um prospecto para cada produto”,¹⁹⁴ os Tribunais frequentemente são chamados a solucionar controvérsias sobre o que deve ser informado e chega-se a sustentar, inclusive, na interpretação do citado dispositivo, o mito da informação completa: “no direito do consumidor não é válida a meia informação ou a informação incompleta”.¹⁹⁵ Judith Martins-Costa mostra-se contrária a esse mito da informação completa e cita como exemplo do absurdo gerado por ele a obrigatoriedade imposta por alguns

¹⁹³ NEUNER, Jörg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). Tradução Gunnar Nilsson. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, n. 3, p. 1551, out./dez. 2015.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. São Paulo: Almedina, 2005. p. 117.

¹⁹⁵ STJ, EREsp 1.515.895, Rel. Min. Humberto Martins.

julgados de as instituições financeiras informarem ao consumidor seu saldo devedor, quando o próprio interessado poderia fazê-lo sem qualquer dificuldade.¹⁹⁶ O CDC, de fato, exige a informação completa sobre o produto ou serviço ou apenas alguns dados essenciais sobre eles? A resposta a essa indagação passa pela correta aplicação do inciso III do art. 6.º que determina que a informação seja clara e adequada.

No sentido do que aqui está sendo proposto, tem-se que o regime geral tem sua matriz no art. 6.º, III, do CDC, do qual emergem dois requisitos para o cumprimento do direito à informação: um de ordem *formal*, que é a *clareza*; e o outro de ordem *material*, que se refere à adequação da informação. Em síntese a *clareza* volta-se para a forma da disponibilização da informação e a *adequação* para o seu conteúdo. Os outros dispositivos aqui mencionados atuam de forma complementar a esse dispositivo matriz do art. 6.º, III, do CDC. A seguir, buscar-se-á identificar quais elementos integram cada um desses requisitos.

4.2 DOS ELEMENTOS QUE DEVEM INTEGRAR OS REQUISITOS DA CLAREZA E DA ADEQUAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Não existe uma unanimidade na doutrina acerca dos elementos indicados para o cumprimento do direito à informação dentro do que se convencionou denominar de *regime geral*. Na linha defendida por Joaquim de Sousa Ribeiro, “da exigência de transparência resulta um conjunto diversificado de deveres procedimentais [...] e tem fundamentalmente a ver com a quantidade e a qualidade da informação [...]”.¹⁹⁷ Tomasevicius alerta que é preciso critérios para saber quais “características das informações devem ser transmitidas”.¹⁹⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo entende que o direito à informação comporta a satisfação de três elementos: adequação, suficiência e veracidade.¹⁹⁹ A adequação diz respeito “aos meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo”; a suficiência relaciona-se com “a completude e integralidade da

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 588.

¹⁹⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 141, 2002.

¹⁹⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

¹⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 196, jan./mar. 2001.

informação”; e a veracidade corresponde às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. Paulo Mota Pinto, ao analisar os deveres de informação no comércio eletrônico e contratos a distância, identificou quatro elementos: “[...] devem ser fornecidas informações essenciais (essencialidade), a informação deve ser compreensível (compreensibilidade); deve ser acessível aos clientes (acessibilidade); e a informação deve ser fornecida atempadamente (tempestividade)”.²⁰⁰ Aqui, a questão não é da redação do contrato em si ou das mensagens, propostas etc., e sim propriamente sobre seu acesso. A informação tem de chegar fácil e previamente ao destinatário da proteção para que seja efetiva. Não basta que ela seja clara (compreensível); é preciso que o consumidor a ela tenha fácil acesso previamente à decisão de contratar ou não, à manipulação de um produto com risco à saúde e à segurança, bem como anteriormente à própria execução do contrato. No entanto, a informação pode não chegar mesmo fácil ao consumidor e (ou) aderente, seja porque o consumidor não teve acesso aos termos do contrato, que nem sequer lhe foi entregue antecipadamente, seja porque esteja localizada, v.g., em um *site* eletrônico em que o consumidor não consiga localizá-la facilmente como se estivesse de certa forma escondida.

Nesse sentido, ao contrário do que sustenta Paulo Mota Pinto, a tempestividade da informação não é algo que difere da acessibilidade; a informação só pode ser considerada acessível, se ela foi disponibilizada ao destinatário da proteção anteriormente às situações, que têm aptidão para expor qualquer dos interesses primariamente tutelados. A disponibilização tardia da informação significa sua inacessibilidade anterior. Assim, a acessibilidade revela-se na disponibilização fácil e tempestiva da informação. De qualquer forma, não se vislumbra que a *acessibilidade* possa ser identificada como um requisito autônomo do direito à informação. O fornecedor deve se atentar para a *acessibilidade* e a própria *tempestividade* da informação, porém esses dois aspectos estão compreendidos no próprio requisito da *clareza*, pois este não terá sido cumprido para o consumidor, que não foi informado de modo correto, inclusive quanto à acessibilidade, ou o foi tardiamente.

²⁰⁰ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 197, 2003.

Gustavo Ordoqui Castilla também aponta a clareza como requisito do direito à informação. Para ele²⁰¹ além da clareza, são requisitos do dever de informar: (i) a veracidade; (ii) a suficiência no sentido de que a informação deve ser importante para o consentimento do consumidor; (iii) e ser completa. A suficiência de que falam Paulo Luiz Netto Lôbo e Gustavo Ordoqui Castilla parece ser a própria essencialidade indicada como requisito por Paulo Mota Pinto. Na visão desses autores, a essencialidade e a suficiência referem-se ao objeto ou ao conteúdo da informação. Trata-se propriamente do que deve ser informado. A essencialidade (suficiência) tem aptidão para se apresentar como requisito autônomo separado da adequação? Observa-se que é Paulo Luiz Netto Lôbo quem fala da *adequação* da informação como requisito autônomo. A *adequação*, como colocado anteriormente, é citada em vários dispositivos relativos ao direito à informação e parece o grande problema a resolver sobre o que deva ser informado. Evidente que, ao identificar o conteúdo do que deva ser informado, estar-se-á falando na informação que é essencial, filtrando-se o conteúdo que não o seja. Em outras palavras, com a adequação e/ou essencialidade, está-se verificando se o conteúdo das informações disponibilizadas revela-se adequado à tutela dos interesses protegidos.

4.2.1 O REQUISITO DA CLAREZA

A *clareza* emerge como requisito natural do direito à informação. Como defende Tomasevicius, “a transparência é um modo de informar que se caracteriza pela clareza”.²⁰² Agora, o que dizer dos requisitos da *informação completa e verdadeira* apontados por Ordoqui Castilla? Por outro lado, a compreensibilidade já pode atuar como requisito autônomo, como se dissesse algo diferente da clareza?²⁰³ A compreensibilidade é que permite aferir se a informação ou o conjunto de informações é suficientemente claro. Uma informação que não é compreensível não pode ser clara, ou seja, a compreensibilidade constitui elemento da própria

²⁰¹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Deber de informacion. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 44-77, abr./jun. 2000.

²⁰² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

²⁰³ Cf. PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 197, 2003

clareza. Para Nelcina Marzagão, sem compreensibilidade não há que falar em *clareza*.²⁰⁴ A *clareza* (compreensibilidade) revela-se não apenas no redigir das cláusulas e outras mensagens do contrato, em recursos a linguagens fechadas cheias de termos técnicos, mas também em sua redação e conferências verbais na própria língua do destinatário da proteção. Outrossim, não se observa que a *veracidade* tenha aptidão para configurar como requisito autônomo; naturalmente, ela vai estar inserida na *clareza*. Não se concebe como uma informação seja considerada *clara*, se não é verdadeira. Emerge também naturalmente o elemento da acessibilidade de que fala Paulo Mota Pinto. Uma informação inacessível é um obstáculo intransponível ao cumprimento do requisito da *clareza*. Nesse sentido, o cumprimento da *clareza* como requisito autônomo importa em avaliação dos seguintes elementos: (i) *compreensibilidade* (ii) *acessibilidade*; (iii) *veracidade*. A falta de qualquer desses elementos demonstra forte indício do descumprimento do requisito formal da *clareza* da informação.

A *clareza* existe onde sua presença fecha os espaços da dúvida, da confusão, da obscuridade. O sujeito tutelado pode, inclusive, não concordar com o conteúdo da informação, mas ele, pela forma como é transmitida, não deve ter dúvida do que a informação significa. Se existe uma informação que deva ser transmitida ao sujeito tutelado, ela precisa ser clara. A *clareza* se obtém pela *compreensibilidade*, desprezando-se toda linguagem técnica, fechada e traduzindo-a para o leigo de maneira que ele tenha condições de entender o que está sendo informado. Por conta da *compreensibilidade*, conforme se exporá adiante, pode ser necessário, além da transmissão objetiva da informação, que o fornecedor seja obrigado a dar conselhos, recomendações ou fazer advertências aos consumidores sobre o consumo de produtos e serviços.

Nas relações de consumo, o profissional sabe que está se relacionando com um leigo. Nesse sentido, a informação de um dado técnico precisa ser traduzida para o consumidor atento à sua compreensibilidade. Se para obter a compreensibilidade do destinatário da proteção for necessário recorrer a exemplos, tal conduta deverá ser adotada. É por conta também do elemento da *compreensibilidade* que o fornecedor, como se verá adiante, deverá

²⁰⁴ MARZAGÃO, Nelcina C. De O. Tropardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 180.

aplicar uma intensidade informativa maior, recorrendo à emissão de *conselhos e advertências/recomendação*, sobretudo quando o interesse tutelado for a saúde ou a segurança dos consumidores.

A clareza importa também que a transmissão da informação se dê no idioma do destinatário da proteção. Além da importância de transmitir a informação no idioma do sujeito tutelado, tem-se exigido um particular cuidado com o tamanho das letras com que são elaborados os contratos. A jurisprudência tem se mostrado atenta a esse recurso por parte dos fornecedores e predisponentes violadores do direito à informação. Nesse particular, o CDC brasileiro foi posteriormente modificado, alterando a redação do § 3.º do art. 54²⁰⁵ para impor que os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Como afirmado anteriormente, a clareza não se revela apenas na forma da redação das cláusulas ou em qualquer transmissão de informação ao sujeito tutelado, mas também com relação ao meio utilizado para transmitir a informação (*acessibilidade*). Nesse sentido, *v.g.*, se o consumidor é cego, a informação não satisfaz o requisito da clareza, caso ele seja informado por escrito, como o consumidor sem deficiência visual; ou ainda se o consumidor é brasileiro e o contrato é disponibilizado somente na língua inglesa. Nas duas situações, embora haja a transmissão formal da informação, ela deixa de ser clara em razão de sua inacessibilidade.

De igual modo, a *veracidade* da informação configura elemento essencial da clareza. A veracidade da informação envolve, naturalmente, a divulgação de dados que possam ter suporte científico, em sintonia com o *estado da arte da ciência* no momento em que o produto ou serviço é colocado em circulação. Não pode ser clara uma informação que traz um conteúdo falso ou informação que não reúne qualquer condição de demonstrar sua veracidade nos termos aqui apresentados. Ao dispor sobre a publicidade enganosa e abusiva, o CDC impõe no art. 38 ao fornecedor: o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou

²⁰⁵ Redação dada pela Lei 11.785, de 22 de setembro de 2008.

comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Os arts. 66²⁰⁶ e 67²⁰⁷ do Código igualmente tipificam como crime o simples fato de o fornecedor fazer publicidade com dados falsos sobre os produtos e serviços. Aqui, conforme defende Judith MartinsCosta, o dever quanto à veracidade do que é informar não decorre em si da boa-fé objetiva, mas da própria boa-fé subjetiva.²⁰⁸

4.2.2 O REQUISITO DA ADEQUAÇÃO

A *clareza* por si só é suficiente para indicar ao intérprete o cumprimento do dever de informação? Todas as informações apresentadas aos consumidores podem ser claras (compreensíveis) e ainda o fornecedor continuar em falta com o dever de informação. Com o recurso apenas ao requisito formal da *clareza* com todos os seus três elementos (compreensibilidade, acessibilidade e veracidade), apesar disso não se conseguem avaliar outras questões relevantes afetas ao direito à informação, pois continuaria sem resposta uma importante questão: a do conteúdo da informação, ou seja, que informação deve ser realmente prestada? A *clareza* diz respeito apenas à forma do cumprimento do dever de informar, não a seu conteúdo em si; o que, enfim, o fornecedor deve informar? Nesse contexto, apresenta-se o requisito material da *adequação* da informação.

Agora, o que deveria ser informado para identificar se *adequação* da informação está ou não sendo cumprida? Nesse sentido, devem ser identificados, da mesma forma que ocorre no requisito da *clareza*, quais elementos devem estar presentes no conteúdo da informação para certificar-se de sua adequação. A essencialidade e a suficiência da informação, se não têm aptidão para atuarem como requisitos autônomos, poderiam ser acionadas como elementos importantes do requisito material da *adequação*? A *essencialidade* de que fala Paulo Mota Pinto seria a própria suficiência apontada por Paulo Luiz Netto Lôbo e Gustavo Ordoqui

²⁰⁶ “Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. § 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.) § 2.º Se o crime é culposo: Pena – Detenção de um a seis meses ou multa. Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.”

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 593.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 594.

Castilla? A *suficiência* diz respeito ao que é necessário ser informado, enquanto a *essencialidade* se relaciona com o que é fundamental ser informado. Para Tomasevicius, é essencial a informação que “faz diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor não soubesse da mesma”.²⁰⁹ Portanto, somente a partir da verificação do que é essencial ser informado, o intérprete tem condições de avaliar se a informação prestada foi realmente suficiente à tutela dos interesses protegidos. Quando se fala seja da *suficiência*, seja da *essencialidade*, é porque parte-se da premissa básica de que o fornecedor não está obrigado a informar sobre tudo, ou seja, há informações que obrigatoriamente ele deve prestar inicialmente e há outras que ele não está obrigado a prestá-las. À medida que a *clareza* importa numa avaliação formal do direito à informação, a *suficiência* e a *essencialidade* necessitam de uma avaliação qualitativa, material, mesmo das informações fornecidas. *Suficiência*, por outro lado, não se refere à obrigatoriedade de disponibilização da informação *completa*, como propõe Ordoqui Castilla; é de informação *necessária* que se trata. Como sustenta Judith Martins-Costa, a *informação completa* é praticamente um *mito*, porque acabaria obrigando o fornecedor a informar acerca de tudo relacionado ao produto ou serviço sem selecionar as informações realmente essenciais à proteção dos interesses tutelados do consumidor. O debate doutrinário em torno do excesso de *informação* exposto no item 4.3 a seguir corrobora essa conclusão.

É fato, entretanto, que o CDC em nenhum dos artigos que regula o direito à informação recorre à expressão “informação essencial” nem a “informação suficiente”. O termo mais utilizado é o da informação adequada. O que seria, então, uma informação adequada? Aqui, avalia-se se as informações prestadas são adequadas à proteção dos interesses tutelados. Nesse sentido, está-se falando também do cumprimento material do direito. Logo, na linha de sistematização proposta por este trabalho, tem-se que a adequação da informação emerge como requisito material autônomo que engloba dois elementos: (i) a essencialidade; e (ii) a suficiência. Em outras palavras, para identificar se a informação é adequada, tem-se que avaliar primeiro quais as informações essenciais à tutela dos interesses protegidos no caso

²⁰⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

concreto, para, em seguida, identificar se as informações fornecidas são suficientes à proteção dos interesses tutelados.

4.3 O EXCESSO DE INFORMAÇÃO COMO DESCUMPRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Em *Too Much Information*, Cass Sunstein, professor da Universidade de Harvard, que dirigiu o Escritório Federal de Informações e Assuntos Regulatórios durante o primeiro mandato de Barack Obama, depois de passar quase toda a sua gestão determinando o que as empresas deveriam informar aos consumidores, dez anos depois fez sua *mea culpa* e chegou à conclusão de que há informações demais, criando uma confusão no mercado:

Minha resposta proposta é simples, talvez enganosamente assim: quando a informação melhoraria significativamente a vida das pessoas [...]. Infelizmente, algumas informações não melhoram a vida das pessoas de forma alguma. Não melhora suas decisões, e não as torna mais felizes. Às vezes é inútil. Às vezes isso os torna miseráveis. Às vezes piora suas decisões.²¹⁰

O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Menezes Cordeiro, manifesta opinião semelhante:

[...] a densidade informativa é de tal ordem que o consumidor atento nem deve prestar atenção, sob pena de não atinar com o essencial [...] A informação em excesso é nociva: acaba por esconder os pontos delicados, habituando os consumidores a não atinar no que façam.²¹¹

A pesquisa de campo realizada aponta que 6,2% dos consumidores consideram que as informações que recebem os fornecedores são excessivas.

A doutrina, de forma praticamente unânime, tem apontado o *excesso de informações* como incompatível com o direito à informação do consumidor: “o excesso de informação mata a própria informação”.²¹² Portanto, uma conclusão emerge naturalmente: se o excesso é descumprimento, o fornecedor não está obrigado a informar todos os aspectos do produto ou serviço. Citando a experiência europeia, Stefan Grundmann elogia as diretrizes vinculadas ao

²¹⁰ Tradução livre. SUNSTEIN, Cass R. *Too much information*. Understanding what you don't want to know. Cambridge: The MIT Press, 2020. *E-book*.

²¹¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. O direito a não informação. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 9, p. 45-50, 2015.

²¹² LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação. In: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Almedina, 2012. p. 335-368.

direito à informação mesmo no plano regulamentar, que poderia se tornar excessiva e contraproducente, “pois regras (de informação) mais rigorosas também podem trazer consigo perdas para os atentos, talvez até para os menos abastados”.²¹³ Embora critique o *excesso de informação*, a doutrina pouco avançou em sua identificação, bem como no que deva ser realmente informado ao consumidor. Nas relações tuteladas pelo direito à informação, o excesso de informação pode constituir um problema semelhante à própria ausência de informação. Para António Pinto Monteiro, “[...] a informação excessiva ou desproporcionada pode constituir, ela própria, a violação do dever de informar”.²¹⁴

Em uma relação entre dois profissionais, ainda que haja eventual excesso informativo, tal não será em si um problema relevante, uma vez que as partes, por conta de suas condições subjetivas, estão em uma melhor posição para processá-las, analisá-las, selecionar as principais em relação às menos importantes e chegar às conclusões necessárias. Particularmente, nas relações de consumo, a despeito de o fornecedor ter adotado uma conduta positiva, o excesso transforma-se em obstáculo quando, ao invés de esclarecer, o ato de *informar* acaba por confundir, criar mais incertezas, exatamente porque o destinatário desse volume indiscriminado de informações é um leigo, um não profissional, que o ordenamento protege como vulnerável. Nesse contexto, ao receber uma grande quantidade de informações, o destinatário da proteção perde qualquer capacidade de processá-las adequadamente e separar os dados relevantes dos não relevantes.²¹⁵ A doutrina tem assim alertado:

Para se atingir um nível de qualidade da informação satisfatório será importante que a informação seja clara, simples, legível e inteligível, depurada dos artifícios linguísticos excessivos, de fórmulas pseudotécnicas, da terminologia hermética e específica, de longas listas das condições gerais, mas que omitem ou ocultam a informação essencial [...].²¹⁶

²¹³ GRUNDMANN, Stefan. A proteção funcional do consumidor. Novos modelos de consumidor à luz das teorias recentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 101, p. 17-42, set./out. 2015.

²¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, edição especial, v. 1, p. 229, 1998.

²¹⁵ Cf. MARZAGÃO, Nelcina C. De O. Tropardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 204: “A limitada racionalidade humana faz com que a transferência de um grande volume de informação ao consumidor importe no descumprimento do dever de informar por parte do fornecedor, pois este é incapaz de receber e processar muitos dados”.

²¹⁶ TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos riscos e deveres de informação nas declarações negociais para o consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 53, 1992.

Se o objetivo é racionalizar o processo de decisão, a informação excessiva confunde, obscurece a análise, alimentando uma irracionalidade decisória. Com a informação excessiva, o fornecedor igualmente comprometerá o direito de escolha do consumidor. O excesso de informação enfraquece o poder de escolha do consumidor.²¹⁷

Tanto o é que o legislador não diz que devam ser disponibilizadas todas as informações. Conforme defendido aqui, devem ser fornecidas aquelas informações compatíveis e necessárias à tutela da liberdade de escolha, da saúde e segurança dos destinatários da proteção. É um obstáculo à transparência pretendida a disponibilização, sem qualquer critério, de toda e qualquer informação. Alcides Tomasetti Jr. chega a qualificar tal informação de “defeituosa”.²¹⁸

Dependendo do produto ou serviço envolvido, o destinatário da proteção pode dispor de pouquíssimo tempo para decidir e celebrar ou não o contrato. Nesse sentido, a pesquisa de campo apontou que cerca de 15% dos consumidores deixaram claro que não liam nada sobre a contratação porque *tinham urgência em ter acesso ao produto ou serviço*. Há, entretanto, contratações que propiciam um tempo maior para tomar conhecimento do objeto a ser contratado e decidir. São situações que o profissional não desconhece e deve, conforme as circunstâncias da contratação, criar um ambiente de maior clareza possível ao pretense contratante. Esse ambiente de maior clareza é incompatível com informações excessivas, desconexas, em que o “dado fundamental para a informação do consumidor não vem claramente identificado ou ressaltado”.²¹⁹Entretanto, não obstante a doutrina seja praticamente unânime em apontar o excesso de informação como obstáculo à transparência, avançou-se pouco em como se deve diagnosticar uma situação de informação excessiva, a fim de que ela seja tratada com os mesmos efeitos jurídicos da conduta negativa da ausência de informação.

Ao contrário da conduta negativa consistente na omissão da informação, o excesso, em razão da conduta positiva, cria a aparência no destinatário da proteção de que está sendo

²¹⁷ MARZAGÃO, Nelcina C. De O. Tropicardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 204-205.

²¹⁸ TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos riscos e deveres de informação nas declarações negociais para o consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 53, 1992.

²¹⁹ Cf. *Ibid.*, p. 90.

garantido seu direito na medida em que o fornecedor ou o predisponente não se negam a lhe dar a informação, pelo contrário, oferecem-lhe em abundância. Quando então a quantidade de informação fornecida passa a se constituir obstáculo ao cumprimento do próprio direito? A identificação do excesso de informação não tem condições de ser diagnosticada apenas com o maior ou menor volume de informações. Impõe-se inicialmente para tal identificar, no caso concreto, qual o interesse tutelado com o direito à informação. Se outras informações são transmitidas, sem que os dados essenciais sejam disponibilizados, ter-se-á o excesso de informação, que nenhum benefício prestará ao destinatário da proteção. Outra situação de informação excessiva pode ocorrer não com a omissão dos dados relevantes, mas com sua transmissão de forma desconexa e aleatória com outras informações, que pouco ou nada contribuem para a proteção do interesse tutelado, conforme o caso, seja para a proteção da liberdade de escolha, seja para a proteção da saúde e da segurança.

Como se vê, o excesso revela-se não só na quantidade de informações desnecessárias que o destinatário da proteção recebe quando não precisaria ou nem sequer as solicitou. O cumprimento do direito à informação avalia-se, ao contrário, pela sua qualidade, a qual deve estar relacionada às informações que realmente o destinatário da proteção precisa para garantir o exercício de sua liberdade de escolha ou sua saúde e segurança, conforme o caso. Nesse contexto, insere-se a *adequação da informação* como limite objetivo ao dever de informar do fornecedor: “o consumidor é informado com um excesso de dados que neutralizam sua capacidade de compreensão. Isso apresenta o problema da informação pertinente e o *standard* exigível”.²²⁰ Em síntese, só se terá condições de aferir o problema do excesso de informação a partir da identificação primeira do que realmente deva ser informado. Conforme já se expôs aqui, há dois regimes do direito à informação: (i) um geral, com requisitos comuns, aplicáveis a todas as relações tuteladas pelo direito à informação; e (ii) outro especial, que trata de relações ou contratos específicos, em que, além dos requisitos do regime geral, o legislador buscou indicar de forma taxativa o conteúdo do direito à informação. Se no regime especial torna-se mais objetiva a identificação do excesso de informação, essa tarefa exige um pouco mais de esforço quando se trata de excesso de informação nas relações sujeitas unicamente

²²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 517-518.

ao regime geral. O fato é que, ainda que em menor medida, o excesso de informação pode contaminar tanto as relações sujeitas ao regime especial como, em maior medida, as relações sujeitas unicamente ao regime geral. Seja como for, o consenso doutrinário em torno do *excesso de informação* como descumprimento do dever de informar deixa claro que há limites do direito à informação e, nesse sentido, a resposta ao que deva ser informado ao consumidor deve necessariamente ser encontrada nos interesses primariamente tutelados.

4.4 O REQUISITO MATERIAL DA ADEQUAÇÃO DA INFORMAÇÃO COMO PRINCIPAL PROBLEMA A RESOLVER

Se o excesso constitui violação ao direito à informação e se o fornecedor não é obrigado a dar informação completa sobre todos os detalhes do produto ou serviço, que informação então o fornecedor deve prestar ao consumidor? Em outras palavras, qual informação será considerada *adequada*? Nesse sentido, a pesquisa apontou uma insatisfação substancial dos consumidores com as informações recebidas, pois, para 52,2%, elas são *insuficientes*, sendo suficientes apenas para pouco mais de 30%. A informação precisa não só se apresentar formalmente *clara*, mas também *adequada*. O resultado desses elementos é o que importa para avaliar se o conjunto de informação disponibilizado nesse verdadeiro processo de comunicação envolvendo o fornecedor e o consumidor resultou *adequado* à tutela dos legítimos interesses do destinatário da proteção. Entretanto, como avaliar a *adequação* da informação? Como anotado anteriormente, a doutrina fala em vários elementos da informação, mas acaba não avançando sobre o que venha ser a informação *adequada*. Verifica-se que essa indagação crucial somente tem condição de ser resolvida dialogando melhor com os fins propostos pelo direito à informação.

4.4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTAL

Para resolver o problema da adequação, é preciso indagar se seria o direito à informação um fim em si mesmo, como o é o direito à liberdade contratual, à justiça etc. Chegou-se a defender que “a tarefa do dever de informar sob o ponto de vista geral é

simplesmente ampliar o conhecimento do devedor”.²²¹ A doutrina chega a sustentar²²² que há situações, no mercado, em que o fornecimento da informação seria o próprio fim do contrato. Citam-se quatro exemplos em que a informação não seria instrumental: (i) o contrato para fornecimento de diagnóstico entre o paciente e o médico; (ii) os contratos de consultoria cujo objeto seja simplesmente o fornecimento de informações; (iii) o dever de prestar contas ao mandante pelo mandatário; e (iv) o fornecimento de informações sobre a alteração no risco do seguro. Todas essas circunstâncias indicadas não conseguem deixar no vácuo a seguinte questão: as informações contratadas não servirão a qualquer finalidade para o interessado, além de receber as informações? No primeiro caso, do paciente e o médico, parece evidente que a finalidade perseguida é a proteção à saúde; no segundo cenário, o credor da informação só a contrata porque ela lhe será útil, seja na decisão sobre celebrar ou não um contrato, gerenciar melhor seus negócios etc.; no terceiro exemplo do mandatário, o interesse não está na proteção dos interesses econômicos do mandante? Por fim, no caso do seguro, fica evidente que informações acerca da alteração do risco visam a proteger o interesse econômico tanto do segurador como do segurado. Não se consegue identificar no mercado de consumo, e mesmo na seara empresarial, um direito à informação de origem legal ou contratual que não seja instrumental. Se o contrário, bastaria que o fornecedor se limitasse a *despejar* no consumidor toda sorte de informações ou conhecimento sem nenhuma preocupação prévia para além de “informar”. Nesse domínio, a doutrina pouco avançou, limitando-se, não raro, a um superdimensionamento desse direito, sem, entretanto, promover um maior diálogo com os fins propostos pelo direito à informação. A rigor, há nesse direito uma forte função instrumental. Ele nunca é chamado a atuar para resolver problemas da informação em si, mas para ajudar na proteção de outros bens da vida. Joaquim de Sousa Ribeiro aponta nessa direção e se posiciona em sintonia com Judith

Martins-Costa ao afirmar que “o direito à informação não se justifica em si, não é um direito subjetivo ‘absoluto’ e bastante em si mesmo [...]”.²²³

²²¹ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 1990. p. 125.

²²² Nesse sentido: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

²²³ LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco*. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 301.

Na seara das relações de consumo, o dever de informação, por si só, garante uma relação equilibrada? Carlos Ferreira de Almeida aponta no sentido de que a *proteção do equilíbrio do contrato* é também um dos objetivos do direito à informação outorgado ao consumidor,²²⁴ ou seja, o fim visado na seara contratual é o equilíbrio do pacto, mas a informação em si não significa esse *equilíbrio*. Joaquim de Sousa Ribeiro sustenta que o dever de informação “não garante um resultado contratual justo”.²²⁵ É fato que o dever de informação, uma vez cumprido, deixa o ambiente das relações de consumo inegavelmente mais transparente. Entretanto, seria exigir muito do dever de informação que ele por si só resolvesse o problema do desequilíbrio e da injustiça contratual.

Em princípio, é importante observar o que ocorre no domínio exclusivo das cláusulas abusivas. Quando o legislador estabelece uma norma determinando a abusividade de uma cláusula, ele está dizendo que aquele conteúdo descrito na norma não pode ser contratado. Para a doutrina majoritária, o legislador está cuidando diretamente do equilíbrio contratual. Vê-se que é de vedação de conteúdo que se trata. De fato, qual o sentido de o legislador determinar uma cláusula como *abusiva*, se não for para garantir pelo menos o equilíbrio contratual? Parece mesmo que a busca de um contrato minimamente equilibrado é objetivo que motiva o legislador a realizar essa intervenção, uma vez que o fato de o fornecedor redigir uma cláusula abusiva com toda a clareza ou cumprindo em toda a extensão o dever de uma informação sobre tal nenhum efeito terá sobre o conteúdo da cláusula, que continuará abusiva para todos os efeitos legais.

Entretanto, no domínio do direito à informação, ainda quando deva ser cumprido na fase pré-contratual ou contratual em si da celebração, não é de conteúdo que se trata. Outrossim, não se pode dizer que uma relação de consumo em que todo dever de informação foi cumprido rigorosamente como determina o legislador tem a aptidão de garantir que o contrato que dali emergiu é minimamente equilibrado. Portanto, a informação em si não é objeto da relação de consumo, seja contratual ou não. A relação não se exaure com o

²²⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: conceitos, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 199. “Para o autor além da busca do equilíbrio, outro objetivo a obtenção de um consentimento racional e esclarecido.”

²²⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 54.

disponibilizar da informação *clara e adequada*. Veja-se nesse sentido o caso de o consumidor estar interessado na aquisição de um imóvel para sua residência. Ante tal interesse, ele passa a contatar fornecedores de imóveis, que lhe transmitem de forma clara informações sobre o preço do imóvel, tamanho, localização, condições de pagamento etc. De posse desses elementos, ele faz as devidas comparações e ao final decide qual imóvel adquirir. Observa-se que, independentemente da decisão, pela contratação ou não, a informação atuou no sentido de proteger a liberdade de escolha do consumidor, não garantindo que esta seja justa ou injusta. Tem-se então que o direito à informação do consumidor não é um fim em si mesmo. Ela, de per si, não é objeto de nenhuma relação de consumo, ou, como sustenta Joaquim de Sousa Ribeiro, ela desempenha uma “função instrumental”. A disponibilidade da informação, em alguma medida, está ajudando o consumidor a proteger alguns bens essenciais que o dever de informação busca tutelar, como a liberdade de escolha no exemplo citado. Contudo, recebida a informação, esta pode ser instrumento que fortaleça o consumidor no exercício da liberdade de escolha, celebrando ou não o contrato, ou a proteção à sua saúde, segurança etc.

Na doutrina brasileira, Bruno Miragem foi o primeiro a associar a função instrumental do direito à informação com o *problema da adequação*: “o significado de *adequação* remete ao de *finalidade*. Ou seja, será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com essas”.²²⁶ O problema da adequação da informação só pode ser resolvido dialogando-se com a função instrumental desse direito. Em outras palavras, é preciso identificar, *a priori*, o interesse ou os interesses que o direito à informação visa a proteger dentro do regime geral aqui investigado.

Ainda sem buscar um limite para o direito à informação, a doutrina majoritariamente²²⁷ tem associado o direito à informação à tutela de dois interesses dos consumidores: a proteção da liberdade de escolha e a proteção da vida, saúde e segurança. A doutrina portuguesa relaciona também um terceiro interesse protegido pelo direito à informação: a proteção do

²²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

²²⁷ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 597; MIRAGEM, op cit., p. 123; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 327.

interesse econômico/contratual do consumidor no contrato já celebrado.²²⁸ Não obstante esse reconhecimento da natureza instrumental do direito à informação, inclusive com a identificação dos interesses por ele tutelados, não se avançou no sentido de identificar quais *interesses* são fundamentais para averiguar a *adequação* da informação no caso concreto.

²²⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos*: estudos. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 85.

5 OS INTERESSES PRIMARIAMENTE TUTELADOS PELO DIREITO À INFORMAÇÃO

A partir da constatação da natureza *instrumental* do direito à informação, no domínio do objeto desta investigação, há de avaliar que interesses dos consumidores e dos aderentes se busca tutelar com a utilização do direito à informação. A informação ou conjunto de informações, como dados da realidade que são divulgados aos consumidores e aderentes, só deve ter relevância jurídica na medida em que atua na proteção dos interesses que o legislador propõe tutelar. Na verdade, o fornecedor não tem como prescindir de selecionar as informações que sejam relevantes para estabelecimento do processo comunicativo com o consumidor visando à compreensibilidade. Como anota Menezes Cordeiro, “há que atentar nas realidades. A propósito de cada negócio, existem dois ou três aspetos a sublinhar. Cabe ao vendedor, em nome da boa-fé, chamar a atenção para eles”.²²⁹

A partir da identificação dos interesses que devam ser tutelados, o intérprete fica em uma posição mais confortável para buscar respostas a uma série de questionamentos que naturalmente emergem acerca do cumprimento ou não do direito à informação. Em princípio, tem-se que o direito à informação não se contenta com a quantidade de informações e, muitas vezes, com o ato formal de repassar dados; ao revés, a preocupação estará sempre na qualidade dessa informação.

Como avaliar a qualidade dessa informação? Parece evidente que a identificação dessa qualidade estará sempre associada aos fins buscados pelo legislador com a outorga do direito à informação. O próprio Cass Sunstein, a despeito de criticar a excessiva imposição de deveres de informação ao fornecedor, concorda que “a informação [...] permite que as pessoas façam escolhas melhores – por exemplo, sobre sua saúde, seu tempo ou suas finanças”.²³⁰ O intérprete só terá condições de avaliar se a informação é ou não *adequada*, se deveria ou não ter sido fornecida, levando-se em conta o interesse tutelado. Se assim não se fizer, corre-se o risco de avaliar o cumprimento do direito pela quantidade de informação fornecida, deixando-se de lado sua qualidade. Essa avaliação será também prejudicada ou viciada, se se

²²⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio. O Direito a não informação. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 9, p. 45-50, 2015. p. 45-50.

²³⁰ Tradução livre. SUNSTEIN, Cass R. *Too much information*. [S.l.]: MIT Press, 2020. Edição do Kindle. p. 190.

considerar o repassar formal de um conjunto de informações, sem que o destinatário da proteção tenha condições de dar-lhe qualquer utilidade prática.

Na grande maioria das situações, em que o legislador outorga um direito à informação, *a priori*, verifica-se que esse direito está vinculado à proteção de interesses materiais e imateriais dos sujeitos tutelados. Dos dispositivos que tratam direta ou indiretamente do direito à informação no CDC emergem três interesses básicos que o legislador está buscando proteger por meio da outorga do direito à informação, quais sejam a proteção pré-contratual da liberdade de escolha, a proteção à saúde e segurança e a proteção contratual. A *proteção à saúde e segurança*, via direito à informação, revela-se de forma flagrante nos arts. 8.º, 9.º, 12 e 14, seja garantindo o direito à informação com relação aos riscos do produto ou serviço introduzido no mercado, seja sancionando o fornecedor pelo seu descumprimento, quando, em concreto, causa danos àqueles bens imateriais do consumidor (a saúde e a segurança). A proteção pré-contratual à *liberdade de escolha*, via direito à informação, revela-se igualmente flagrante quando o legislador, ao regular, nas seções II e III do CDC, a forma como devem ocorrer a *oferta* e a *publicidade*, respectivamente. Vê-se nos arts. 30, 31, 36 e 37 que um dos principais instrumentos a que o legislador recorre para proteger o ambiente pré-aquisição de produtos ou serviços, ou pré-contratual, é exatamente a imposição ao fornecedor de ser o máximo transparente possível nessa fase via fornecimento de informações ao consumidor, a fim de evitar que sua escolha ou decisão quanto à celebração do contrato dê-se em um ambiente sem acesso do consumidor às informações claras e adequadas de que precisa.

Tal propósito do legislador viu-se, inclusive, reiterado agora com a recente reforma do CDC ao tratar do superendividamento, pois a prevenção (do superendividamento), conforme será exposto, ocorrerá essencialmente via direito à informação. Inicialmente, a garantia da liberdade de escolha emerge naturalmente como grande preocupação do legislador na proteção dos interesses, sobretudo econômicos ou de bens materiais daquele destinatário. Por fim, verifica-se uma forte preocupação do legislador em assegurar o direito à informação do consumidor já no momento em que decide pela contratação, deixando de ser alguém meramente exposto ao ambiente pré-contratual, via publicidade e oferta, e passando a ser de fato um contratante, ou, nos termos do art. 2.º do CDC, o *destinatário final* do produto ou

serviço, motivo pelo qual o Código disciplina a disponibilidade da íntegra do contrato com todas as cláusulas ao consumidor à forma de redação das cláusulas contratuais.

Mais recentemente, o legislador, tanto na reforma do CDC, com relação à proteção contra o superendividamento, quanto na *lei do distrato*²³¹ estabeleceu a necessidade de que o fornecedor apresente, no momento anterior à contratação, um *resumo do contrato*, contendo, em destaque, os principais direitos e obrigações dos consumidores. Uma vez que o contrato tenha sido celebrado, é importante garantir que o destinatário da proteção que essa transparência continue, seja na forma de clareza na redação das cláusulas, seja realçando aquelas fundamentais para a proteção de seus interesses econômicos no contrato. A proteção contratual, via direito à informação, dos interesses econômicos do consumidor emerge das preocupações contidas no art. 46 e nos §§ 3.º e 4.º do art. 54 do CDC. O acesso prévio à minuta contratual, bem como o modo claro e o destaque como devem ser redigidas as cláusulas limitativas de direitos, visam a permitir ao consumidor, que já celebrou o contrato, um maior controle sobre sua execução, não devendo o contrato ser redigido de forma a deixar obscuras tanto as obrigações quanto os direitos do consumidor. Não raro, pode ocorrer que em uma mesma situação haja vários interesses tutelados a merecerem a atenção do direito à informação.

É o caso do consumidor quando se submete a um tratamento de saúde realizando pagamento por este. Nesse domínio, o direito à informação deverá atuar na fase précontratual para a proteção de sua liberdade de escolha; no contrato celebrado em si, por meio da redação das cláusulas e condições; bem como o próprio interesse na proteção da vida, devendo, portanto, ser informado acerca dos riscos que o tratamento apresenta para sua própria saúde. Portanto, impõe-se a necessidade de o intérprete identificar inicialmente quais interesses se apresentam no caso concreto. A partir de então, ele tem condições de identificar quais informações precisariam ser fornecidas ao destinatário da proteção e quais seriam dispensáveis.

Os dispositivos *supra*, ao salientarem a proteção dos três interesses referidos, estão na verdade em absoluta sintonia com o *caput* do art. 4.º do CDC, quando estabelece como

²³¹ Lei 14181 de 1º de julho de 2021 (superendividamento); e Lei 13786 de 21 de junho de 2019 (*distrato*).

objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, na perspectiva do consumidor, a proteção de dois interesses: (i) a proteção da saúde e da segurança; (ii) a proteção de seus interesses econômicos. A proteção da *liberdade de escolha* e do *interesse na execução do contrato*, na verdade, manifestam-se como desdobramentos da proteção dos interesses patrimoniais e/ou econômicos do consumidor.

Ao proteger esses três interesses referidos, o legislador acaba, por consequência, via direito à informação, atuando na prevenção de danos ao consumidor. Ordoqui Castilla,²³² inclusive, coloca a *prevenção de danos* como um dos objetivos do direito à informação, uma vez que a informação clara e adequada ao consumidor vai permitir que ele proteja seus interesses materiais, como o são a liberdade de escolha e o interesse na execução do contrato, prevenindo danos materiais, bem como, além dos danos materiais, possa impedir danos imateriais, como pode ocorrer quando o interesse envolvido é diretamente a saúde e a segurança do consumidor. Tanto é verdade que a responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, regulada nos arts. 12 e 14 do CDC, de forma expressa trata do *defeito de informação* como uma das condições que autorizam a responsabilização civil objetiva dos fornecedores. Entretanto, a prevenção de dano em si não é objetivo primário do direito à informação; na verdade, é um interesse que deriva diretamente dos demais. Assim, quando se fala de proteção desses três interesses, automaticamente, está-se referindo à prevenção de danos nessas esferas, que podem ocorrer, caso o direito à informação seja violado. Por essa razão, no domínio deste trabalho, não será abordada diretamente a prevenção de danos como interesse imediatamente tutelado, não tratando da responsabilidade civil por violação do direito de informação.

5.1 DA INTENSIDADE QUANTO AO DEVER DE INFORMAR. ENTRE SIMPLEMENTE INFORMAR, ESCLARECER E ACONSELHAR

Há situações em que o direito à informação do consumidor exige uma intensidade maior? A doutrina e a jurisprudência têm respondido afirmativamente essa questão, sobretudo quando o produto ou serviço pode colocar em risco a saúde e a segurança do consumidor.

²³² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Deber de informacion. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 44-77, abr./jun. 2000

Entretanto, como se daria essa maior intensidade? Na perspectiva do fornecedor, Jorge Sinde Monteiro sistematizou os deveres informativos com relação ao consumidor a partir de diferentes graus de intensidade. Ele elencou quatro deveres informativos, conforme a intensidade: (i) *dever de informação em sentido estrito*; (ii) *dever de esclarecimento*; (iii) *dever de conselho*; e (iv) *dever de recomendação*. O *dever de informação em sentido estrito* traduz-se na transmissão objetiva dos dados e fatos. Por sua vez, o *dever de esclarecimento* envolve a transmissão da informação de forma objetiva, adicionada de uma conduta mais cooperativa do fornecedor no sentido de deixar a informação didaticamente ainda mais clara para o consumidor. O *dever de conselho* é mais que simplesmente informar e esclarecer, importa na emissão de um juízo de valor ou de uma opinião do fornecedor recomendando determinadas condutas ao consumidor. Por fim, o *dever de recomendação* traduz-se mais que a emissão de um juízo de valor manifestado em um *conselho*, importa, nas palavras de Sinde Monteiro, em uma “exortação mais forte à adoção de determinada conduta”.²³³

Esse grau de intensidade, conforme Judith Martins-Costa,²³⁴ leva em conta a *poliformia* do direito à informação, pois as circunstâncias do fornecimento do produto ou serviço, a própria natureza, o interesse tutelado em si, podem conduzir à necessidades de informações mais intensas ou menos intensas. No cenário das relações de consumo, observa-se que, inicialmente, o legislador impôs a todos os fornecedores, independentemente da natureza dos bens, o *dever de informação em sentido estrito*. A transmissão da informação nessa intensidade será suficiente todas as vezes que o interesse do consumidor no fornecimento de bens ou serviços não trazer qualquer risco para sua saúde ou sua segurança.

Logo, a transmissão objetiva da informação, obedecendo aos requisitos da clareza e adequação, conforme salientado no item anterior, importa em cumprimento daquele direito. Quanto ao *dever de esclarecimento*, em um primeiro momento, tem-se que, considerando que o fornecedor cumpre com a transmissão da informação em sentido estrito, este deve se mostrar cooperativo com o consumidor ante as demandas informativas complementares, que possam

²³³ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade civil por conselhos e informações*. [S. l.]: Almedina, 1989. p. 17.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 578-579.

surgir, posteriores ou concomitantes à aquisição do produto ou serviço. O dever de esclarecimento, conforme detalhar-se-á adiante, implica um dever derivado ou complementar de informação do fornecedor, independentemente do interesse tutelado, no sentido de cooperar com o consumidor com o intuito de afastar dúvidas atinentes a quaisquer aspectos do produto ou serviço.

Quando se fala no *dever de conselho*, ele deve estar presente todas as vezes que o consumo do produto ou serviço tiver a aptidão de trazer riscos à saúde e à segurança do consumidor. Por essa razão, é muito comum nos termos de consentimento informado, na área médica, o profissional informar em sentido estrito acerca do procedimento, dos benefícios esperados para o tratamento e do aconselhamento quanto à conduta do paciente no pós-operatório. Nas situações que não envolvam riscos à saúde e segurança do consumidor, nada impede que este peça orientações ao fornecedor. No entanto, ele não está obrigado a dar conselhos, emitir juízos de valor, com o simples ato de fornecimento de produto ou serviço. Até porque, conforme adiante será exposto, não se pode olvidar que, nas relações contratuais entre o fornecedor e o consumidor, a contraposição de interesses é da natureza negocial e tal pode levar a que, com a emissão obrigatória de juízo de valor, na forma de conselhos para aquisição do bem ou serviço, o consumidor acabe sendo induzido a contratações que, na prática, não lhe trarão qualquer benefício. Já a *recomendação* importa na obrigatoriedade da advertência, numa imposição mesmo no sentido de alertar o consumidor sobre a periculosidade do consumo de determinado produto ou serviço. Exemplo típico dessas recomendações ou advertências encontra-se hoje nos rótulos de produtos como tabaco, bebidas alcoólicas e itens alimentícios.

Ao referir-se expressamente à publicidade de produtos e serviços que possam colocar em risco a saúde e a segurança das pessoas como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, o § 4.º do art. 220 da Constituição deixa claro que o fornecedor deve obrigatoriamente fazer advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Ao regulamentar o citado dispositivo constitucional, a Lei 9.294/1996, na redação do § 2.º do art. 3.º,²³⁵ inclusive, deixa claro que esse dever informativo deve reproduzir “as frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa”.

Ainda que a advertência, nos casos desses produtos e serviços, deva limitar-se à reprodução das frases previamente estudadas e pesquisadas pelos órgãos técnicos do Ministério da Saúde, fica evidente que, no direito brasileiro, a recomendação (na forma de advertência), como dever informativo, é imposta ao fornecedor como maneira de maximizar a compreensão do consumidor sobre os riscos a que este está sujeito ao consumir determinados produtos ou serviços. A recente Resolução da ANVISA 429/2020, conforme se tratará no item 6.1.1, também adota a advertência como dever informativo ao determinar ao fornecedor que aponte os sinais relacionados ao perigo do consumo daqueles produtos para a saúde.

Além desses produtos indicados no art. 220 da CF, o dever de advertência/recomendação e de conselho pode ser exigido com relação a outros produtos e serviços não listados na Lei 9.294/1996? O STJ vem respondendo afirmativamente a essa indagação. O Tribunal tem lastreado seu entendimento na parte final do art. 31 que atua complementarmente ao regime geral do art. 6.º, III, ao especificar que esses riscos são os que se apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. São essas informações sobre riscos à saúde e a segurança que, segundo a jurisprudência, devem ser transmitidas com recomendações ou advertências expressas sobre seu uso.

No julgamento do REsp 586.316/MG,²³⁶ o STJ compreendeu que o fornecedor estava obrigado a complementar a informação em sentido estrito presente nos rótulos dos produtos alimentícios “contém glúten”, com a advertência de que “o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca”. Aliás, segundo o referido julgado, todas as vezes que o CDC fala em informação sobre risco do produto ou serviço, deve ser entendido que essa informação precisa ser apresentada sob a forma de advertência. Os arts. 9.º e 31 dispõem

²³⁵ “§ 2.º A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.190-34, de 2001.)”

²³⁶ STJ, 2.ª Turma, REsp. 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.04.2007.

expressamente acerca de informação *ostensiva* em virtude da existência de riscos para a saúde e segurança.²³⁷ Se a informação, no caso de produtos e serviços que têm aptidão de colocar em risco a saúde e a segurança dos consumidores, fosse transmitida de maneira meramente descritiva, sem qualquer juízo de valor, por parte do profissional, a compreensibilidade sobre seu sentido e alcance poderia resultar falha, exatamente porque o receptor dessa informação é um não profissional, um leigo, motivo pelo qual, tratando-se de um risco envolvendo interesses tão essenciais (é da proteção da própria vida que se trata) para qualquer pessoa, importa que a informação para obter uma compreensibilidade mais ampla necessita de uma intensidade informativa maior, como é o caso da advertência.

Entretanto, quando o interesse tutelado não tem relação com a proteção à saúde ou à segurança dos consumidores, a própria doutrina vê com reservas essa obrigatoriedade do fornecedor de emitir juízos de valor sobre a aquisição de produtos e serviços. Conforme se abordará adiante, há uma legítima contraposição de interesses patrimoniais entre o consumidor e o fornecedor. Portanto, obrigar o fornecedor a transmitir conselhos e advertências aos consumidores em todas as situações, além da natural desconfiança entre as partes, poder-se-iam legitimar conselhos, recomendações e advertências que atendem muito mais aos interesses econômicos dos fornecedores do que propriamente aos dos consumidores, além de transformarem o fornecedor, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, em uma espécie de assistente social do consumidor, se tivesse que aconselhar sobre a oportunidade e vantagem do contrato.²³⁸

Nesse sentido, o dever informativo, adicionado de opiniões ou juízo de valor do fornecedor, somente deve ser exigido excepcionalmente, quando, conforme defendido aqui, estiver em causa um interesse de maior valor, como é o caso da saúde e segurança dos consumidores, motivo pelo qual esse dever de conselho, advertência/recomendação é

²³⁷ Essa relação direta entre informação, na forma de advertência, e sobre o risco do produto ou serviço vem de forma expressa em um trecho do acórdão, quando desdobra os aspectos do dever de informação constantes do artigo 31 do CDC: “11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).”

²³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 128, abr./jun. 1996.

excepcional, e não ordinário. No entanto, em virtude da contraposição de interesses e para evitar que, por qualquer motivo, o consumidor seja induzido a decisões de consumo equivocadas ou que satisfaçam mais ao interesse do fornecedor do que propriamente do consumidor, esses conselhos, recomendações e advertências devem ser respaldados cientificamente, no sentido de satisfazerem não só o elemento da compreensibilidade, mas também o da veracidade das informações.

5.1.1 DEVER COMPLEMENTAR DE ESCLARECIMENTO E O DEVER DE AUTOINFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

Como debatido anteriormente, inclusive com o apontamento doutrinário de Atalá Correia, Judith Martins-Costa, Antonio Junqueira de Azevedo e Tomasevicius, o fornecedor não deve ser obrigado a informar questões sobre as quais no dia a dia o consumidor, por si próprio, tem condições de se informar, ou seja, há uma

[...] desnecessidade de informar o que a outra parte já sabe ou deveria saber [...] não se pode impor um dever de informar, quando a própria parte tinha plenas condições de ter suprido seu déficit informacional, obtendo as informações relevantes para a formação do seu consentimento, já que toda e qualquer pessoa tem o ônus de se informar.²³⁹

Trata-se, na essência, de informações sobre produtos e serviços que já pertencem ao senso comum. Evidente que esse senso comum tem como referência os conhecimentos e informações de um *consumidor médio* daquele produto e serviço. Como advertido anteriormente, embora o direito à informação cumprido em série, ou seja, transmitido para a massa de consumidores, a adoção dessa referência (do *consumidor médio*), não tenha como ser negada, o fato é que chegar ao perfil mediano desse agente econômico, conforme debatido no início relevante deste trabalho, não é tarefa das mais fáceis. Na dúvida sobre se a informação é ou não de conhecimento da massa dos consumidores, o fornecedor deve divulgá-la, sobretudo quando os produtos e serviços envolvem riscos à saúde e segurança dos consumidores. É nesse sentido que o dever complementar de esclarecimento ganha mais

²³⁹ Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

relevância, ou seja, o fornecedor deve estar sempre aberto a responder às demandas informativas dos consumidores, na proteção de seus legítimos interesses.

Nos itens anteriores, o dever de informação é tratado numa perspectiva ativa do fornecedor, ou seja, é ele quem deve tomar a iniciativa de prestar as informações ao consumidor que sejam adequadas à proteção dos interesses juridicamente tutelados, quais sejam a liberdade de escolha, a saúde e segurança e o interesse econômico na execução do contrato. Conforme exposto anteriormente, tal obrigação do fornecedor, estende-se, inclusive, durante a execução do contrato ou além da própria extinção do vínculo contratual, sempre que o fornecedor dispuser de informações relativas a novos fatos que não sejam de conhecimento do consumidor e que sejam relevantes para a proteção de seus interesses.

Portanto, a identificação dos interesses primariamente tutelados assegura um norte ao fornecedor, selecionando exatamente as informações que, no processo comunicativo, sejam adequadas à tutela dos interesses tutelados no caso concreto. Se assim não fosse, o fornecedor estaria sempre obrigado a transmitir ao consumidor um volume excessivo de informações que, conforme debatido aqui, mais contribuiriam para confundi-lo do que propriamente esclarecê-lo.

Nesse sentido, pergunta-se se existe a obrigatoriedade de o fornecedor transmitir informações a partir de uma provocação do consumidor. Sinde Monteiro, sem atentar-se a qualquer particularidade das relações de consumo, sempre respondeu negativamente a essa possibilidade.²⁴⁰ Por sua vez, Carneiro da Frada²⁴¹ entende que, mesmo nas relações sujeitas ao Código Civil, essa negativa seria incompatível com a aplicação do princípio da boa-fé. Na perspectiva desenhada pelo regime geral do direito à informação nas relações de consumo, que não prescinde da aplicação subsidiária da boa-fé, não há como afastar esse dever de esclarecimento complementar ou adicional do fornecedor, ou seja, ainda que o fornecedor, em um primeiro momento, não esteja obrigado a voluntariamente prestar informações além daquelas que cumprem objetivamente os requisitos legais da clareza e adequação, uma vez

²⁴⁰ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade civil por conselhos e informações*. [S. l.]: Almedina, 1989. p. 38: “[...] uma parte, mesmo que solicitada, não está normalmente obrigada a fornecer dados à contraparte...”.

²⁴¹ FRADA, Manual Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2004. p. 473.

provocado pelo consumidor, por qualquer meio, inclusive via contato pessoal ou virtual, ele não poderia se negar a prestar o esclarecimento solicitado que tenha relação direta com o fornecimento do produto ou serviço. O dever de esclarecimento, conforme salientado aqui, revela-se complementarmente na disponibilidade de informações que ajudam a reforçar a compreensibilidade. Esse dever, aliás, é importantíssimo para corrigir eventuais ruídos na comunicação de consumidores que eventualmente estejam, sobretudo, em um patamar abaixo do perfil médio considerado pelos fornecedores ao selecionar o modo de divulgação da informação e seu próprio conteúdo. Tal pode ocorrer, *v.g.*, em face de um consumidor que tenha um nível educacional abaixo da média ou que, por qualquer motivo, tenha muito mais dificuldades que a média em geral de compreender as informações que lhe foram transmitidas. Não se tratando, em regra, de dever primário, a necessidade de esclarecimento surge, então, *a posteriori* ou simultaneamente à aquisição do produto ou serviço, no sentido de esclarecer dúvidas específicas ou mesmo individualizadas dos receptores das informações em sentido estrito. Portanto, ajudam muito nessa complementariedade das informações o contato pessoal com os profissionais ou os serviços 0800 patrocinados pelos fornecedores.

Esse dever adicional de esclarecimento pode ser acionado também sem que haja provocação do consumidor, conforme dito anteriormente, sempre que o fornecedor dispuser de informações relativas a novos fatos que não sejam de conhecimento do consumidor e que sejam relevantes para a proteção de seus interesses. Não é outro o sentido do disposto no § 1.º do art. 10 do CDC ao determinar que o “fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”. Na verdade, em sintonia com o que defende Carneiro da Frada, esse dever acessório de esclarecimento tem sua razão no dever acessório de cooperação, que atua, inclusive, nas relações negociais tuteladas pelo Código Civil e pela boa-fé. Com muito mais razão, então, esse dever de esclarecimento deve ser colocado em prática nas relações de consumo, ante o traço marcante da vulnerabilidade do consumidor.

Com exceção de aspectos protegidos pelo sigilo legal e profissional, o fornecedor, uma vez provocado, não pode se furtar a dar as informações solicitadas pelo consumidor que

tenham relação direta com o produto ou serviço. A omissão, o silêncio ou a falta de clareza no fornecimento dessas informações solicitadas sujeitam o fornecedor às mesmas sanções previstas quanto ao descumprimento desse dever em sua perspectiva ativa. Logo, o dever de esclarecimento, por decorrer, em grande medida, de provocação dos consumidores, somente resultaria em responsabilização dos fornecedores ante a inércia destes em prestar esclarecimentos adicionais ou se o fez de forma errônea, *v.g.*, na transmissão de informações não verídicas.

5.2 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL, PRINCIPALMENTE DAS CONTRATAÇÕES DE ADESÃO, VIA DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

A liberdade de escolha integra uma espécie de consenso em torno do direito à informação. No art. 6.º, II, do CDC, ao dispor sobre a educação e divulgação de produtos e serviços, o direito à informação é associado à *liberdade de escolha do consumidor*.²⁴² Tutelar a *liberdade de escolha* no mercado de consumo, em que as contratações são majoritariamente de adesão, é um problema com o qual a doutrina sempre se preocupou, chegando em determinado momento, inclusive, a negar-lhe (ao contrato de adesão) a natureza contratual. De fato, essa liberdade resulta relativizada pela adesão dos consumidores a propostas contratuais e, sobretudo, agora, contemporaneamente, com os contratos por meio totalmente eletrônico. Se a doutrina superou a desconfiança do caráter contratual desse modo de contratação, continua presente, entretanto, a negação ao consumidor/aderente de influir no conteúdo das cláusulas contratuais. É o que a doutrina denomina de “cláusulas elaboradas unilateralmente pelo fornecedor”.²⁴³

Das três liberdades de contratar referidas pela doutrina de Caio Mário da Silva Pereira²⁴⁴ (liberdade de contratar ou não, liberdade de escolher com quem contratar e liberdade de fixar o conteúdo das cláusulas do contrato), ao aderente restaria, quase sempre,

²⁴² “Art. 6.º, II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.”

²⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 287.

²⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. III, p. 20-21.

a primeira liberdade, qual seja, a de contratar ou não, de *aderir* ou não. Para Canaris, nas contratações de adesão, essa restrição ao exercício da liberdade contratual, como liberdade jurídica, importa que “uma parte impõe de forma unilateral as condições do contrato, e a outra parte, em regra, não tem uma oportunidade efectiva de influenciar o seu conteúdo”.²⁴⁵

Nas contratações de adesão, em que haja ou não a configuração de uma relação de consumo, a falta da liberdade de discussão do conteúdo contratual acaba por dar ao predisponente o poder de regulação do interesse contratual do aderente. Nesse contexto, importa garantir ao aderente que ao menos possa estar em melhores condições antes de aderir ou prestar seu consentimento. Essa “melhor condição” passa pela maneira como as cláusulas estão redigidas, deixando bem claro e compreensível para o aderente o real alcance e efeito de todas as cláusulas a que ele se vinculará, caso decida pela contratação. Na verdade, via redação das cláusulas contratuais, o aderente passa a ter condições de se informar sobre todos os dados relevantes do futuro contrato.

Além de estar aderindo a uma pré-elaboração pela outra parte da regulação de seus interesses, a forma como as cláusulas estão redigidas pode dificultar seu grau de compreensão sobre todos os efeitos patrimoniais da contratação; se essas cláusulas estiverem redigidas de modo a permitir sua compreensão, ele (o aderente), ainda que não tenha condições de modificar o conteúdo das cláusulas, estará em melhores condições para decidir. O legislador vai buscar resgatar minimamente essa liberdade com a outorga do direito à informação em favor não só dos aderentes no mercado de consumo, por conta do traço marcante da vulnerabilidade. De posse da informação necessária, ao destinatário da proteção “se posibilita así que lá decisión que eventualmente pueda tomar no este ‘viciada’ por falta de datos, o por su carácter falso o sesgado”.²⁴⁶

A fase pré-contratual é o ambiente próprio para o exercício da liberdade *de escolha* pelo consumidor e o CDC deixa bem clara essa preocupação ao regular a oferta e a publicidade. A propósito da importância da informação nessa fase que antecede a celebração

²⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 63.

²⁴⁶ ROSILLO FAIRÉN, Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 2010. p. 47.

do contrato, Atalá Correia sintetiza bem o que a doutrina maciçamente sempre defendeu: “uma contratação livre pressupõe uma parte que saiba, ou pelo menos tenha capacidade de saber, diante de quais possibilidades de conduta ele se encontra”.²⁴⁷ Entretanto, conforme se tem realçado desde o início deste trabalho, todo esforço do fornecedor em transmitir a informação só se tornará efetivo, dentro do chamado processo comunicacional, se o consumidor tiver uma postura ativa e se dispuser a processar as mensagens recebidas, seja na minuta contratual, publicidade, oferta etc. Infelizmente, conforme revelado na pesquisa, cerca de 40% dos consumidores confessam que não leem as mensagens, seja porque *contratos são difíceis de entender*, seja porque as informações não são transmitidas de forma *simples*. O objetivo do fornecedor no ambiente pré-contratual é sempre levar o consumidor a adquirir seu produto ou serviço, celebrando o contrato. Antes, porém, de dar seu consentimento, de exercer a liberdade de escolha, o legislador impõe que sejam fornecidas ao consumidor as informações para que possa decidir minimamente informado.²⁴⁸

A obrigatoriedade de divulgação prévia à aquisição do produto ou a celebração do contrato sobre preço, quantidade, prazos de validade estão vinculados a essa preocupação de assegurar o exercício da liberdade de escolha pelo consumidor, não no escuro, mas com um mínimo de informação que possa ajudá-lo em sua decisão: “no campo negocial, os agentes econômicos tomam diuturnamente decisões e riscos diversos [...] o contrato é o meio pelo qual as partes instrumentalizam uma operação econômica, formalizando-a em busca de segurança”.²⁴⁹ A publicidade e a oferta são institutos que atuam no ambiente précontratual, voltado para atrair o consumidor final à celebração do contrato; é esse instrumento jurídico que

²⁴⁷ CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, 2011. p. 17.

²⁴⁸ “A fase que antecede o contrato é de facto decisiva para ambas as partes na relação de consumo. O profissional põe em prática a estratégia comercial que elaborou para levar o consumidor a adquirir o bem ou o serviço. O seu objetivo é o de angariar e fidelizar o maior número possível de clientes, nem que para tanto tenha que lançar mão de certas técnicas de persuasão que podem tornar-se perigosas e agressivas para os consumidores, e, por isso, terem repercussões negativas sobre o mercado. O consumidor, por seu turno, ainda não prestou o seu consentimento, necessitando para o fazer de estar devidamente esclarecido e dotado de todas as informações possíveis para poder negociar os termos do contrato e, por fim, decidir” LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação. *In: LIBER Amicorum* Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Almedina, 2012. p. 335-368.

²⁴⁹ CORREIA, Atalá. Limitação de indenização por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 1-17, maio/ago. 2021. Disponível em: www.responsabilidadecivil.iberc-iberc. Acesso em: 10 set. 2021.

materializa a circulação do produto ou serviço. Os arts. 30 e 31 do CDC,²⁵⁰ ao regularem a oferta e a publicidade, impõem não só que toda informação constante da oferta promovida pelos fornecedores é plenamente vinculativa, como também estabelece, com relação à oferta de produtos e serviços no mercado, a necessidade de assegurar informações prévias ao consumidor sobre suas “características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

Aqui não se protege a liberdade de escolha sempre com a disponibilização prévia do conteúdo ou a minuta do contrato a ser celebrado. Há relações contratuais em que nem sempre há o contrato escrito. Portanto, na própria pesquisa, 25% dos consumidores dizem que nem sempre *foi necessário assinar qualquer contrato*, ou ainda como responderam cerca de 15% dos consumidores: não leram porque *tinham urgência em ter acesso ao produto ou serviço* não foi necessário assinar nenhum contrato. É o caso das vendas a varejo e do fornecimento de serviços praticados em grande escala no mercado. O consumidor vai a um supermercado, a uma loja, a um restaurante etc. e, nesses casos, não lhe é entregue previamente a minuta de um contrato para celebrar. São as chamadas *situações contratuais de fato*,²⁵¹ as quais, na melhor doutrina de Menezes Cordeiro, manifestam-se cotidianamente na “possibilidade de constituição de relação jurídica do tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”.

Entretanto, as informações essenciais de que precisa para o exercício de sua liberdade de escolha devem ser acessíveis à tomada de decisão; no restaurante, ele precisa previamente ter acesso ao cardápio com os preços; na loja, a disponibilização prévia do preço do produto. O mercado, em geral, cumpre com o direito à informação disponibilizando, de forma

²⁵⁰ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 555.

bem acessível e clara, a quantidade, o preço do produto ou serviço ao consumidor, informações básicas sobre qualidade e, com relação a produtos alimentícios, dados sobre sua composição, origem e quantidade calórica. No entanto, pode o consumidor necessitar de outras informações para decidir e o fornecedor não pode se furtar a dá-las. Contudo, nesse caso, o fornecedor deixa de ser o sujeito ativo da informação e passa a ser o agente passivo, pois depende do tipo de demanda específica do consumidor para disponibilizar a informação, conforme será tratado no subitem 5.1.1.

Há situações, todavia, em que a simples disponibilização prévia das informações sobre preço, quantidade, composição etc. não protege a liberdade de escolha. Para decidir, o consumidor precisa muito mais do que saber o preço; são, no geral, contratações que guardam um grau maior de complexidade. Nesse sentido, toda minuta do contrato ou a proposta do contrato tem de obedecer às seguintes condições: ser redigida de forma clara e disponibilizada ao consumidor previamente à contratação, conforme dispõe o art. 46 do CDC.²⁵² De posse dessa minuta, o que se busca é que ele tenha condições de avaliar se essa contratação proposta atende ou não a satisfação da finalidade que ele visa com aquele contrato, e o que lhe foi anunciado na publicidade ou oferta está assegurado nas cláusulas contratuais.

Ao lhe serem asseguradas pela informação melhores condições de exercer a decisão de contratar, espera-se que o destinatário da proteção avalie, em princípio, todos os seus interesses de ordem puramente econômica, como preço, cláusulas penais etc., como questões que atendem ou não a suas necessidades imateriais de toda natureza. No entanto, essa informação para assegurar a tutela da liberdade de escolha pode não ser revelada tão espontaneamente nas relações em virtude de variados obstáculos, inclusive resistências do próprio consumidor, o que será tratado mais adiante, ou ainda decorra da própria rapidez da inovação tecnológica de produtos e serviços. Nesse sentido, qualquer que seja a circunstância, esse direito à informação deve ser cumprido pelo fornecedor, dentro dos limites aqui defendidos. A autonomia da vontade, como autorregulação das partes de interesses patrimoniais disponíveis, tem passado por toda sorte de modificações e relativizações. A

²⁵² “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

crescente intervenção do legislador no domínio da autonomia da vontade, retirando-lhe espaços antes ocupados quase que exclusivamente pela sua autorregulação, além de preocupações com a ordem pública em si, resulta da grande dificuldade de autoproteção de uma das partes. A proteção legal aos aderentes e aos consumidores reflete toda essa preocupação. Tivessem esses destinatários da proteção legal condições efetivas de autotutela, a intervenção teria muito pouco sentido.

Essa dificuldade da autotutela advém essencialmente do déficit de liberdade de uma das partes. Nas relações contratuais em geral, conforme enfatizado aqui esse déficit, em desfavor dos aderentes, manifesta-se, sobretudo, nos desequilíbrios resultantes das contratações de adesão. A causa desse déficit nas contratações de adesão quase sempre estará vinculada à grande disparidade econômica entre os contratantes.

Veja o que ocorre com a informação em um contrato: contrato de compra e venda de imóvel na planta em prestações. Aqui, o intérprete vai avaliar todos os elementos do regime geral (a clareza, a acessibilidade e a essencialidade) para, somente ao final, concluir se a informação foi ou não prestada adequadamente. Em princípio, identificam-se nesse tipo contratual dois interesses primariamente tutelados pelo direito à informação: (i) a liberdade de escolha; vez que como um contrato será celebrado é preciso avaliar se todas as informações essenciais o interesse econômico e, (ii) como se trata de um contrato, cujo objeto será entregue futuramente ao consumidor (e assim o será o pagamento de todo preço) emerge também o interesse tutelado quanto à execução do contrato.

5.3 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA COM A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À PUBLICIDADE

A publicidade é um dos temas que mais tem merecido atenção no âmbito do direito consumerista, especialmente no domínio da proteção pré-contratual, dada a sua intensa e notável influência no comportamento dos consumidores no mercado de consumo, a decisão de adquirir produtos e serviços e sua regulamentação também decorre, naturalmente, da proteção da liberdade de escolha do consumidor. *A priori*, tem-se que a publicidade é uma forma de comunicação, porém não qualquer comunicação, senão uma *comunicação em*

massa,²⁵³ a qual se amolda convenientemente ao mercado de consumo massificado dos dias atuais. A própria etimologia da palavra (do latim *publicus*, “tornar público, publicar de forma geral, vulgarizar, divulgar”)²⁵⁴ revela o caráter genérico e difuso da publicidade, ao contrário de uma comunicação fechada entre indivíduos determinados.

A publicidade, portanto, suscita no público consumidor o *desejo de consumo*, nele criando determinadas expectativas, sendo veiculada com o intuito de levá-lo à efetiva contratação com o fornecedor. Daí a preocupação do legislador em proteger o consumidor em seu processo de decisão ou liberdade de escolha, impondo limites à publicidade. O professor Carlos Ferreira de Almeida aduz que a publicidade opera como “impulso para aquisição de bens de consumo e marca o horizonte da esperança dos compradores”, afirmando, ainda, que, por intermédio da publicidade, os bens são “pré-comprados” pelos consumidores.²⁵⁵ A função precípua da publicidade é persuadir o público consumidor a contratar mediante a veiculação de mensagens publicitárias acerca dos produtos ou serviços.

Cláudia Madaleno assinala que a publicidade possui “ânimo objectivamente promocional” e que constitui “um elemento determinante no aparecimento da formação da vontade contratual”.²⁵⁶ Atalá Correia reforça esse entendimento ao sustentar o “relevante papel da publicidade na formação da vontade do consumidor”.²⁵⁷ Tamanho é seu peso na tomada de decisão dos consumidores que a publicidade, além de uma forma de comunicação em massa que visa atrair o público para o produto ou serviço anunciado, acaba por influenciar o comportamento do consumidor no mercado, criando, modificando, moldando ou substituindo hábitos de consumo.

Se a publicidade encerrar em si apenas informações que dizem respeito às características e/ou qualidades do bem de consumo, estar-se-á diante de uma *publicidade*

²⁵³ MADALENO, Cláudia. Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (org.). *Liber Amicorum Mário Frota*. A causa dos direitos dos consumidores. Lisboa: Almedina, 2012. p. 66.

²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima *et al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 854.

²⁵⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. São Paulo: Almedina, 2005. p. 141.

²⁵⁶ MADALENO, Cláudia. Informação e publicidade: em especial, a publicidade de produtos financeiros. In: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2012.

²⁵⁷ CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 20, 2011.

meramente informativa (publicidade *lato sensu*).²⁵⁸ É o caso do supermercado que anuncia a venda de um dado produto por determinado valor em dinheiro. Apesar de ser meramente informativo, o objetivo principal da publicidade continua não sendo informar, mas sim atrair o consumidor para a compra daquele bem.²⁵⁹ Nesse sentido, autores como Fernanda Neves opõem-se ao reconhecimento de qualquer natureza informativa ao consumidor da publicidade: “é importante não confundir publicidade comercial com informação. A informação constante da publicidade seria parcial enquanto o conteúdo do dever de informar deve ser imparcial [...]”.²⁶⁰

Como é vista a publicidade sob a ótica do fornecedor e do consumidor? Na perspectiva do fornecedor, o objetivo primeiro da publicidade não é o de informar o público, senão atrair o maior número de consumidores para a aquisição dos produtos ou serviços anunciados. Pode o anunciante fornecer informações ao consumidor, no entanto a tal não lhe obriga o legislador.²⁶³ Conforme mencionado anteriormente, as regulamentações acerca da matéria não dizem que a publicidade deve informar; exigem apenas que tudo o que for anunciado seja veraz, verdadeiro.

Na perspectiva do consumidor, o que ele espera exatamente da publicidade, num primeiro momento? Seria propriamente se informar a respeito do produto ou serviço? O consumidor sabe, de antemão, que o principal objetivo da publicidade não é lhe informar, mas atraí-lo para a aquisição do produto ou serviço anunciado, apresentando algumas qualidades de forma destacada. Nesse sentido, a própria doutrina²⁶¹ reconhece que a chamada

²⁵⁸ CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 20, 2011.

²⁵⁹ A publicidade não poderia ser primordialmente concebida como informativa porquanto plenamente admitida hoje a chamada publicidade hiperbólica, na qual o exagero publicitário é aceito dentro da chamada normalidade social. Se a publicidade tivesse essencialmente que informar, o exagero hiperbólico jamais poderia ser aceito.

²⁶⁰ REBELO, Fernanda Neves. Direito à informação na contratação à distância. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (org.). *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2012. p. 127. ²⁶³ Na doutrina, bem aponta Fábio Ulhoa Coelho: “[...] para o direito de tutela dos consumidores vigente no Brasil, o fornecedor, ao veicular qualquer gênero de mensagem publicitária, não está obrigado a prestar nenhuma informação específica sobre o produto ou serviço oferecido à venda. Ele apenas está proibido de induzir os destinatários da mensagem em erro” In *Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor*. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e pareceres sobre livrearbitrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco*. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 169-170.

²⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2013. p. 249.

publicidade hiperbólica, o denominado *puffing* que, comumente, exagera as qualidades do produto ou serviço, por si só, não configura prática ilícita.

Embora a publicidade possa levar o consumidor a tomar conhecimento de produto ou serviço ou, inclusive, de uma promoção, a pesquisa de campo realizada revelou que o consumidor não recorre aos anúncios para obter as informações necessárias para ele decidir. Apenas 1,2% dos consumidores admitiu que se utiliza da publicidade para se informar sobre o que realmente precisa saber antes de se definir pela aquisição de um produto ou serviço. Então, o consumidor não tem uma *autêntica expectativa* de que a publicidade lhe será útil na apresentação da qualidade, do conteúdo e do preço de produtos e serviços de que necessita. Contudo, a publicidade atua na racionalização do tempo que o consumidor gastaria para tomar conhecimento acerca da oferta dos bens de que precisa. É fato que a publicidade, em regra, funciona muito mais como um convite a contratar do que como proposta de contrato. Isso porque, comumente, não se identificam na publicidade elementos informativos essenciais (tais como preço, quantidade, qualidade do produto etc.) para a configuração do anúncio como proposta.

Todavia, na seara do direito do consumidor, as informações verazes contidas na mensagem publicitária, mesmo que não ensejem proposta de contrato, possuem relevância contratual, vinculando o fornecedor. Tal ocorre ante a grande influência da publicidade no comportamento dos consumidores, pois nela são depositadas as legítimas expectativas quanto aos produtos e serviços anunciados.²⁶² Então, nessa perspectiva, ainda que não seja em si uma proposta, aquilo que é anunciado com a apresentação de informações verdadeiras acerca de qualidades sobre um produto ou serviço, ou indicando algum item relativo à sua composição, por exemplo, tem importância contratual.

²⁶² Nesse sentido, Antônio Herman Benjamin explica: “[...] na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas –, que precisam ser protegidas. O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de marketing, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se reconheça valor contratual” GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 217.

Nesse contexto, o professor Carlos Ferreira de Almeida afirma que os consumidores “tomam as suas decisões de compra em função das declarações públicas do fabricante ou vendedor do que em declarações privadas deste”, o que justifica a imposição legal da veracidade da publicidade, de maneira a evitar que o consumidor seja induzido em erro. No Brasil, o art. 30²⁶³ do CDC dita que toda informação publicitária *suficientemente precisa* vincula o fornecedor e faz integrar o contrato que vier a ser celebrado. A publicidade será ilícita quando for enganosa ou abusiva.

Conforme visto no item 2.5 referente à indução em erro, a publicidade será enganosa quando suscetível de induzir em erro o consumidor, independentemente de essa ter sido ou não a intenção do fornecedor. Em regra, o engano advirá de uma informação inteira ou parcialmente falsa contida no anúncio ou da omissão de informação essencial sobre o produto ou serviço promovido. Se o consumidor toma por verdadeira a informação enganosa e adquire o bem anunciado, configura-se, aí, a ilicitude da publicidade. O mesmo ocorre quando é convencido a contratar em virtude de um anúncio que deixa de fornecer alguma informação essencial acerca do produto ou serviço. A informação omitida deve ser aquela que, se tivesse sido conhecida pelo consumidor, teria sido determinante na decisão de não contratar.²⁶⁴ Essa questão, entretanto, merece uma avaliação cuidadosa, pois na publicidade não se exige que o fornecedor informe sobre tudo. Nesse sentido, as omissões de dados relevantes são particularmente consideradas quando são essenciais para a proteção à saúde do consumidor, conforme se verá adiante.

²⁶³ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

²⁶⁴ Quanto à publicidade enganosa por omissão, Antônio Herman Benjamin aponta que, normalmente, existem três tipos de informação a ela associada, sem prejuízo de outras, a saber, (i) adequação (“inexistência de vício de qualidade por inadequação”); (ii) preço; e (iii) segurança. Aduz o autor: “A análise, contudo, é sempre casuística, dependendo do produto e do serviço. Vale citar alguns desses dados que podem adquirir relevância na decisão do consumidor: os riscos, os defeitos, a dificuldade de serviço pós-venda para o produto, o custo elevado de peças de reposição, o fato de o automóvel ter sido utilizado em competições, a não restituição de eventuais depósitos etc.” GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 348.

O CDC trata da publicidade enganosa no art. 37, §§ 1.º e 3.º.²⁶⁵ Em Portugal, a LDC impõe que a publicidade seja lícita (art. 7.º, n.º 4) e garante às associações de consumidores o direito de requerer às autoridades competentes a retirada do mercado de publicidade enganosa ou abusiva (art. 18.º, n.º 1, “f”).

Ponto válido de ressaltar novamente na questão da publicidade enganosa é que o consumidor induzido em erro não necessita recorrer ao sistema de nulidades do Código Civil por vício de consentimento, ou mesmo à responsabilidade civil pela culpa *in contrahendo*, conforme será exposto a seguir. O legislador, propositadamente, criou um atalho para que o consumidor se desvinculasse da obrigação enganosamente contraída sem que tivesse que provar a mácula em seu consentimento. Assim, afiguram-se importantes a vinculação da publicidade²⁶⁶ e a exigência legal de que, se ela apresentar informações, que sejam estas condizentes com a verdade.²⁶⁷

Veja-se, de início, o que dispõe o CDC, em seu art. 37, § 2.º, ao definir a publicidade abusiva como aquela que, entre outras, faz discriminação de qualquer natureza, incita à violência, explora o medo ou a superstição do consumidor. Além disso, será abusiva quando se aproveitar da “deficiência de julgamento e experiência da criança” quando desrespeitar valores ambientais e quando for suscetível de fazer o consumidor adotar um comportamento que lhe seja prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança.

Sendo lícita a publicidade, surge a pergunta: as informações veiculadas na mensagem publicitária resolvem, por si sós, o problema das informações que devem ser fornecidas ao consumidor? Tal vai variar de produto para produto e de serviço para serviço. Dependendo da complexidade dos produtos e serviços, é evidente que a simples peça publicitária não esgotará as informações necessárias ao consumidor. Haverá produtos, entretanto, de baixíssima complexidade, produtos que estão no dia a dia dos consumidores, como os produtos

²⁶⁵ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. [...] § 3.º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

²⁶⁶ Art. 30 do CDC; art. 7.º, n.º 5, da LDC.

²⁶⁷ Art. 31 do CDC; art. 7.º, n.º 4, da LDC, e art. 10.º do Código da Publicidade.

geralmente anunciados por supermercados, em que a simples informação sobre o preço e a qualidade praticamente esgota as informações que o consumidor espera sobre o produto ou serviço. Note-se, todavia, que essas informações, na gôndola do supermercado, seriam complementadas por aquilo que consta do rótulo. Assim, observa-se que, ainda que se trate de produtos de consumo sem qualquer grau de complexidade, em que haja uma grande agilidade de aquisição, é possível que uma informação adicional tenha que existir, por imposição do próprio legislador. Embora relativo a produtos simples, deve-se ter pelo menos um rótulo indicando a composição exata daquele produto, fornecendo detalhes mais específicos sobre ele, como ocorre com a rotulagem obrigatória de produtos alimentícios embalados disciplinada pela Resolução da ANVISA 195 de 09.10.2020.

Com relação aos produtos e serviços mais complexos, pode-se dizer que, na verdade, a publicidade, na perspectiva do consumidor, apenas dá um *start* ao dever de informação. Quanto mais se aproxima do momento da realização do contrato, nessa fase pré-contratual, deve haver um fluxo mais intenso de informações, o que a publicidade, por si só, não consegue satisfazer. Por conseguinte, o legislador vai impor uma série de deveres de informação nessa fase pré-contratual, os quais nada têm a ver com a publicidade, pois não se questionará se o produto ou serviço foi ou não objeto de uma peça publicitária. No caso de um contrato de compra e venda de imóvel na planta, o consumidor terá que receber antecipadamente a minuta do contrato para avaliar as condições contratuais, realizar pesquisas etc., além de solicitar outras informações que entender necessárias.

Assim, nada obstante o relevo da publicidade nos negócios jurídicos de consumo, não se pode perder de vista que ela, sendo lícita e inequivocamente identificável pelo consumidor, não esgota o dever de informação quanto aos dados que trazer sobre o produto ou serviço. Tanto é assim que, no âmbito desta investigação, entende-se que o legislador não impôs ao fornecedor um dever de informação na mensagem publicitária. Apenas determinou que tudo o que for anunciado seja veraz e que, quando se tratar de informação essencial a respeito do produto ou serviço, o consumidor não seja privado de dela tomar conhecimento. Mesmo quando a publicidade tem um viés informativo muito grande, e ela, por si própria, possa ser caracterizada como uma proposta, ainda assim o legislador não dispensa o fornecedor de, no

momento prévio à contratação, fora do âmbito da publicidade, cumprir os deveres específicos de informação.

Assinale-se o caso específico do anúncio de produtos que são vendidos nos supermercados, no qual se tem publicidade com grande caráter informativo. Tal não isenta o fornecedor de apresentar a composição do produto e suas principais características no rótulo, até porque a informação em si é neutral.²⁶⁸ Ao estabelecer deveres de informação, o legislador não se preocupou se aquela informação teria ou não a capacidade de convencer o consumidor a comprar o produto. O fornecedor é obrigado a prestar as informações impostas pela lei porque o legislador entendeu serem elas essenciais aos interesses dos consumidores, os quais, por óbvio, não são os mesmos dos fornecedores. A contraposição de interesses do contrato existe também nesse momento prévio de negociação.

5.4 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA VIA DIREITO DE ARREPENDIMENTO

A liberdade de escolha, como interesse primariamente tutelado pelo direito à informação, tem no prazo de reflexão ou de arrependimento do consumidor importante instrumento, que ajuda a maximizar a proteção. Numa nota doutrinária, Carlos Ferreira de Almeida assinala que o direito de arrependimento é o instituto “mais original” do direito consumerista.²⁶⁹ Não há similar desse instituto em nenhum outro tipo de proteção contratual. Canaris coloca o direito de arrependimento como uma das proteções institucionais da liberdade contratual, com as obrigações de informação, do direito à concorrência e do poder sindical.²⁷⁰

O prazo de reflexão corresponde a determinado período em que o consumidor pode exercer o arrependimento contratual sem que, por via de regra, seja-lhe aplicada qualquer penalidade e, ainda, sem que lhe seja imposta a obrigação de prestar qualquer justificativa acerca dos motivos que o estariam levando a se arrepender do contrato. Esse lapso temporal garantido ao consumidor permite-lhe avaliar o produto ou o serviço adquirido, a fim de decidir

²⁶⁸ MADALENO, Cláudia. Informação e publicidade: em especial, a publicidade de produtos financeiros. In: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2012. p. 67.

²⁶⁹ Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. São Paulo: Almedina, 2005. p. 106.

²⁷⁰ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 49-66.

se com ele permanecerá ou se exercerá o direito de livre resolução do contrato; trata-se de um direito de arrependimento.

Uma questão que logo surge é: haverá no direito de reflexão alguma relação com o direito à informação? Em princípio, verifica-se, no exercício desse direito, entre outros elementos, a procura pela efetivação do direito à informação, sempre no sentido de tentar planificar ao máximo a assimetria informacional entre as partes contratantes. O consumidor utilizaria esse prazo de reflexão para se informar melhor sobre as circunstâncias do contrato, ou seja, acerca do produto ou do serviço e daí efetivar ou não sua decisão de contratar. Ele teria mais condições de fazê-lo porque, pela primeira vez após a celebração do contrato, poderia manusear, sentir fisicamente o objeto contratado, ou ter acesso a seu conteúdo integral, nos casos de produtos digitais. Situação diferente ocorre quando se entabula negócio jurídico de consumo no próprio estabelecimento comercial, haja vista que o consumidor tem a possibilidade de analisar o bem antes de finalizar o contrato, sem mencionar que pode obter pessoalmente informações do fornecedor, do prestador ou de seus representantes, algo que não teria condições de fazer no momento em que está exposto a uma vulnerabilidade maior, contratando a distância. Portanto, esse prazo de reflexão é outorgado para que o consumidor possa se retratar.²⁷¹

No direito brasileiro, o direito de arrependimento está disciplinado no art. 49 do CDC, que dispõe sobre a faculdade de “desistir do contrato” sempre que a contratação se der fora do estabelecimento comercial, “especialmente por telefone ou a domicílio”. As contratações mencionadas são apenas exemplificativas, cabendo ao intérprete analisar o caso concreto e decidir se nele o consumidor possui o direito ao arrependimento. Nesse sentido, a jurisprudência veio consolidando-se no sentido de que as contratações pela internet se consubstanciam em negócios jurídicos de consumo celebrados fora do estabelecimento comercial, por exemplo, pelo que há de aplicar a regra contida no art. 49, bem como a Lei

²⁷¹ “Trata-se de um prazo de reflexão, justificável em virtude da circunstância de que o consumidor que contrata fora do estabelecimento comercial tem, evidentemente, menos condições de avaliação do que estava contratando, sobretudo, se tratar-se de venda por telefone ou na casa do consumidor, pois, em casos que tais, a impotência do consumidor para avaliar o contrato e suas possíveis implicações é ainda maior. A venda feita fora do estabelecimento é nitidamente mais agressiva, e imprime, à relação de consumo um caráter acentuado de desequilíbrio”. ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995. p. 243.

4591/64 da incorporação imobiliária foi modificada para deixar claro o direito do adquirente ao arrependimento quando contrata fora da sede do fornecedor (art. 35^a, VII).

O direito de arrependimento pode ser exercido em sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço.²⁷² Tal direito não é condicionado ou restrito, podendo o consumidor dele se valer sem explicitar suas razões. Também é irrenunciável, logo inderrogável pelos contratantes, sob o risco de exacerbar a vulnerabilidade do consumidor, collocando-o em situação de ainda maior desvantagem.

Ademais, o parágrafo único do dispositivo preconiza que, no caso de o consumidor valer-se do direito de arrependimento no prazo legal, a ele serão devolvidos, de imediato e atualizados, todos os valores eventualmente pagos durante o período de sete dias, inclusive aqueles referentes a despesas com postagem²⁷³ para devolução do bem.²⁷⁴ O Decreto Presidencial 7.962/2013, que regulou a proteção do consumidor nas contratações eletrônicas, tornando mais claro o direito à informação, deixa também mais explícito o direito ao arrependimento nos negócios celebrados virtualmente. Nesse sentido, a fim de tornar efetivo o direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas, o art. 5.º do referido decreto²⁷⁵

²⁷² Atualmente, está em tramitação, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 281, de 2012, que, entre outras questões, visa a dispor sobre o comércio eletrônico. Houve proposta de emenda ao art. 49 para alargar o período de reflexão para 14 dias, porém, apesar de ter sido acolhida num primeiro momento, a emenda foi rejeitada, permanecendo o prazo original de sete dias do CDC.

²⁷³ Nelson Nery Jr. entende que o fornecedor e o consumidor podem estipular cláusulas contratuais “no sentido de carrear as despesas de frete, postagem e demais encargos ao consumidor, no caso de agir este com dolo ou culpa grave”. Por outro lado, assinala que uma cláusula genérica de ressarcimento iria de encontro ao art. 49, porquanto “praticamente, inibe o exercício do direito de arrependimento, tornando-o inoperante” NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 552-553.

²⁷⁴ No julgamento do Recurso Especial 130.604/RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.08.2013), a 2.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou abusiva cláusula contratual que responsabilizava o consumidor pelas despesas com serviço postal quando da devolução de produto durante o período de reflexão. Consoante o voto condutor, despesas dessa natureza não podem ser repassadas ao consumidor, além do que “eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais”.

²⁷⁵ Decreto 7.962/2013, art. 5.º: “O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1.º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2.º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3.º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito

impõe que o fornecedor deve comunicar imediatamente a operadora do cartão de crédito a desistência do consumidor, permitindo o imediato estorno do débito realizado em função da contratação objeto da retratação.

A jurisprudência brasileira tem apontado casos de aplicação do direito de arrependimento a situações que, *a priori*, poderiam não ter sido pensadas como sujeitas a esse instituto, por exemplo, o contrato de financiamento, garantido por alienação fiduciária e celebrado fora do estabelecimento comercial,²⁷⁶ ou o empréstimo consignado contraído pela internet.²⁷⁷ Têm-se, ainda, os contratos de *time-sharing*, ou de multipropriedade, os quais são celebrados em local escolhido pelo fornecedor onde há algum evento ou festividade, com comidas e bebidas que atraem o consumidor e que apelam para seu estado emocional e psicológico, atrapalhando sua manifestação de vontade e levando-o a contratar por impulso, muitas vezes sem compreender de fato todas as cláusulas contratuais às quais está se vinculando. Em casos tais, a jurisprudência é firme no sentido em que se aplica o art. 49 do CDC.²⁷⁸ Questão controversa reside na possibilidade ou não de exercício do direito de arrependimento nas compras de passagens aéreas pela internet. Alguns tribunais sustentam

ou similar, para que: I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4.º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento”.

²⁷⁶ Cita-se o Recurso Especial 930.351/SP, em cujos autos a 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ressaltou a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras (Súmula 297-STJ) e decidiu que: “Após a notificação da instituição financeira, a cláusula de arrependimento, implícita no contrato de financiamento, deve ser interpretada como causa da resolução tácita do contrato, com a consequência de restabelecer as partes ao estado anterior.”

²⁷⁷ O caso concreto é o de uma consumidora que afirmava ter realizado simulação de empréstimo consignado no *site* de uma instituição financeira e que, no dia seguinte, constatou que a quantia do empréstimo havia sido depositada em sua conta, gerando descontos em folha de pagamento. Ao julgar o caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu que: “Independentemente de o empréstimo ter sido ou não contratado por equívoco pela autora, o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor possibilita o prazo de reflexão de 7 (sete) dias, permitindo o arrependimento e desfazimento do negócio jurídico sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio” (TJDFT, 5.ª Turma Cível, Apelação Cível 20120111115148, Rel. Des. João Egmo, j. 04.06.2014).

²⁷⁸ “Caracteriza-se como contratação fora do estabelecimento comercial a celebração de contrato de uso de imóvel em Punta Del Leste durante festa popular em município do interior do estado (Festa do Pêssego). A demonstração do arrependimento, dentro do período de reflexão, pode ser efetivada por qualquer meio de prova, inclusive com os documentos comprobatórios da realização de ligações telefônicas pelo consumidor à empresa fornecedora no dia seguinte à contratação” (TJRS, 1.ª Câmara de Férias Cível, Apelação Cível 599008299, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 04.02.1999). Na doutrina, confira-se: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 878-879.

que inexistem diferenças entre a compra de bilhete aéreo no estabelecimento comercial do fornecedor e a compra realizada *on-line*, pois não haveria dúvidas quanto ao objeto do negócio jurídico e todas as informações estariam disponíveis no *site* da transportadora.²⁷⁹ A ANAC, não obstante reconheça o direito de arrependimento do consumidor nas aquisições pela internet, *reduziu* o prazo para seu exercício. A Resolução 400/2016 da ANAC, em seu art. 11,²⁸⁰ dispôs que esse direito pode ser solicitado somente no prazo máximo de 24 horas após a contratação da viagem aérea e desde que a compra tenha sido realizada com antecedência mínima de sete dias da data do embarque.

Por outro lado, há entendimento no sentido de que o art. 49 do CDC é perfeitamente aplicável às compras de bilhete pela internet, na medida em que a aquisição de passagem aérea pela via eletrônica não se diferencia das demais contratações realizadas no meio virtual, nem sequer havendo distinção legal a esse respeito.²⁸¹

²⁷⁹ “O direito de arrependimento estratificado no artigo 49 da Lei de Consumo, considerando-se sua finalidade, não se coaduna com a fórmula de aquisição de passagens aéreas pela via eletrônica, à medida que as condições do serviço aéreo, além de consignadas na página eletrônica da companhia aérea, são públicas e notórias, e, em se tratando de serviço padronizado e impassível de irradiar qualquer dúvida no momento da sua aquisição, não se afigura consoante a destinação do instituto que seja assegurado prazo para reflexão e arrependimento ao consumidor contratante sem nenhum efeito, notadamente porque ou o consumidor necessita e está disposto a viajar por via aérea, ou não, tornando inteiramente descabido o resguardado de prazo para refletir sobre sua decisão após consumir a contratação do serviço, implicando efeitos comerciais e operacionais à fornecedora” (TJDFT, 1.ª Turma Cível, Apelação Cível 2012.01.1.036089-6, Rel. Des. Teófilo Caetano, j. 02.04.2014).

²⁸⁰ Resolução ANAC 400/2016, art. 11: “O usuário poderá desistir da passagem aérea adquirida, sem qualquer ônus, desde que o faça no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do seu comprovante. Parágrafo único. A regra descrita no *caput* deste artigo somente se aplica às compras feitas com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque”.

²⁸¹ “O direito de arrependimento com prazo de 7 (sete) dias para compras fora do estabelecimento empresarial tem como finalidade tutelar a hipossuficiência informacional e vulnerabilidade socioeconômica do consumidor. No primeiro aspecto, o prazo de reflexão serve para que eventuais falhas de informação de fácil constatação possam chegar ao conhecimento do comprador. A ausência de um preposto *in loco* para atendimento direto abre margem a uma série de equívocos que podem ser sanados e possibilitar uma contratação mais consciente por parte do consumidor. Sob tal ótica, a venda de passagens aéreas pela internet utiliza-se de interface de relacionamento por *sítio na web*, *telemarketing* passivo e, por vezes, *webchat*, inexistindo qualquer diferenciação com outras plataformas *on-line* de fornecimento de produtos e serviços. No aspecto da vulnerabilidade, o prazo de reflexão para vendas efetivadas fora do estabelecimento empresarial dá uma oportunidade para que o consumidor, atingido pelo marketing agressivo inerente às vendas à distância, possa pensar melhor a fim de diminuir os prejuízos ocasionados em aquisições de produtos ou serviços feitas por impulso (sem reflexão quanto à necessidade, utilidade ou disponibilidade financeira) ou de força *açodada* (sem prestar muita atenção no ato de adquirir, estando mais propenso a erros de contratação). Nesta linha de ideias, novamente a compra de bilhete de transporte aéreo pela internet (seja direto com a Companhia, seja por agente de viagens) não difere de qualquer outra contratação de produto ou serviço *on-line*: a modalidade agressiva de venda fora do estabelecimento está na atratividade das campanhas de *marketing* veiculadas na

Uma vez de posse do produto, o consumidor pode manuseá-lo, a fim de inspecionar, com o devido cuidado, a natureza, as características e o funcionamento do bem. Tal não gera prejuízo ao exercício do direito de arrependimento, todavia no direito comparado, legislações como a portuguesa, deixa claro que o consumidor pode ter que arcar com a depreciação advinda de um manuseio inadequado do produto.²⁸² Por outro lado, se o fornecedor não tiver informado ao consumidor acerca do direito de livre resolução e este vier a danificar o produto durante a inspeção, não haverá falar em responsabilidade do consumidor.

Embora o legislador tenha elaborado um modelo de formulário de livre resolução, o consumidor tem a liberdade de exercer seu direito por meio de “qualquer outra declaração inequívoca”²⁸³ de que deseja resolver o contrato. Considerar-se-á exercido o direito tempestivamente quando o consumidor remeter a declaração ao fornecedor antes de findado o prazo correspondente ao negócio jurídico de consumo por eles entabulado.

De mais a mais, ao dispor do prazo de reflexão, é dada ao consumidor a oportunidade que ele não teve quando da contratação, qual seja, de avaliar as qualidades e características do produto, seu conteúdo, tomando conhecimento sensível do bem adquirido. Nesse momento, o consumidor tem a chance de aumentar seu grau de liberdade na tomada de uma decisão mais esclarecida. Trata-se de um direito que reforça a proteção contra a contratação irrefletida, não ponderada, não esclarecida, o que, irremediavelmente, conectase ao adequado cumprimento de um dever de informação por parte do fornecedor de bens ou prestador de serviços. É nesse período que o consumidor tem o ensejo de se informar mais adequadamente a respeito dos vários elementos que cercam a relação de consumo. Assim sendo, essa decisão mais esclarecida consubstancia-se na efetivação da decisão de contratar, mediante o silêncio

própria página inicial do *site*, em anúncios publicitários em outras páginas da *web* ou enviados por *e-mail* através do sistema de mala direta eletrônica” (TJRJ, 27.^a Câmara Cível, Apelação Cível 0021498-36.2014.8.19.0042, Rel. Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho, j. 03.2016).

²⁸² O dispositivo fala em manipulação que, efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento do bem, “exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial” (art. 14.º, n.º 2).

²⁸³ Para pôr de lado eventuais questionamentos acerca do que seria uma “declaração inequívoca”, o próprio legislador encarregou-se de estabelecer o seguinte: “Para efeitos do presente decreto-lei considera-se inequívoca a declaração em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato designadamente por carta, por contacto telefónico, pela devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais” (art. 11.º, n.º 2).

do consumidor durante e após o termo do prazo de reflexão, ou na não efetivação, quando o direito de arrependimento é exercido tempestivamente.

5.5 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE (AUTODETERMINAÇÃO) DE ESCOLHA NA ABERTURA DE BANCOS DE DADOS, MARCO CIVIL DA INTERNET E LGPD

O consumidor, quando vai ao mercado contratar, acaba disponibilizando seus dados aos fornecedores. Como agente econômico, que é destinatário final de tudo o que o mercado produz, o consumidor, ao buscar o acesso a produtos e serviços, frequentemente é chamado a disponibilizar seus dados pessoais, inclusive ao criar um perfil nas redes sociais, sejam dados simplesmente patrimoniais, de crédito, relativos à sua identificação, imagens, e até dados sensíveis, quando se trata do fornecimento dos serviços de saúde. O Brasil, em sintonia com o que vem ocorrendo no direito comparado, sobretudo na União Europeia, buscou dar ao consumidor a condição de controlar esses dados por intermédio de vários diplomas legais, via direito à informação, para *empoderar* sua liberdade de escolha quanto a concordar ou não com a abertura de cadastros com seus dados, como ocorre na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e Marco Civil da Internet (MCI): “apenas com uma informação adequada o cidadão estará capacitado para controlar seus dados [...] sendo pressuposto para qualquer tipo de processo de tomada de decisão por parte do titular dos dados”.²⁸⁴

O direito de o consumidor controlar seus dados pessoais já estava previsto desde a promulgação do CDC, em 1990, em seu art. 43,²⁸⁵ ao dispor que, como titular deles, “terá

²⁸⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 184.

²⁸⁵ “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1.º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2.º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5.º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6.º Todas as informações de que trata o *caput* deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive

acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”. Referido artigo permite, para fins de controle do consumidor, não só o acesso aos dados, como a própria comunicação de abertura de cadastro com seu nome, sua correção em caso inexatidão de seus dados e, por fim, limita o armazenamento de informações negativas a um período máximo de cinco anos. Para Bruno Ricardo Bioni, já era objeto de proteção no CDC a própria “autodeterminação informacional para que o consumidor [...] na condição de titular dos dados pessoais, exerça controle sobre suas informações pessoais”.²⁸⁶

Posteriormente, foram autorizados no Brasil os cadastros positivos de crédito,²⁸⁷ que inicialmente só seriam abertos com a concordância do consumidor. Posteriormente à Lei 12.414/2011, a Lei Complementar 166/2019²⁸⁸ passou a possibilitar a abertura desses cadastros sem o consentimento prévio do consumidor, o qual, entretanto, poderia a qualquer momento solicitar a retirada de seu nome do respectivo banco de dados. Os citados comandos legais já buscavam, via direito à informação, permitir ao consumidor o controle de seus dados ainda que as aberturas de tais cadastros não dependessem de seu consentimento prévio. Na Lei 12.965/2014, que instituiu o MCI, o legislador vai impor ao provedor de serviços de conexão, em seu art. 7.º, VII,²⁸⁹ a necessidade de *consentimento livre, expresso e informado* para o fornecimento a terceiros dos dados pessoais do titular, bem como de seus registros de conexão. Esse mesmo consentimento *expresso* vai ser exigido para a coleta de dados

para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (Incluído pela Lei n.º 13.146, de 2015.) (Vigência)”

²⁸⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 126.

²⁸⁷ Lei. 12.414/2011, art. 1.º: “Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

²⁸⁸ LC 166/2019, art. 4.º: “O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a: I – abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; II – fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do *caput* deste artigo; III – compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e IV – disponibilizar a consulentes: a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado”.

²⁸⁹ Lei 12.965/2014, art. 7.º, VII: “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”.

personais, uso e armazenamento.²⁹⁰ Além dessas determinações, o MCI vai estabelecer que todo contrato de prestação de serviços de conexão à rede tenha informações claras e completas, inclusive “com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade”.²⁹¹²⁹⁴

Ao impor um consentimento não meramente formal, mas um consentimento qualificado, Laura Mendes Schertel vê na referida lei a “evolução de um conceito de autodeterminação informativa no nosso ordenamento ao estabelecer mecanismos de controle do indivíduo sobre seus dados [...]”.²⁹²²⁹⁵ Verifica-se que tanto no MCI como no art. 43 do CDC e na regulação do cadastro positivo, com maior ou menor intensidade, procurou o legislador proteger o titular dos dados, que em muitas situações é o próprio consumidor, em sua liberdade de poder gerenciar todas as informações relativas à sua pessoa, isto é, o que buscou proteger foi a própria liberdade de escolha, inclusive contratual, como está previsto de forma clara no MCI.

A exemplo do que já havia sido exigido no MCI, também nas situações tuteladas pela Lei 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD, o legislador impôs a necessidade prévia de consentimento do titular dos dados não só para a coleta, mas também para qualquer outra atividade de tratamento de dados que, nos termos de seu art. 5.º, X, deve incluir:

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Ao dispor sobre a necessidade de anuência do titular de dados com o *tratamento*, o legislador não fala em mera adesão ou anuência formal a um documento, mas, nos termos do inciso XII do art. 5.º, em um *consentimento* que represente uma “manifestação livre, informada

²⁹⁰ Lei 12.965/2014, art. 7.º IX: “consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”.

²⁹¹ Lei 12.965/2014, art. 7.º, VI: “informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade.”

²⁹² MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146

e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, ou seja, o legislador está impondo que esse *consentimento seja informado, esclarecido*. Nesse sentido, com o objetivo de proteger o titular dos dados, em sua privacidade, o legislador via LGPD impôs que esses dados somente poderão ser fornecidos pelo consumidor após a obtenção do *consentimento informado*. Como o próprio termo expressa, não quer dizer qualquer consentimento formal do consumidor, mas um consentimento qualificado, ou seja, devidamente informado. A LGPD refere-se à necessidade do consentimento para toda e qualquer forma de tratamento de dados do titular nos termos disciplinado no seu art. 5.º, XI, aqui já referido.

O *consentimento* relativo a todo e qualquer *tratamento de dados* somente é considerado, pela LGPD, como licitamente obtido, se prestada ao titular uma série de informações previamente à autorização, incluindo a identidade completa do *controlador (fornecedor que vai explorar os dados por qualquer forma e meio)* e informar principalmente sobre (i) a finalidade específica do *tratamento de dados* realizado; (ii) tempo de duração do *tratamento de dados*; (iii) possibilidade de o consumidor a qualquer tempo revogar o próprio consentimento, sem que para tal precise alegar qualquer motivo.

Entretanto, qual o significado da exigência dessas qualificações em torno do *consentimento* no sentido de que seja uma expressão *inequívoca* da vontade do titular? Nesse caso, só pode ser o de proteger a *liberdade de escolha* do titular. Até porque, em determinadas relações jurídicas, como nas relações *B to B*, não há um consumidor, mas pode existir claramente um titular de dados sujeitos à proteção legal. A doutrina fala na proteção da autodeterminação informativa, inclusive para justificar a proteção do titular dos dados no MCI do titular, porém a proteção da *autodeterminação* encerra em si a própria proteção da liberdade, que deverá ser exercida plenamente para aceitar ou recusar o *tratamento*.

A exemplo do que ocorre na LGPD, a doutrina²⁹³ vai também associar proteção da privacidade do consumidor como fundamento para justificar a proteção dada pelo art. 43 do

²⁹³ BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 109.

CDC, pela lei do cadastro positivo e ainda pelo próprio MCI.²⁹⁴ É fato que o objetivo primordial da LGPD, assim como das outras regulações semelhantes, não é a proteção do consumidor em si, mas a proteção de todo e qualquer titular de dados pessoais, conforme disposto em seu art. 2.º, em sua “autodeterminação informativa, proteção de sua honra, imagem, privacidade e intimidade”. Para Laura Schertel Mendes, há, inclusive, uma “associação entre a proteção à privacidade e informações pessoais”,²⁹⁵ sobretudo a partir do momento que a tecnologia passa a permitir o tratamento rápido e em série desses dados.

Entretanto, ao cuidar que *consentimento* do titular dos dados seja prévia e adequadamente informado também ao consumidor (embora nem todo titular dos dados possa ser conceituado em determinadas relações, como nas relações *B to C*, como consumidores), o legislador, nas relações de consumo, está protegendo a liberdade de escolha do consumidor; liberdade de, inclusive, recusar-se a fornecer os dados solicitados pelo fornecedor, ou de concordar com seu fornecimento.

O controle efetivo dos dados por parte do seu titular, como visto aqui, encontra-se presente nos diplomas referidos. No art. 43 do CDC e na lei do cadastro positivo, embora o consumidor não possa consentir previamente com o tratamento de seus dados relativos ao crédito, de alguma forma, o legislador outorgou-lhes também um poder de controle sobre a gestão de suas informações. A própria doutrina mostra-se, entretanto, duvidosa de que esse *controle* possa ser de fato exercido pelo titular ou pelo consumidor. Essa dúvida persiste, inclusive, sobre a solução do legislador de empoderar o titular dos dados ou o consumidor conforme o caso, o que é compartilhado por Bruno Ricardo Bioni, sobretudo com relação à efetividade do *consentimento informado*.²⁹⁶ Nas leis aqui referidas, no MCI e na LGPD, com a imposição legal do *consentimento informado*, seguramente o legislador buscou dar condições, seja ao titular dos dados, ou ao próprio consumidor, de exercer sua liberdade, seu direito à autodeterminação, de concordar ou não com a disponibilidade de suas informações pessoais.

²⁹⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 38.

²⁹⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

²⁹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 134.

A efetividade ou não do *consentimento informado* na concordância com a criação do banco de dados não é questão que possa o legislador resolver. Como se tem debatido no curso desta investigação, a proteção outorgada nos diplomas de proteção de dados, via manifestação do direito à informação, para se tornarem efetivos, vão depender de uma conduta ativa dos destinatários dessas mensagens informativas dentro do chamado processo comunicacional. Os problemas apontados neste trabalho adiante relativamente aos obstáculos desse processo comunicacional entre fornecedor e consumidor são, em síntese, os mesmos que a efetividade, em especial do *consentimento informado*, vai sempre enfrentar.

5.6 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA POR MEIO DA INFORMAÇÃO DA CLÁUSULA-PREÇO

Quando se fala na tutela da liberdade de escolha do consumidor, emergem naturalmente as preocupações em torno do *preço* ofertado pelo fornecedor. Como chama a atenção Joaquim de Sousa Ribeiro, “a transparência do preço e das tarifas de custos e, mais genericamente, da retribuição a prestar pelo consumidor, é um objetivo cimeiro de praticamente toda legislação do consumo”.²⁹⁷ É o que se tem convencionado denominar de *cláusula-preço*: a definição do preço em si e todas as outras condições econômicas dela diretamente decorrentes, como prazos de pagamento, juros e multas, que importam em sacrifício econômico ou onerosidade para o consumidor. Tal cláusula deve ser anunciada, sem qualquer vício informativo, no momento anterior à contratação, pois revela a extensão do sacrifício econômico que deverá ser suportado pelo consumidor para ter acesso, na forma de contraprestação, aos produtos e serviços que deseja. Nesse sentido, as preocupações relacionadas à necessidade de informação ostensiva concernente a essa *cláusula* estão presentes de maneira reiterada em toda legislação de proteção dos consumidores.

Por que a informação sobre o preço ganha todo esse destaque nas legislações de defesa do consumidor? Isso ocorre porque, por meio do preço, o consumidor tem um elemento

²⁹⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 137-163, 2002. p. 143. O autor assinala que o fornecedor não está obrigado a informar sobre fatores de composição do preço, pois tal resulta muitas vezes em um segredo de negócio, com exceção evidentemente das informações sobre os impostos incidentes.

concreto para comparar produtos e serviços e exercer sua liberdade de escolha. Como visto, o direito à informação tutela essencialmente a liberdade de escolha. Uma vez que todos os contratos de consumo são, em regra, onerosos, o preço passa a ser um elemento de grande para a decisão do consumidor, inclusive para decidir sobre a aquisição de produtos mais caros. Nesse contexto, o consumidor também pode levar em conta, dentro de seu livre-arbítrio, considerando suas necessidades, o critério da qualidade: pagar um preço mais elevado para obter um produto com maiores qualificações que julga ser mais condizente com seus anseios. Independentemente da opção por preços mais acessíveis ou maiores, o fato é que a *cláusula-preço* é o elemento que atua na liberdade de escolha do consumidor, não raro servindo como critério de *desempate* em sua decisão, porquanto lhe permite comparar os preços de um mesmo produto ou serviço praticado por outros fornecedores.

A informação clara e adequada sobre o preço dos produtos e serviços é fundamental em um mercado que se busca com ampla concorrência. Para comparar produtos e serviços, o consumidor precisa que as informações sobre preços sejam disponibilizadas amplamente. Aliás, a concorrência no mercado é também um importante mecanismo de proteção dos interesses do consumidor, pois a amplitude da concorrência também melhora sensivelmente o exercício da liberdade de escolha do consumidor no mercado de consumo. Nesse sentido, inclusive, Canaris vai afirmar que a concorrência atua para “uma neutralização do desequilíbrio de poder [...] se assemelha a um plebiscito contínuo, já que os cidadãos participam, pelas suas decisões no mercado, contribuindo jurídica e efetivamente para a composição da vida econômica e influenciando suas condições”.²⁹⁸ Sem informação correta sobre preços, no entanto, o consumidor acaba não se beneficiando, como poderia, desse poderoso instrumento no mercado. Daí por que é do interesse dos próprios fornecedores, em um mercado competitivo, que essa informação chegue de forma mais rápida e fácil possível aos consumidores.

²⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 57.

Entretanto, em um mercado oligopolizado em vários setores, com baixo nível concorrencial, como o brasileiro,²⁹⁹ as informações sobre preços podem ser dificultadas ou mascaradas, mediante inúmeros artifícios. O art. 6.º, em seu inciso III, elenca algumas das especificações da informação, como quantidade, composição e qualidade do produto. Nesse rol, há referência expressa à informação correta acerca do preço. Além desse dispositivo, a questão do preço está prevista no art. 31 que, combinado com o art. 30, deixa claro o caráter vinculativo da oferta. Nesse ponto, a apresentação do preço de produtos ou serviços deve ser correta, clara e adequada, nos moldes do art. 6.º, III, e, também, precisa e ostensiva, conforme o art. 31. Portanto, procura-se assegurar a transparência na contratação e evitar que o consumidor seja induzido em erro por publicidade enganosa, prática vedada pelo art. 37.

Cite-se, ainda, o art. 52, que impõe ao fornecedor o dever de informar o consumidor prévia e adequadamente a respeito do preço do produto ou serviço, em moeda corrente nacional, nos contratos referentes à outorga de crédito ou concessão de financiamento. Não somente isso, porém: também deve o consumidor ser informado sobre os juros de mora, a taxa efetiva anual de juros, os acréscimos legalmente previstos e o valor total a ser pago, com e sem financiamento. O não cumprimento do dever de informar o preço enseja a responsabilização civil do fornecedor.³⁰⁰

Além do quanto já previsto no CDC, tem-se, ainda, a Lei 10.962/2004, que dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Nesse diploma, estabelece-se, por exemplo, que no comércio em geral os preços devem ser afixados diretamente nos produtos postos à venda por meio de etiquetas ou similares em caracteres legíveis. Nos estabelecimentos comerciais em que o consumidor tenha acesso livre e direto ao produto, o preço deve estar impresso ou afixado na embalagem. Pode-se fazer uso de código

²⁹⁹ Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7953/1/Radar_n51_n%C3%ADvel.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

³⁰⁰ No julgamento da Apelação Cível 20100111660652, em 24.10.2012, a 6.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por intermédio da relatoria da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, entendeu ter havido falha na prestação dos serviços de empresa de telefonia que passara a efetuar cobranças de serviços e preços não previstos em contrato e não informados ao consumidor: “O fornecedor deve especificar detalhadamente os serviços e preços, evitando, assim, a surpresa do consumidor. O fato de ser possível a utilização de serviço de acesso a transmissão de dados (internet), independente de contratação, demonstra o risco a que fica exposto o consumidor, devendo ser alertado dos custos inerentes à utilização de tal serviço. Não comprovada que as informações foram passadas ao consumidor, a cobrança se mostra indevida”.

referencial ou código de barras, todavia, próximo ao produto, deverá estar exposta, de forma clara e legível, informação relativa ao preço à vista do produto, suas características e código. No caso da utilização de código de barras, devem estar disponíveis ao consumidor, em local de fácil acesso, máquinas de leitura ótica para consultar o preço. Ademais, a lei prevê que, se houver divergência de preços para o mesmo produto entre os sistemas de informação do local, o consumidor pagará o menor deles.

Para regulamentar a referida lei e também o CDC, sobreveio, em 2006, o Decreto 5.903,³⁰¹ que reforça a necessidade de clareza, ostensividade e visibilidade da cláusula preço, conforme se verifica do art. 2.º: “Os preços de produtos e serviços deverão ser informados adequadamente, de modo a garantir ao consumidor a correção, clareza, precisão, ostensividade e legibilidade das informações prestadas”. Além disso, o decreto determina que se deve discriminar o preço total à vista do produto, que os preços devem sempre estar visíveis ao consumidor quando o estabelecimento estiver aberto ao público, mesmo quando se encontrarem em curso montagem, rearranjo ou limpeza do local, e ainda elenca circunstâncias que representam infração ao direito básico do consumidor à informação clara e adequada (art. 6.º, III), tais como atribuir preços diferentes ao mesmo produto, utilizar caracteres apagados, ou letras que dificultem a percepção da informação, “considerada a distância normal de visualização do consumidor”, informar o preço em moeda estrangeira sem indicar o valor correspondente na moeda nacional etc.

Essa questão fica mais evidente ao se analisarem legislações que versam sobre contratos de crédito aos consumidores. Isso porque o legislador impõe ao fornecedor o dever de informar o consumidor sobre todos os acréscimos que existem no contrato de crédito, de modo a impedir que o contratante seja iludido ou enganado e tenha seu patrimônio comprometido. Após a crise de 2008, essas preocupações com a transparência no mercado de crédito ao consumidor aumentaram em todo mundo. A própria OCDE reconheceu que *consumidores desinformados tornaram-se alvos fáceis desse mercado de crédito e muitas vezes adquiriam produtos financeiros totalmente inadequados para eles:*

³⁰¹ O art. 1.º do Decreto 5.903 dispõe que: “Este Decreto regulamenta a Lei n.º 10.962, de 11 de outubro de 2004, e dispõe sobre as práticas infracionais que atentam contra o direito básico do consumidor de obter informação adequada e clara sobre produtos e serviços, previstas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

[...] *the growing complexity of financial products over the past decade, coupled with financial innovations and the increasing transfer of financial risk to households have put enormous pressure and responsibilities on the shoulders of financial consumers in recent decades.*³⁰²

Tal reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de crédito levou a própria OCDE a defender, com a adoção de medidas para supervisionar o sistema financeiro, políticas de *financial literacy* (*alfabetização financeira*) e políticas de proteção do consumidor. Assim, no Brasil, por meio das Resoluções 3.516, 3.517 e 3.518 (esta revogada em 2010 pela Resolução 3.919/2010), o Conselho Monetário Nacional não só padronizou o nome das tarifas para evitar a desinformação e confusão do consumidor, como determinou a obrigatoriedade de alguns serviços gratuitos, *v.g.*, número mínimo mensal de extratos bancários e talão de cheques, bem como estabeleceu que, em sintonia com o princípio da boa-fé, o banco informe ao consumidor, antes da contratação de qualquer financiamento, o percentual total do custo anual daquela operação, incluindo não só os juros, mas também todo e qualquer encargo cobrado, como imposto, tarifas etc. Trata-se do custo efetivo total (CET), pelo qual o banco é obrigado a informar ao consumidor, *v.g.*, a cada ano, além do percentual de juros, tudo o mais que ele vai pagar de encargos, impostos, seguro etc., permitindo maior transparência nas negociações e prevenindo as indesejáveis contratações irrefletidas ou impulsivas.

Agora, com a recente reforma no CDC, como um dos mecanismos de prevenção do superendividamento, o legislador acresceu o art. 54-B, não só reforçando a exigência de informação do CET, mas também estendendo a obrigatoriedade dessa informação aos contratos de compras e vendas a prazo.³⁰³ O legislador modificou ainda o CDC para impor, no art. 54-C, III, a obrigação de não *ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo*. Atua nesse mesmo sentido a Resolução 4.765,

³⁰² Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/financial-education/financialliteracyandconsumerprotection/overlookedaspectsofthecrisis-oecdrecommandation.htm>. Acesso em: 21 set. 2021. Tradução livre: “[...] a crescente complexidade dos produtos financeiros na última década, com as inovações financeiras e a crescente transferência de risco financeiro para as famílias, colocaram enorme pressão e responsabilidades sobre os ombros dos consumidores financeiros nas últimas décadas”.

³⁰³ “Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II – a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento.”

de 27 de novembro de 2019, que limita os juros no cheque especial ao percentual máximo de 8% ao mês, em conta de depósitos à vista titulada por pessoas naturais e por microempreendedores individuais (MEI), além de registrar que, para fins de concessão de cheque especial, devem ser considerados os limites de créditos compatíveis com o perfil do cliente.

No sentido, portanto, de proteger a liberdade de escolha, o direito à informação sobre o preço ganha destaque não só na legislação geral de defesa do consumidor, como também nas legislações esparsas, mas não somente isso: procura-se tutelar os interesses econômicos do consumidor, mormente diante do caráter permanentemente vinculativo da cláusula-preço. Daí a sempre premente necessidade de corrigir o desnível informacional na relação fornecedor-consumidor e esclarecer o consumidor para que este seja capaz de equacionar a repercussão que poderá ter a contratação em sua esfera econômica. Assim, ao mesmo tempo que a prestação da informação lhe oferece e garante a liberdade de escolha, também salvaguarda seus interesses econômicos, na medida em que se aconselha a não celebrar contratos que extrapolam sua real situação financeira.³⁰⁴

5.6.1 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA VIA DIREITO À INFORMAÇÃO NA PREVENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO E NA LEI DO DISTRATO

Esses dois diplomas recentes em nosso ordenamento apostam de forma clara no direito à informação do consumidor com o objetivo de proteger a liberdade de escolha do consumidor na fase pré-contratual. Com maior ou menor intensidade, as preocupações, anteriormente debatidas aqui sobre a necessidade de proteção à *liberdade de escolha*, *sobretudo* com relação à cláusula-preço, estão muito presentes na prevenção do superendividamento e na *lei do distrato*.

³⁰⁴ Nesse sentido: “Em tempos de abundante oferta de crédito, a informação adequada e completa sobre o empréstimo, incluindo aí a forma de cálculo de reajuste das prestações, bem como o impacto no orçamento familiar, é fundamental para a decisão do consumidor, até para evitar a mazela do superendividamento. A doutrina destaca que os fornecedores, a par de informar, possuem o dever de aconselhar sobre todos os riscos do contrato, principalmente os decorrentes da impossibilidade de pagamento”. BENJAMIN, Antônio Herman de V. e *et al.* *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 316.

A chamada *lei do distrato*³⁰⁵ procurou pacificar a relação entre os incorporadores e os consumidores/adquirentes de forma flagrante, recorrendo ao direito à informação no sentido de proteger a liberdade de escolha do consumidor. A proteção da liberdade de escolha na fase pré-contratual levou o legislador a impor ao fornecedor/incorporador o procedimento prévio à contratação com a obrigatoriedade de elaboração do *quadro-resumo* com a informação em destaque sobre as cláusulas mais importantes do contrato, a saber: (i) preço total do imóvel; (ii) forma de pagamento do preço em parcelas e vencimentos concernentes; (iii) valor relativo à corretagem e respectivo destinatário do pagamento; (iv) índices de correção monetária do contrato; (v) consequências da extinção antecipada do contrato de forma motivada ou imotivada, com a aplicação das devidas penalidades; (vi) taxas de juros eventualmente contratadas e sua forma de incidência; (vii) direito de se arrepender da contratação realizada fora da sede do fornecedor dentro do prazo de reflexão de sete dias; (viii) prazo para a quitação do contrato após a conclusão da obra; (ix) existência de ônus sobre a unidade autônoma ou sobre o empreendimento; (x) número do registro do memorial de incorporação, matrícula do imóvel e identificação do cartório de registro de imóveis competente; e (xi) data para a apresentação do *habite-se (termo de conclusão da obra)* e as consequências contratuais do não cumprimento desse prazo. Se essas informações não forem prestadas, abrir-se-á o prazo de 30 dias para o fornecedor saná-las; caso assim não proceda nesse período, o contrato poderá ser rescindido por justo motivo.

A recente modificação do CDC para introduzir dispositivos de prevenção e proteção do superendividamento do CDC,³⁰⁶ também de forma clara e inequívoca, recorre ao direito à informação, sobretudo para a prevenção desse fenômeno social. Na parte do tratamento das situações em que o consumidor já se encontra superendividado, são adotados na reforma do CDC mecanismos extrajudiciais e judiciais de repactuação de conciliação e repactuação de dívidas. Entretanto, o objetivo maior do legislador é exatamente evitar que essas situações de superendividamento ocorram. Portanto, o legislador, de forma expressa, fala em prevenção desse problema. O recurso que o legislador vai utilizar para prevenir as situações de superendividamento é aumentando o rol dos deveres informativos do fornecedor de crédito.

³⁰⁵ Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018

³⁰⁶ Lei 14.181, de 1.º de julho de 2021.

Com esse reforço em torno dos deveres informativos do fornecedor, o legislador busca impedir as situações de superendividamento do consumidor. O ambiente adequado para essa prevenção é exatamente a fase que antecede a realização do contrato de crédito, ou seja, a fase pré-contratual.

Nesse sentido, o legislador vai impor ao fornecedor do crédito as seguintes obrigações: (i) reforçar a necessidade de informação sobre CET³⁰⁷ tanto nos financiamentos bancários como na compra e venda a prazo; (ii) todos os contratos que envolvem concessão de crédito, da mesma forma que é imposto na *lei do distrato*, devem trazer separada e destacadamente da minuta do contrato as principais informações sobre as obrigações e direitos do consumidor na forma de *resumo do contrato*;³⁰⁸ (iii) informações sobre os ônus e os riscos do contrato;³⁰⁹ (iv) dever de informação e esclarecimento especial em função da idade do consumidor de todos os custos incidentes na concessão do crédito.³¹⁰ Aliás, a informação clara e adequada acerca de todos os custos do contrato bancário, que compreenda concessão de crédito, tem levado o direito comparado a adotar deveres informativos na mesma direção aqui apontada. Enquanto na União Europeia se impõe a divulgação da Taxa Anual de Encargos Global (TAEG),³¹¹ nos Estados Unidos, em todas as transações financeiras abrangendo consumidores, o fornecedor

³⁰⁷ “Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II – a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias.”

³⁰⁸ “Art. 54-B § 1.º As informações referidas no art. 52 deste Código e no *caput* deste artigo devem constar de *forma clara e resumida do próprio contrato*, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.”

³⁰⁹ “Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...] II – indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; III – *ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo.*”

³¹⁰ “Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas: I – informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, *sobre todos os custos incidentes*, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e *sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento.*”

³¹¹ Segundo a Diretiva 2008/48/CE, que visa a harmonizar as legislações relativas à concessão de crédito aos consumidores, o *cálculo da TAEG inclui*: os juros; as comissões; as despesas, nomeadamente com impostos e com os emolumentos relativos ao registo da hipoteca, no caso de se tratar de um crédito com garantia hipotecária; os seguros exigidos para obtenção do crédito; a comissão de manutenção de conta à ordem, cuja abertura seja obrigatória para a gestão do empréstimo; a remuneração do intermediário de crédito, caso essa remuneração seja paga pelo consumidor, o que sucede quando recorre a um intermediário de crédito não vinculado.

do crédito deve divulgar a *Truth in Lending Act* (TILA):³¹² “Congress enacted what is commonly known as the *Truth in Lending Act* or TILA [...] before TILA, those creditors that did disclose the interest rate did so in variety of ways”.

Com esses deveres informativos, especialmente acerca do custo efetivo total, o legislador estabelece o principal mecanismo para a prevenção do superendividamento, acompanhado de uma sanção inédita caso o direito à informação do consumidor seja violado nos contratos que envolvam outorga de crédito: o consumidor não deixará de estar vinculado ao contrato de crédito, contudo poderá haver redução judicial compulsória dos juros, multas e encargos e, inclusive, alongamento do prazo para cumprimento do contrato pelo consumidor.³¹³ A sanção será avaliada de acordo com a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor. A redução dos encargos do contrato de crédito não impede que o consumidor possa demandar o fornecedor faltoso por danos morais e materiais em decorrência da violação do direito à informação.

5.7 A TUTELA DA VIDA, DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO CONSUMIDOR PELO DIREITO À INFORMAÇÃO

No âmbito das relações de consumo, observa-se uma preocupação em outorgar ao consumidor um direito à informação não apenas para a salvaguarda da liberdade de escolha ou ainda a proteção de seus interesses econômicos, mas sua vida, saúde e segurança. Logo no inciso I do art. 6.º do CDC, o legislador estabelece como direito básico do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Aliás, foi no âmbito da proteção à saúde que o direito comparado conheceu duas das primeiras legislações de proteção dos consumidores, o *Meat Inspection Act* e o *Pure Food and Drug Act*, ambas de 1906. O *Pure Food and Drug Act* exigia que todos os alimentos e medicamentos destinados ao consumo

³¹² MARCH, Gene A. *Consumer protection law in a nutshell* cit., p. 135. Tradução livre: “O Congresso promulgou o que é comumente conhecido como a Verdade em Empréstimo ou ‘TILA... antes de TILA, aqueles credores que divulgaram a taxa de juros o fizeram de várias maneiras”.

³¹³ Art. 54-D, parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor. (Incluído pela Lei n.º 14.181, de 2021.)”

humano passassem por testes rigorosos para garantir a segurança e a limpeza. A *Food and Drug Administration* (FDA) seria criada para realizar a aplicação dessas novas leis. Além disso, os medicamentos que exigiam receita médica deveriam trazer rótulos informativos de advertência. Como infere Alejandro Rosillo Fairén:

*El núcleo de la cuestión no radica unicamente en delimitar la posible existencia de un determinado riesgo, p. ej., para la salud, sino el de asegurar al consumidor que siempre tenga la facultad de poder conocer realmente las características de los productos existentes en el mercado.*³¹⁴

A produção industrial em série e os efeitos nocivos do *marketing* deixaram o consumidor final de produtos e serviços muito mais exposto. É fato que a transição de uma responsabilidade centrada na culpa para uma responsabilidade objetiva resulta da preocupação de não deixar os consumidores desamparados com as consequências dos danos decorrentes do uso e consumo de produtos e serviços perigosos. Tal pode ocorrer tanto com relação aos produtos com periculosidade inerente, ou seja, produtos que pela sua natureza são perigosos, como álcool, cigarro, ou produtos com periculosidade adquirida por algum defeito no processo de sua concepção ou fabricação. Entretanto, se a responsabilidade civil em si é repressiva, atua sempre *a posteriori* relativamente ao dano; já na tutela da saúde e segurança dos consumidores, seria importante uma atuação *a priori*, ou seja, preventiva. Um dos mecanismos escolhidos pelo legislador para proteger a vida, a saúde e a segurança do consumidor foi o direito à informação. O art. 8.º deixa essa opção muito clara quando determina que

[...] os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Estabelece-se, então, uma obrigatoriedade de não se colocarem no mercado produtos e serviços que ponham em risco a saúde e a segurança dos consumidores. No entanto, quando se tratar de riscos normais decorrentes da natureza destes, os fornecedores devem obrigatoriamente “dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. Essas

³¹⁴ ROSILLO FAIRÉN, Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 2010. p. 47.

cauteladas em torno do dever à informação são reforçadas com o art. 9.º,³¹⁵ no tocante ao fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, bem como com o art. 10,³¹⁶ que impõe que, posteriormente a introdução dos produtos no mercado (se for identificado algum grau de periculosidade) o fornecedor deverá comunicar tal fato não só às autoridades competentes como ao próprio público consumidor. Trata-se da prática convencionalizada como *recall*, frequentemente adotada no mercado de consumo com o intuito de prevenir danos à saúde e à segurança dos consumidores.

Como é possível perceber, o ordenamento passou a considerar defeituoso não apenas o produto ou serviço com imperfeições de concepção ou de fabricação, mas também quando são introduzidos no mercado com falhas de informação. É o que a doutrina convencionalizou denominar de defeito extrínseco de informação³¹⁷ e utilização do produto ou serviço. O produto ou serviço pode não apresentar em si qualquer falha intrínseca à fabricação ou sua concepção, porém será considerado defeituoso, se o fornecedor descuidar do direito à informação do consumidor. Nesse sentido, para efeito das sanções impostas pelo legislador, não importa se o defeito é intrínseco ou extrínseco. No âmbito da responsabilidade civil, o fornecedor que introduziu o produto ou serviço no mercado responde da mesma forma se se tratasse de um defeito de fabricação ou de concepção.

Portanto, muitas vezes, o legislador nem sequer se importa se a informação já é de senso comum; impõe-se, quase sempre, nesse domínio, a reiteração. Qual o sentido de obrigar sempre os rótulos com advertências semelhantes sobre os perigos da saúde para os consumidores de tabaco? Por que motivo, antes da decolagem do avião, todos os consumidores, independentemente de serem ou não passageiros frequentes, recebem sempre as mesmas informações sobre o procedimento de segurança em caso de acidente? No mesmo

³¹⁵ “Art. 9.º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

³¹⁶ “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.”

³¹⁷ Cf. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor* cit., p. 270.

sentido o questionamento relativamente aos rótulos presentes nas bebidas alcóolicas sobre a graduação do teor alcoólico,³¹⁸ independentemente de ser ou não um consumidor habitual. Todas essas interrogações têm sua resposta na necessidade da *ostensividade* da informação, incluindo as advertências, quando o produto ou serviço tem a aptidão de colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos consumidores, como ocorre nos exemplos anteriormente citados. Em vista disso, a ANVISA aprovou recentemente um modelo da nova rotulagem de alimentos³¹⁹, conforme será debatido no item 6.1.1.

5.7.1 A PROTEÇÃO DA SAÚDE DO CONSUMIDOR VIA DIREITO À INFORMAÇÃO NO CONSUMO DE TABACO

Destaque da preocupação do legislador em proteger a saúde e a segurança do consumidor por meio da imposição de rígidos deveres de informação ao fornecedor diz respeito ao consumo de tabaco. Não existe nenhum setor do fornecimento de produtos para o qual se tenham adotado mecanismos tão rígidos com relação ao dever de informação como o do tabaco. Não se limitou o legislador a dizer que se deve dar informação clara e adequada a respeito do consumo do produto, e sim regulamentou pormenorizadamente quais são essas informações e de que modo devem ser transmitidas.

Antes dessa regulamentação rigorosa em torno do dever de informação dos fabricantes de tabaco, o cigarro era mostrado como fonte de bem-estar, saúde e *glamour*, tendo realce em produções cinematográficas de *Hollywood*, na televisão, no rádio e em anúncios publicitários, além de ser associado a um *status* social diferenciado, ao sucesso, à intelectualidade etc. Nos Estados Unidos, por exemplo, a fabricante *Camels* lançou, em 1930, a campanha publicitária “For Digestion’s Sake [...] Smoke Camels”,³²⁰ segundo a qual, e com apoio em alegados estudos científicos, o consumo do cigarro de sua marca auxiliaria em uma melhor digestão dos alimentos, aumentando a alcalinidade de fluídos digestivos.

³¹⁸ Instrução Normativa 65, de 10 de dezembro de 2019. A instrução normativa impôs ainda novos deveres de informação a respeito do uso de expressões como “cerveja *light*”, “chope”.

³¹⁹ Resolução aprovada após as Consultas Públicas 707 e 708 de 2019 com informações nutricionais frontais com círculos informativos na parte da frente do produto com as expressões, v.g.: “alto em açúcar adicionado, alto em gordura saturada, alto em sódio”.

³²⁰ Esses e diversos outros *slogans* veiculados à época podem ser encontrados no *site* da *School of Medicine* da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, que possui um grupo de pesquisa que investiga os impactos da publicidade e da promoção do tabaco. O conteúdo está disponível em: http://tobacco.stanford.edu/tobacco/main/e_cigs.php. Acesso em: 9 jun. 2016.

Havia *slogans* como “Chesterfield Cigarettes are just as pure as the water you drink” (Os Cigarros Chesterfield são tão puros quanto a água que você bebe). Publicidades dessa natureza podiam ser encontradas em diversos países e envolviam adultos, adolescentes e crianças, famosos ou não, de modo a angariar mais e mais consumidores. Diferente não poderia ser o desiderato das campanhas publicitárias, pela sua própria essência.

Essa situação sofreu mudanças drásticas ante a publicação de pesquisas e estudos científicos que demonstravam a periculosidade do tabaco à saúde, relacionando-o a doenças e morte. Nessa esteira, começaram a surgir legislações interventivas na atividade das indústrias do tabaco com relação ao público, disciplinando um dever de informação por parte dos fornecedores.

A mais acentuada intervenção legislativa com relação ao consumo do tabaco ocorreu no Brasil a partir da década de 1990, seguindo-se até os dias de hoje. Isso porque, em meados do século passado, foram realizados estudos que associavam o consumo do tabaco a problemas de saúde, notadamente o câncer de pulmão e óbitos.³²¹ Além disso, houve condenações judiciais de indústrias do tabaco nos Estados Unidos, país onde a questão do tabagismo também tomou grandes proporções. Assim, passou-se a focar a questão da falta de informação aos consumidores.

Não há dúvidas de que, nesse cenário, a informação tem papel de destaque, o que de longe se percebe porque os mecanismos legais adotados não trataram de proibir o comércio e/ou o consumo do tabaco, mas de disciplinar como se daria a relação fornecedorconsumidor, com ênfase na regulação de um dever de informação por parte das indústrias do tabaco.

É fato que, no mundo inteiro, surgiram legislações para tratar da questão do tabagismo. No âmbito da União Europeia, entre 1989 a 2014, foram editadas diretivas com relação ao banimento da publicidade e da propaganda de produtos do tabaco, à apresentação, ao fabrico e à venda do produto.³²² Nos anos 2000, a Organização Mundial da Saúde e os países-

³²¹ Cf. *Smoking & Health: Report of the Advisory Committee to the Surgeon General of the Public Health Service* do U.S. Department of Health, Education, and Welfare – Public Health Service. Trata-se de um histórico relatório realizado pelo Governo dos Estados Unidos, em 1964, que concluiu ser o tabagismo perigoso à saúde humana, além de contribuir com a mortalidade por doenças específicas e com a taxa de mortalidade em geral.

³²² Cf. Diretivas 89/622/EEC, 92/41/EEC, 89/552/EEC, 97/36/EC, 98/43/EC, 2001/37/EC, 2003/33/EC e 2014/40/EU.

membros buscaram adotar mecanismos de controle e medidas preventivas com relação ao tabagismo.³²³ Nos Estados Unidos, também foram editadas leis federais sobre a matéria, já em meados dos anos 1960.³²⁴

A situação não foi diferente no Brasil e em Portugal, que, acompanhando a tendência mundial, editaram legislações semelhantes e fortemente interventivas no domínio do consumo do tabaco. No Brasil, por exemplo, está proibida, desde a década de 1990, toda a publicidade do tabaco, sobretudo, no rádio e na TV. Além da questão da vedação da publicidade, houve pesado investimento nos chamados deveres de aconselhamento, que estão diretamente ligados ao dever de informação. O próprio fornecedor foi obrigado a incluir nas embalagens, e em quaisquer peças referentes ao consumo, incisivas advertências com relação à nocividade do produto. Vincularam-se às mensagens textuais imagens impactantes, como de pacientes em estado terminal de câncer de pulmão ou acometidos por outras sequelas usualmente relacionadas ao consumo do tabaco.

No Brasil, o Ministério da Saúde publicou a Portaria 490, de 25 de agosto de 1988, que regulou, mas não proibiu por completo, a comunicação publicitária de produtos derivados de fumo e a aplicação da frase de advertência estabelecida pelo órgão ministerial. A referida Portaria foi editada pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 220, § 4.º, chancelou a comercialização de tabaco, porém incumbiu à lei federal a restrição à propaganda comercial e estabeleceu genericamente que, “sempre que necessário”, o produto deveria conter advertência de saúde.³²⁵

Dois anos mais tarde, entrou em vigor o CDC, que primou por um dever geral de informação ao consumidor, impondo graus de intensidade desse dever a depender do produto

³²³ Cf. Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países-membros da Organização Mundial da Saúde, em 21 de maio de 2003.

³²⁴ A primeira lei federal dos Estados Unidos foi a *Federal Cigarette Labelling and Advertising Act (Public Law 89-92)* de 1965. Em seguida, vieram a *Public Health Cigarette Smoking Act (Public Law 91-222)*, de 1969; a *Comprehensive Smoking Education Act (Public Law 98-474)*, de 1984; e, em 2009, a *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act (Public Law 111-31)*.

³²⁵ “Art. 220 [...] § 3.º Compete à lei federal: [...] I – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4.º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

em questão. Logo, os fornecedores de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deveriam prestar informações *ostensivas e adequadas* (art. 9.º, CDC)³²⁶ com relação à nocividade ou à periculosidade do produto. É nesse disposto que se enquadra o tabaco.

Foi com a regulamentação (Lei 9.294/1996)³²⁷ do sobredito dispositivo constitucional que o dever de informação quanto ao tabaco assumiu um caráter qualificado, porquanto passou a ser acompanhado de deveres legais de *advertências/aconselhamento*. Com o advento dessa lei, regulamentaram-se deveres de advertência na comercialização do tabaco por meio das chamadas *cláusulas de advertência*. Não bastaria ao fornecedor informar, mas também advertir o consumidor, principalmente com a finalidade de desestimulá-lo do uso do produto. A advertência nos maços individuais de produtos fumígenos consistiria em frases escritas, estabelecidas pelo Ministério da Saúde, sobre os malefícios do fumo, acompanhadas de imagens que retratassem seu conteúdo.

O Decreto 5.658/2006, que promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países-membros da Organização Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003, coloca o dever de informação ao consumidor no patamar de princípio norteador e estatui que, para a consecução do objetivo a que se propõe a Convenção, “Toda pessoa deve ser informada sobre as consequências sanitárias, a natureza aditiva e a ameaça mortal imposta pelo consumo e a exposição à fumaça do tabaco”.

É certo que a obrigatoriedade do dever de informação por parte dos fornecedores cumpre um importante papel no controle e na redução dos números de novos consumidores do tabaco, mas não o elimina por completo. No Brasil, por exemplo, houve uma queda de 30,7% no número de fumantes nos nove anos que antecederam 2015, como resultado da efetiva aplicação dessas leis e da adoção de outras ações governamentais.³²⁸

³²⁶ “Art. 9.º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

³²⁷ Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, regulamentada pelo Decreto 2.018, de 1.º de outubro de 1996, e com alterações da Lei 12.546, de 2011.

³²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. *Número de fumantes no Brasil cai 30,7% nos últimos nove anos*. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/>

Nesse quadro, uma vez cumprido o dever de informação pelo fornecedor, ainda que o consumidor optasse pelo uso do tabaco e disto resultasse comprovado malefício à sua saúde, não se poderia imputar responsabilidade à indústria do tabaco. Os tribunais brasileiros têm decidido que, em casos tais, o tabagismo decorre da autonomia do consumidor, ou seja, da liberdade que possui para decidir sobre seu destino e sobre o próprio corpo, se fumará ou não. Daí não ser razoável que, mesmo ante um consentimento informado, pleiteie o recebimento de indenização pelos danos advindos do consumo do produto.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do voto condutor do Recurso Especial 1.113.804/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e com a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta “contaminação propagandista” arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do *marketing*. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.³²⁹

Além disso, conforme a fundamentação do acórdão, mesmo nos casos em que se alega inexistência de informação sobre os prejuízos do produto e, por isso, o necessário dever de indenizar em razão de doença ou óbito, não se pode olvidar que grande dificuldade há para provar o nexos causal entre o consumo do tabaco e algumas doenças. Até mesmo o câncer de pulmão, moléstia mais frequentemente atribuída ao tabagismo, pode surgir em decorrência de uma ou de várias outras causas e nenhuma delas estar relacionada a esse produto.

Além da excessiva regulamentação do direito à informação no consumo do tabaco, o que mais o legislador poderia fazer para que os consumidores abandonassem por completo esse consumo? Proibir? Evidentemente que toda a regulamentação já se encontra dentro de limites bem claros e uma proibição do consumo esbarraria na violação ao direito à autodeterminação das pessoas, dos consumidores. Na linha do argumento central do julgamento do REsp 1.113.804/RS no STJ, a autonomia do consumidor, o seu livre-arbítrio impõe também seus ônus com relação aos efeitos danosos do consumo do tabaco. Ao mesmo

site/home/noticias/2015/numero_fumantes_cai_30_virgula_sete_por_cento_em_nove_anos. Acesso em: 2 jun. 2016.

³²⁹ Recurso Especial 1.113.804/RS.

tempo que o direito à informação tem o objetivo de proteger a autonomia do consumidor, esse mesmo direito à autonomia, à autodeterminação da pessoa humana, constitui-se um obstáculo intransponível a qualquer medida com o intuito de proibir o consumo do produto.

5.7.2 A PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE DO CONSUMIDOR VIA DIREITO À INFORMAÇÃO NO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

O tratamento da saúde é, inegavelmente, uma das áreas em que mais se tem recorrido ao direito à informação do consumidor para a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor. O chamado consentimento informado é o instrumento de que se tem utilizado para garantir que nenhum consumidor será submetido a qualquer tratamento médico sem antes ser informado clara e adequadamente sobre todos os riscos do procedimento. O consentimento informado é a concretização do regime geral do art. 6.º, III, do CDC, complementado, sobretudo, pelo dispositivo do art. 9.º, que diz que o consumidor tem direito à informação clara, *ostensiva* e adequada a respeito de todos os produtos e serviços contratados no mercado, inclusive acerca dos riscos. É certo que, no passado, vigorava o paternalismo clínico, segundo o qual o médico teria que buscar o melhor para a saúde do paciente sem pedir sua opinião. Não se entendia que o paciente devia decidir sobre nenhum aspecto do tratamento que lhe era administrado, pois decisões nesse sentido cabiam única e exclusivamente ao médico. Facultava-se a este a prestação ou não de informações ao paciente, o qual acabava por ser, como a palavra sugere, mero espectador de seu próprio tratamento.

Essa atuação paternalista do médico sofreu transformações ao longo dos séculos. Gilberto Bergstein aponta que o fato histórico decisivo para uma grande mudança na relação médico-paciente foi a Segunda Guerra Mundial, haja vista os experimentos realizados em prisioneiros do nazismo.³³⁰ As atrocidades cometidas durante a guerra assombraram o mundo e, em resposta, vários países adotaram discursos políticos voltados para a valorização do homem como tal, primando pela dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o Código de Nuremberg de 1947 estabeleceu que os experimentos com humanos só poderiam ser feitos

³³⁰ Cf. BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-34; PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 839, p. 69-109, set. 2005.

mediante consentimento voluntário. Até então, o consentimento estava restrito ao âmbito de experiências clínicas. Foi no julgamento do caso *Martin Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*,³³¹ nos Estados Unidos, que o termo consentimento informado (*informed consent*) surgiu pela primeira vez na relação médicopaciente. Posteriormente, a Declaração de Lisboa de 1981 reconheceu a autonomia do paciente, garantindo-lhe o direito a autodeterminar-se e impondo ao médico o dever de informar adequadamente o paciente, estando este livre para consentir ou não com o procedimento diagnóstico ou terapêutico.

Em 1997, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina) reservou um capítulo exclusivo para o tema do consentimento. A doutrina, a jurisprudência e as leis de vários países continuaram a tratar do dever de informação na relação médico-paciente no que toca ao consentimento informado, afastando-se, portanto, do paternalismo médico tão comum em décadas anteriores.

Contudo, conforme se verifica do panorama atual da legislação, essa situação mudou radicalmente para reconhecer a autonomia³³² da vontade do paciente. É o paciente quem, tendo plena autonomia e autodeterminação sobre seu próprio corpo e sobre os destinos que pretende seguir, deve concordar ou não com uma intervenção médica após receber os esclarecimentos necessários e adequados. Portanto, avulta na doutrina, na jurisprudência, nos Conselhos de Medicina e na lei o chamado consentimento informado. Trata-se de um processo comunicativo de tomada de decisão do qual participam,³³³ basicamente, o médico e o paciente.

³³¹ Em 1957, Martin Salgo recorreu à justiça da Califórnia alegando que, ao se submeter a um procedimento cirúrgico (aortograma), não lhe fora informado nem a sua família sobre os riscos associados a essa cirurgia, que o deixou com sequelas permanentes (paralisia dos membros inferiores). Os curadores da Universidade de Stanford, responsáveis pela gestão do hospital que realizou a cirurgia, o Hospital e o Dr. Frank DeBodde foram condenados a indenizar Martin Salgo à época em U\$ 213 mil dólares. Embora o termo *consentimento informado* já estivesse sendo debatido na área médica desde os anos 1920, foi nesse julgamento que a expressão ganhou relevância judicial. Tal levou à necessidade de reconhecer o protagonismo do paciente na tomada de decisão.

³³² É de pontuar que a autonomia do indivíduo está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, princípio que é a pedra angular de diversos ordenamentos jurídicos, inclusive os de Brasil e Portugal, estando presente nas Constituições de ambos os países.

³³³ No tocante ao caráter participativo do paciente nos diversos atos que envolvem o processo de tomada de decisão no consentimento informado, é de consignar um excerto do acórdão elaborado pela 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível 2006.0001.13957, de relatoria do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, e julgado em 17.10.2006: “O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade

Em regra, a assimetria informacional entre um e outro é muito grande, uma vez que o profissional da saúde possui todo o arcabouço técnico e teórico com relação às práticas médicas, cirúrgicas e de tratamento de doenças. Por essa razão, impõe-se ao médico prestar informação clara e adequada ao paciente sobre a real condição da sua saúde, bem como sobre os tratamentos, intervenções, suas consequências, seus riscos etc., a fim de nivelar o desequilíbrio informacional e viabilizar uma atuação conjunta e ativa do paciente quanto a interferências em sua própria saúde. Para que isso se efetive, é preciso que o paciente seja civilmente capaz e entenda o que lhe está sendo informado para que, então, possa tomar uma decisão livre, de acordo com sua autodeterminação.

Note-se que são vários os momentos em que médico e paciente dialogam (consulta, exames, recebimento de resultados, nova consulta etc.) até que este, de forma voluntária, consinta ou não com determinado procedimento ou tratamento, ou seja, o *consentimento* pode emergir desse processo comunicativo.

Embora seja mais usual que o consentimento seja dado por escrito, não se exige no ordenamento brasileiro qualquer formalidade escrita para tanto; pode ser, inclusive, verbal ou tacitamente. A despeito da ausência de formalidade, é propriamente indispensável a manifestação clara e inequívoca do paciente de que ele decidiu de forma totalmente esclarecida. O processo de tomada de decisão de que se reveste o consentimento informado pode³³⁴ culminar com a assinatura ou não de um termo (o termo de consentimento informado ou o termo de consentimento livre e esclarecido). Na forma escrita, trata-se de um documento

de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado”.

³³⁴ Apesar de ser comumente visto apenas como um termo escrito, o consentimento informado pode se dar de outras formas (oralmente, por exemplo). Gilberto Bergstein assinala que, no Brasil, não existe previsão legal de que o consentimento deva ser feito de forma escrita, já que ele “não possui formalidade específica” (*A informação na relação médico-paciente* cit., p. 207). Vide o art. 107 do Código Civil brasileiro: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. O mesmo se aplica à legislação portuguesa. Pela leitura dos arts. 156.º e 157.º do Código Penal depreende-se que o profissional da saúde necessita do consentimento do paciente para proceder a uma intervenção ou tratamento, todavia não há no Código regra que estipule a necessidade de consentimento por escrito. Na verdade, o próprio diploma penal prevê, em seu art. 38.º, que o consentimento pode ser expresso por qualquer meio “que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”. Dessa forma, para determinados procedimentos, geralmente os de maior complexidade, pode haver legislação que exija o consentimento escrito, o que não implica dizer que essa é a forma que sempre deva ser apresentado.

que o paciente deve assinar antes de ser submetido a qualquer tratamento que possa colocar em risco sua saúde, demonstrando, com isso, estar informado sobre o diagnóstico e concorde com os procedimentos médico-cirúrgicos e os tratamentos pelos quais passará, bem como suas consequências. As explicações médicas constantes do termo devem ser redigidas em linguagem de fácil compreensão ao leigo, a fim de dar cabo do dever de informar de maneira clara e adequada. Nessa oportunidade, o paciente também deve ser conhecimento acerca do decurso do tratamento, o tempo pelo qual deve ficar em repouso, se pode ou não praticar atividades físicas após o repouso, as abstenções que deve fazer e por qual período, os efeitos colaterais do procedimento, os benefícios esperados etc., bem como deixar claro o direito de recusar o tratamento ou a intervenção.

O mero consentimento, sem a informação adequada sobre os riscos e consequências do tratamento, implica consentimento vazio. Na verdade, o termo de consentimento informado, em si, não esgota a informação ao paciente porque, conforme explicitado anteriormente, sobretudo nos tratamentos eletivos, o consentimento informado é um processo comunicativo, e não um ato médico que se exaure instantaneamente:

O consentimento envolve um verdadeiro processo decisório do paciente muito mais que um mero concordar em submeter-se a determinado tratamento proposto. E para que essa decisão seja considerada válida, deve conter dois aspectos distintos: a compreensão e a voluntariedade. Com efeito, o consentimento entendido como processo e não como ato de aperfeiçoamento instantâneo oferece várias vantagens.³³⁵

As várias visitas ao consultório médico e as anotações no prontuário indicam as etapas e a progressão desse processo. Quando o paciente consente ou dissente, ele já tem um conjunto de informações que qualificam adequadamente sua decisão. Então, o termo de consentimento, na maioria dos procedimentos, seria o resultado final desse processo de informação que começa nas próprias consultas, passa por exames e depois pelas avaliações finais feitas pelo médico. Por essa razão, está o termo de consentimento dentro de um processo de comunicação.

³³⁵ BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197.

Ainda, o dever de informação ao paciente deve sempre possibilitar o exercício do direito de recusa em qualquer momento da relação médico-paciente.³³⁶ Não se trata apenas de o paciente consentir diante da informação transmitida de forma clara e adequada, cuidase de poder rejeitar os tratamentos e os procedimentos propostos pelo facultativo. O importante é que a via da desistência, da recusa, esteja sempre aberta ao paciente, como mais uma forma de consagração de sua autonomia e da soberania das suas decisões quanto à sua própria saúde.

No direito brasileiro, a questão do consentimento informado está prevista principalmente³³⁷ no Código de Ética Médica,³³⁸ do Conselho Federal de Medicina, que em seu art. 31³³⁹ dispõe que o médico não pode desrespeitar “o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”. Nesse contexto, o dever do médico não é só legal, mas também ético. O profissional deve informar o paciente sobre sua situação de saúde, os riscos e os objetivos do tratamento, sem exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, devendo fazer a comunicação ao representante legal do paciente nos casos em que a informação direta for passível de provocar danos ao paciente (arts. 22 e 24 do Código de Ética Médica).³⁴⁰ No art. 88,³⁴¹ está garantido ao paciente acesso ao seu prontuário, além da prestação de explicações necessárias à sua compreensão, salvo se isso não ocasionar prejuízo a ele ou a terceiros. Não sendo a hipótese dessa exceção, o médico não pode se negar a atender ao pedido do paciente. Percebe-se, assim, que ao paciente é reconhecida

³³⁶ O art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa, estabelece que: “A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”. A Lei 48/1990, de 24 de agosto (Lei de Bases da Saúde), preconiza, na Base XIV, 1, b, que: “Os utentes têm direito a: [...] Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei”.

³³⁷ A Lei 9.434, de 04.02.1997, que dispõe sobre “a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”, traz vários dispositivos que versam sobre o consentimento (art. 9.º, §§ 6 e 8.º, e art. 10, *caput* e § 1.º).

³³⁸ Resolução CFM 2217 de 27 de setembro de 2018.

³³⁹ Esse dispositivo está inserido no Capítulo V, que trata da relação do médico com o paciente e seus familiares.

³⁴⁰ “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.”

³⁴¹ Artigo constante do Capítulo X: Documentos Médicos.

soberania sobre seu corpo, primando-se pela sua decisão quanto a possíveis interferências médicas em sua saúde.³⁴²

Assim, a doutrina, de maneira quase unânime, perfilha o entendimento de que não há necessidade de consentimento direto quando há uma urgência ou emergência na intervenção.³⁴³ É certo que não se pode excluir o consentimento do paciente em todas as situações em que exista premência de um procedimento médico. Trata-se de uma excepcionalidade que deve ser tratada como tal, tendo em vista que, além da busca do melhor para a saúde de um indivíduo enfermo, sobrepõem-se a autonomia e a autodeterminação do paciente. Muitos são os casos em que pacientes muito debilitados ainda estão conscientes e podem decidir por si próprios. Desse modo, a regra é que o paciente receba informação clara e adequada para a formação livre de seu consentimento.³⁴⁴

³⁴² Em Portugal, o tema da informação e do consentimento na relação médico-paciente encontra espaço no Código Penal e em legislações esparsas. O art. 156.º tipifica a realização, por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada (art. 150.º), de intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente e estabelece pena de prisão até três anos ou multa. Assim, em Portugal é tratada criminalmente a falta específica do consentimento do paciente antes de ser submetido a uma intervenção. O dispositivo traz exceções quando diz que o fato não é punível quando o consentimento “só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde”, ou “tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”. No último caso, dá-se o exemplo do médico que, a meio caminho da realização de um procedimento cirúrgico inadiável, descobre um tumor que impõe risco de morte ao paciente e que precisa ser imediatamente retirado. Nessa hipótese, não havendo meios de obter o consentimento direto do paciente, pode o profissional agir no melhor interesse para a sua saúde, partindo-se do consentimento presumido de que o paciente, se estivesse consciente e pudesse responder por si naquela situação, anuiria com a atuação do médico.

³⁴³ No Código de Ética Médica brasileiro, não se faz diferença entre urgência e emergência (art. 37). Em Portugal, o Código Deontológico dos médicos (arts. 7.º e 47.º) e a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (art. 8.º) referem-se somente a situações de urgência. De acordo com o *Dicionário on-line de português*, a emergência diz respeito ao aparecimento de algo, à “Ocorrência de perigo, situação crítica; incidente, imprevisto”. A urgência, por sua vez, refere-se ao que “necessita de resposta imediata; pressa [...] Circunstância que, por ser muito delicada, séria ou grave, possui prioridade em relação as demais: casos médicos de urgência”.

³⁴⁴ Semelhante às disposições do Código de Ética Médica brasileiro, o art. 157.º do Código Penal português diz que o consentimento “[...] só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Aqui, reforça-se a necessidade de garantir que o paciente esteja devidamente informado sobre o diagnóstico e os riscos do procedimento à saúde, pois só assim o consentimento é considerado eficaz.

Nesse aspecto, também cumpre indagar: informações sobre todo e qualquer risco à saúde devem constar do consentimento informado? Essa questão diz respeito ao limite e à extensão da informação e ainda é assunto controvertido na doutrina e na jurisprudência. Em geral, a doutrina entende que ao médico é imposto o dever de prestar informações de diagnóstico sobre os riscos normais, previsíveis e significativos, levando-se em conta, quanto a este último, sua frequência, a “necessidade terapêutica da intervenção”, a gravidade e os hábitos do paciente.³⁴⁵ Assim, no caso de uma pessoa diabética que precisa de determinada intervenção cirúrgica, a comunicação com relação aos riscos poderá ser mais detalhada, inclusive sobre os riscos mais incomuns, dada a condição do paciente. Aliás, especificamente acerca dos riscos graves e raros, a doutrina diverge quanto à obrigatoriedade de informar, uma vez que a comunicação poderia causar mais malefício ao paciente. André Gonçalo Dias Pereira destaca duas correntes doutrinárias a esse respeito: uma que defende a comunicação sobre todo e qualquer risco³⁴⁶ e a que defende que se devem prestar informações acerca dos riscos graves previsíveis.³⁴⁷

No Brasil, o STJ, conforme se tratará mais detalhadamente adiante no item 5.9, posiciona-se no sentido de que o consentimento informado deverá ser mais ou menos específico, a depender do tipo de tratamento ao qual determinado paciente será submetido.

³⁴⁵ É o que aponta André Gonçalo Dias Pereira. O jurista aduz que: “A doutrina tradicional defende que existe apenas a obrigação de comunicar ao paciente os riscos ‘normais e previsíveis’, ou ‘a prever razoavelmente’, excluindo, desse modo o dever de informar os riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais. Mais recentemente, alguma doutrina e jurisprudência vêm defendendo a obrigação de se comunicar os riscos ‘significativos’, isto é, aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto. Trata-se de uma doutrina que impõe um dever de informação mais amplo que a anterior. O risco será considerado significativo, em razão dos seguintes critérios: (1) a necessidade terapêutica da intervenção, (2) em razão da sua frequência (estatística), (3) em razão da sua gravidade e (4) em razão do comportamento do paciente” (Responsabilidade médica e consentimento informado: ônus da prova e nexos de causalidade. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10577>. Acesso em: 25 jun. 2016).

³⁴⁶ Gilberto Bergstein elucida que: “Caso se adote o entendimento no sentido de que o médico deve ser obrigado a informar absolutamente todos os riscos graves, mesmo aqueles de natureza rara, ao paciente serão disponibilizados todos os subsídios para que possa ele – de maneira autodeterminada – fazer as escolhas dos riscos que deseja suportar, sem qualquer ranço de paternalismo. No entanto, tal escolha (como ocorre em absolutamente todas elas) não traz apenas vantagens. O paciente mais sensível ficará com um grande nível de angústia em função dos riscos que dificilmente se concretizarão. O fato de ter que comunicar todos os riscos também trará um aumento do volume de litígios médicos, por quebra do dever de informação, e, por conseguinte, formação inválida do consentimento” (*A informação na relação médicopaciente* cit., p. 167).

³⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médico cit., p. 69-109.

Quanto mais grave e arriscada para a saúde a intervenção, mais bem informado deverá estar o paciente.³⁴⁸ Ademais, a jurisprudência segue uma linha de que a prestação de informação clara, suficiente e adequada acaba por blindar o médico³⁴⁹ de qualquer responsabilidade decorrente do dever de informação, ao passo que, se o médico informa o paciente, mas deixa de comunicar acerca de um risco frequente, incide a responsabilização do profissional.³⁵⁰⁻³⁵¹

Nota-se, portanto, certa dificuldade com relação ao que informar ao paciente. Alguns termos de consentimento informado pecarão pela falta de informação adequada, outros trarão esclarecimentos mais completos, suficientes e claros, e outros mais virão com informações excessivas, que podem obstruir o entendimento correto do tratamento ou intervenção.

³⁴⁸ Nesse sentido, o STJ, no julgamento do Recurso Especial 436.827/SP, em 1.º.10.2002, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu que: “A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar-nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano”.

³⁴⁹ “Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório” (STJ, Recurso Especial 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.2010).

³⁵⁰ Em um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, datado de 29.04.2014 (Apelação Cível 0103456-50.2006.8.26.0100), reconheceu-se a responsabilidade do médico por não ter informado a paciente acerca da gravidade da sua doença e dos riscos da cirurgia: “Não se viu nos autos qualquer advertência à autora da gravidade de sua doença. Tampouco foi alertada, pormenorizadamente, dos riscos da cirurgia. Como visto, tampouco o informativo, supostamente entregue à autora, supriria a falta de informações. Ainda que não se possa apontar erro no uso da técnica e nos cuidados do réu com a autora, não pode o médico submeter o paciente ao risco de procedimento e técnica ainda não consagrados, e conseqüentemente de todas as complicações decorrentes, sem bem informar a respeito do paciente”. Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul imputou responsabilidade ao médico e ao hospital pela concretização de risco de procedimento cirúrgico que não havia sido previamente informado ao paciente, caracterizando, assim, falha no dever de informar e ausência de consentimento informado: “Ausência de consentimento informado. Dever de informar inerente à realização de procedimentos médicos de risco. Conquanto a perfuração de alça intestinal se insira nos riscos do procedimento a que foi submetida a autora, o que não tipificaria imperícia, houve falha na não cientificação prévia. Conduta agravada pela negligência na sequência do procedimento, em face da sintomatologia apresentada pela autora, a quem foi dada alta precoce, propiciando o agravamento do quadro e instalação de peritonite. Responsabilidade do cirurgião e do Hospital” (Apelação Cível 70018207043).

³⁵¹ Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça elaborou importante acórdão que trata de vários aspectos do dever de informação na relação médico-paciente. O precedente aponta o caráter disponível do direito de o paciente ser informado para decidir ou não por uma intervenção médico-cirúrgica e realça que o conteúdo da informação não será o mesmo para todos os pacientes em semelhante situação, visto que “o dever de informação é elástico”. Destaca que é despicando o detalhamento da situação médica e assinala que não é exigível comunicar sobre os “riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento”. No tocante ao termo de consentimento informado assinado pelo paciente, o tribunal aduziu que o documento não comprovava que as explicações médicas haviam sido dadas, tampouco indicava acertadamente os riscos do procedimento, porém trazia previsão de que o paciente não devia hesitar em “solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”, o que configuraria em recusa ao direito de ser informado pormenorizadamente.

No tocante aos impasses que compreendem o conteúdo, a extensão e o limite do dever de informar na relação entre médico e paciente, mormente no que tange aos riscos, tem-se observado a necessidade, por parte da doutrina e da jurisprudência, de encontrar um ponto de equilíbrio entre a autonomia da atividade médica e a autonomia do paciente, valorando-se ambas mutuamente. Não se pode burocratizar demais essa relação com excessivas informações, sob pena de se criarem entraves desnecessários a uma prestação médica célere, mormente diante de quadros clínicos que podem piorar com o tempo. Assim sendo, a informação deve ser um instrumento que facilite a comunicação entre o profissional e o leigo, de modo que este fique esclarecido a respeito dos tratamentos aos quais pode consentir se submeter, inclusive sobre os riscos que poderá suportar. O reconhecimento da autonomia do paciente serve para aplinar a relação médico-paciente quanto à informação, não devendo se apresentar como uma barreira, algo do qual deve o médico se defender.³⁵²³⁵⁵

Nesse contexto, a jurisprudência indica que o dever de informação quanto ao consentimento informado possui graus flexíveis de exigência. Há um pouco mais de tolerância e flexibilidade no dever de informar quando se apresentam situações de urgência (emergência), que demandam uma ação imediata para evitar graves prejuízos à integridade física do indivíduo ou até mesmo à sua vida. Nesses casos, portanto, constata-se um grau atenuado de exigência quanto aos rigores de um consentimento informado. Nas hipóteses de procedimentos meramente estéticos, embelezadores, tem-se observado um rigor maior por parte dos tribunais e da doutrina quanto aos limites e extensão do consentimento informado. Tendo em vista que o paciente não está ali para tratar uma doença, mas para melhorar sua condição estética, mesmo que isso implique riscos à sua saúde e à sua vida, é evidente que, em casos tais, o médico tem o dever de ser exaustivo com relação aos riscos aos quais o paciente estará exposto, se se submeter ao procedimento.³⁵³

³⁵² É o que se chama, na doutrina, de medicina defensiva. Nesses casos, há médicos que, com o intuito de evitar processos judiciais por falha no dever de informar, transmitem ao paciente um grande volume de informações e requerem inúmeros exames que muitas vezes são desnecessários. Gilberto Bergstein diz que, na medicina defensiva, os pacientes são considerados “potenciais inimigos” (*A informação na relação médico-paciente* cit., p. 167)

³⁵³ Pontue-se, no entanto, que a doutrina tem debatido se o médico está obrigado a comunicar acerca de risco raro, imprevisível. A menos que o paciente pergunte expressamente ao médico sobre esse dito *risco imprevisível e raro*, o profissional não estaria obrigado a informá-lo previamente no formulário do consentimento.

Em síntese, tem-se que o dever de informar deve sempre ser claro e adequado e dizer respeito a questões essenciais a tratamentos, intervenções, vantagens, desvantagens e riscos de procedimentos médicos. São as informações essenciais que delimitarão o dever de informar do médico. Ademais, o nível de exigência da informação vai variar em cada caso (se de urgência/emergência, se de cunho meramente estético, se se tratar de paciente que já possua algum problema de saúde etc.). Contudo, deve-se garantir que, em qualquer situação, o paciente compreenda bem o que lhe está sendo informado, a fim de decidir livremente.

5.7.3 HÁ UM DIREITO DO CONSUMIDOR A NÃO SABER?

Se a regra geral é o cumprimento do direito à informação, a questão que vem sendo levantada por certa doutrina na Alemanha e em Portugal é a existência concomitante de um dever do profissional a não informar. Esse dever se mostra presente quando o titular do direito, de forma inequívoca, manifesta seu desejo de não receber as informações. No âmbito da União Europeia, tem crescido uma espécie de direito a não saber. O dever negativo à informação está presente na publicidade por telefone, envio de material publicitário via postal ou *e-mail* e, por fim, na área da relação médico-paciente.³⁵⁴

Na questão que aqui interessa importa delinear em que circunstância o paciente pode legitimamente renunciar ao direito de informação, em outras palavras, ao dever de esclarecimento do médico sobre seu diagnóstico ou tratamento. Nesse sentido, para Menezes Cordeiro o ordenamento não pode se furtar a reconhecer “o direito à não informação ou o direito à legítima ignorância. Em alguns campos, como no da saúde, o não saber pode ser uma vantagem para o paciente”.³⁵⁵ Com o advento, inclusive, dos exames relativos à predisposição genética a certas doenças para permitir uma maior previsibilidade e planejamento dos cidadãos, existem pessoas que preferem um futuro incerto, ou seja, por razões psicológicas escolhem não tomar conhecimento de suas predisposições.³⁵⁶

³⁵⁴ Cf. NEUNER, Jorg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). Tradução de Gunnar Nilsson. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], v. 9, n. 3, p. 15-51, out./dez. 2015.

³⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio. O Direito a não informação: a proteção privada da liberdade de informação negativa. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 9, p. 45-50, 2015.

³⁵⁶ *Ibid*

No contexto da saúde humana, um direito a não saber, com exceção das situações relacionadas principalmente ao dever de notificação das doenças contagiosas, como a AIDS, é admitido na Alemanha como decorrência do direito constitucional do cidadão ao livre desenvolvimento da personalidade devidamente relacionado com o direito do cidadão à autodeterminação informativa. A violação desse dever, nas situações admitidas, acabaria por corroer a esfera mais estreita da intimidade, bem como a vida privada à qual o mundo exterior não pode ter acesso. É o direito de ser deixado em paz. A propósito, o professor catedrático de direito civil da Universidade de Augsburg, na Alemanha, Jörg Neuner:

Informações que sobrecarregam o receptor podem não apenas violar o seu direito geral da personalidade como também a sua saúde. Essa lesão passa a ser temida, quando um paciente é submetido a um diagnóstico ruim, do qual ele declaradamente não gostaria de ser informado. Como nas violações do direito geral da personalidade, a comunicação pode também atingir familiares próximos. Uma ilustração encontra-se na decisão *Huntington*, do *BGH*, do ano de 2014, na qual um médico informou a ex-esposa do paciente sobre o seu diagnóstico (incurável) e sobre os riscos associados em relação aos seus filhos. Desde então, a ex-esposa encontra-se com depressão reativa e em licença médica permanente³⁵⁷.

No tocante especificamente à saúde, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, em seu art. 10.2, manda proteger o direito do paciente a não saber ou não ser informado: “qualquer pessoa tem direito de conhecer a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”. Ao julgar o REsp/SP 1.195.995, o STJ chegou a discutir se o paciente tinha ou não o *direito a não saber* que era portador de vírus HIV. Tal discussão surge após o laboratório do hospital ter procedido ao exame do HIV, com outros exames, quando aquele (o do HIV) não fora solicitado. O exame para detecção do vírus HIV acabou sendo realizado involuntariamente sem pedido específico para tal; entretanto, o resultado, que se revelou *positivo*, acabou sendo passado ao paciente. No julgamento do caso, o paciente dizia que teve o direito a não saber, que era soropositivo informado e, diante de tal, reclamou uma indenização ao hospital. Sem negar a existência do *direito a não saber*, o STJ acabou negando-lhe o pleito, tendo em vista que o hospital assim procedera *involuntariamente* e que tal informação acabou ajudando o paciente a proteger sua própria saúde:

³⁵⁷ Ibid.

[...] mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, na compreensão deste Ministro, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior.³⁵⁸

Em Portugal, além da autonomia conferida ao paciente para poder abdicar-se livremente do tratamento, a ele também é outorgado o direito de optar por não receber a informação, em um verdadeiro exercício do direito de não saber,³⁵⁹ o que evidencia o caráter relativamente disponível do direito à informação, devendo-se ser ressalvados os casos em que está em jogo a saúde pública.

No ordenamento brasileiro, não existe nenhum dispositivo que expressamente autorize ao paciente o direito de renunciar à informação. O Código de Ética Médica apenas admite em duas hipóteses um dever de não informar ao paciente: (i) em caso de iminente risco de morte;³⁶⁰⁻³⁶¹ ou (ii) quando a informação possa lhe causar grave dano.³⁶²

Veja que, em ambos os casos, é o médico que tem a decisão de não informar. Em momento algum, admite que o próprio paciente possa renunciar o direito à informação. Mesmo na hipótese em que a informação possa causar grave dano ao paciente, a decisão de não informar cabe ao médico, que poderá esclarecer a gravidade da situação aos familiares ou a seu representante legal.

No Brasil, o Código de Ética Médica presume que o paciente não gostaria de receber a informação e manda o médico decidir por ele quanto ao não respeito a seu direito à

³⁵⁸ STJ, 3.ª Turma, REsp 1.195.995/SP, relator para o Acórdão Min. Massami Ueda, vencido a relatora Min. Nancy Andrighi, j. 22.03.2011.

³⁵⁹ “Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada” (art. 10.º, n.º 2, Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina).

³⁶⁰ Art. 22 do Código de Ética Médica: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

³⁶¹ “Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”

³⁶² “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

informação. E se, mesmo ante sua gravidade, o paciente não pudesse exigir do médico o esclarecimento sobre sua situação?

Se a autodeterminação informacional pertence ao paciente, não poderia ele também, em qualquer situação ou tratamento, renunciar ao direito à informação, independentemente de seu estado? Em monografia sobre o tema, Caitlin Mulholland sustenta que o direito a não saber do paciente, além de “proteger sua própria privacidade, está ancorado na sua autodeterminação informativa e a realização plena de sua liberdade existencial”.³⁶³

No âmbito deste trabalho, o direito à informação apresenta-se como um importante mecanismo de proteção da liberdade e igualdade do consumidor, ante o déficit de autodeterminação, que tem na assimetria informativa uma de suas causas. Entretanto, se o consumidor, como titular do direito, recusa esse direito de forma totalmente livre e espontânea, sua renúncia é em si uma manifestação de sua própria autonomia e liberdade. Portanto, o direito a não saber, nessas circunstâncias, pode ser legitimamente exercido como manifestação dessa mesma liberdade. Entretanto, como adverte Neuner, a renúncia deve se dar de forma expressa, clara e inequívoca.³⁶⁴ Em outras palavras, não pode o paciente, nessas situações, ser direta ou indiretamente, tácita ou verbalmente, constrangido a fazer essa renúncia, sob pena de viciar a manifestação da vontade.

5.8 A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO INTERESSE ECONÔMICO DO CONSUMIDOR NA EXECUÇÃO DO CONTRATO VIA DIREITO À INFORMAÇÃO

No plano pré-contratual, a maioria da doutrina elenca apenas a liberdade de escolha como interesse tutelado pelo direito à informação. Entretanto, há questões relevantes que devem ser informadas que remetem não especificamente à liberdade de escolha, mas à própria execução do contrato. O legislador cuida desse momento impondo-se que um conjunto de informações seja prestado exclusivamente para esse fim. Aqui, o consumidor ou o aderente já ultrapassaram a fase de receber as informações que lhes interessavam à celebração do

³⁶³ MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 179-188, abr./jun. 2011, p. 179.

³⁶⁴ NEUNER, Jorg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). Tradução de Gunnar Nilsson. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], v. 9, n. 3, p. 9, out./dez. 2015.

contrato e já decidiram pela contratação. No entanto, após a celebração, inicia-se a fase da execução das obrigações contratuais. Se tal é praticamente concomitante na celebração nos contratos de execução imediata, como a compra e venda à vista, nos contratos de duração necessariamente haverá uma relação desenvolvendo-se no tempo para o cumprimento das obrigações contratadas: “durante a execução do contrato e também após o seu cumprimento o dever de informação se faz necessário para que se obtenha uma melhor e menos onerosa execução do mesmo”.³⁶⁵

Observa-se que o direito à informação estende sua preocupação para a tutela da posição do consumidor ou do aderente nessa fase. Nessas relações contratuais duradouras, o consumidor ou o aderente devem ser informados de maneira muito clara como seus direitos podem ser reclamados no curso da relação, assim como o modo pelo qual devem cumprir suas prestações

O direito à informação nessa fase estabelece que a posição jurídica do consumidor sobre suas obrigações a cumprir, bem como dos direitos a exercer, não deixe qualquer margem para a arbitrariedade do fornecedor ou do predisponente, dando ao “sujeito tutelado uma suficiente garantia de certeza quanto à posição jurídica que para si resulta do contrato”.³⁶⁶ Como exposto no tópico relativo aos *deveres complementares de esclarecimento*, não raro o fornecedor deverá buscar prestar informações ao consumidor, mesmo após a celebração do contrato. Tal se impõe, inclusive, ante a ocorrência de novas situações de que o fornecedor tenha conhecimento e possam interferir na execução do contrato, prejudicando ou beneficiando a posição do consumidor.

No contexto dessa tutela específica, emerge a necessidade de não apenas ser claro na redação do contrato, mas de dar destaque a quaisquer cláusulas que limitem o direito do sujeito tutelado. O que está sempre em causa no direito à informação é a compreensibilidade. Por esse motivo, também entra em cena a forma como as cláusulas estão dispostas no contrato. Deve-se evitar que uma cláusula que diga respeito, *v.g.*, ao reajuste da prestação esteja desconexa, distante mesmo no contrato, da cláusula que trata do preço da contratação.

³⁶⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

³⁶⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 82.

Ainda que a cláusula seja clara, sua compreensibilidade será prejudicada pela forma como foi inserida no contrato.

No entanto, é possível que as informações concernentes à execução não estejam todas já dispostas na forma de cláusulas contratuais. Nesse caso, o fornecedor ou o predisponente deverão prestá-las ao consumidor ou ao aderente no curso da execução do contrato. Na medida em que as informações se refiram a aspectos secundários relevantes apenas na fase da execução, não está excluído que elas sejam prestadas após a execução do contrato.³⁶⁷

Tais informações podem se referir apenas a um dever de colaboração das partes, sem nenhum ônus adicional para qualquer dos contratantes, como, excepcionalmente, pode remeter ao próprio conteúdo contratual, por exemplo, agravando a posição do sujeito tutelado. Tal ocorre, *v.g.*, em alguns contratos de mútuo bancários, em que os juros podem variar no curso da relação contratual, cabendo ao fornecedor essa indicação. Apresenta-se nos contratos de assistência à saúde, cujos valores contratados são periodicamente modificados seja por conta da mudança da faixa etária do sujeito tutelado, seja em virtude dos reajustes decorrentes da inflação. Entretanto, essa possibilidade, inclusive, em razão de sua excepcionalidade, deve ser informada ao sujeito tutelado a fim de permitir sua exata compreensão, evitando-se surpresas no curso da relação.

5.8.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO NA REDAÇÃO DOS CONTRATOS

Outra preocupação muito presente com relação ao dever de informação, especialmente nas legislações de defesa do consumidor, refere-se à maneira como são redigidos os contratos de consumo. A pesquisa de campo deixou muito claro que essa preocupação tem sua razão de ser, pois, para mais de 20% dos consumidores, *contratos são difíceis de entender*, enquanto para outros quase 70% as informações não são transmitidas de forma simples, permitindo-lhes compreender melhor o que está sendo informado.

Manifestação mais flagrante dessa atenção especial revela-se na inovação trazida pelo legislador, tanto na reforma do CDC para albergar as disposições relativas à prevenção do

³⁶⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 83.

superendividamento como na *lei do distrato*, impondo a necessidade de o fornecedor, tanto do crédito como de imóveis na planta, apresentar-se de forma realçada o *quadro-resumo*^{368 369} (do contrato com informações em destaque sobretudo relativas ao pagamento de eventuais parcelas (inclusive com a composição pormenorizada do CET no caso da prevenção do superendividamento), bem como as consequências relativas ao desfazimento do contrato. Embora várias das informações estabelecidas no *quadro-resumo* como obrigatórias digam respeito à liberdade de escolha, após a assinatura do contrato todas elas são diretamente importantes para a proteção do interesse econômico do consumidor na execução do contrato.

³⁶⁸ Art. 54-B: “No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II – a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V – o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 20 do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor”. § 1.º, do CDC: “As informações referidas no art. 52 deste Código e no *caput* deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.”

³⁶⁹ Lei 4.591/1964, art. 35-A: “Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária serão iniciados por quadro-resumo, que deverá conter: I – o preço total a ser pago pelo imóvel; II – o valor da parcela do preço a ser tratada como entrada, a sua forma de pagamento, com destaque para o valor pago à vista, e os seus percentuais sobre o valor total do contrato; III – o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a identificação precisa de seu beneficiário; IV – a forma de pagamento do preço, com indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas; V – os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato e, quando houver pluralidade de índices, o período de aplicação de cada um; VI – as consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de distrato, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do incorporador, com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente; VII – as taxas de juros eventualmente aplicadas, se mensais ou anuais, se nominais ou efetivas, o seu período de incidência e o sistema de amortização; VIII – as informações acerca da possibilidade do exercício, por parte do adquirente do imóvel, do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial; IX – o prazo para quitação das obrigações pelo adquirente após a obtenção do auto de conclusão da obra pelo incorporador; X – as informações acerca dos ônus que recaiam sobre o imóvel, em especial quando o vinculem como garantia real do financiamento destinado à construção do investimento; XI – o número do registro do memorial de incorporação, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório de registro de imóveis competente; XII – o termo final para obtenção do auto de conclusão da obra (habite-se) e os efeitos contratuais da intempetividade prevista no art. 43-A desta Lei. § 1.º Identificada a ausência de quaisquer das informações previstas no *caput* deste artigo, será concedido prazo de 30 (trinta) dias para aditamento do contrato e saneamento da omissão, findo o qual, essa omissão, se não sanada, caracterizará justa causa para rescisão contratual por parte do adquirente. § 2.º A efetivação das consequências do desfazimento do contrato, referidas no inciso VI do *caput* deste artigo, dependerá de anuência prévia e específica do adquirente a seu respeito, mediante assinatura junto a essas cláusulas, que deverão ser redigidas conforme o disposto no § 4.º do art. 54 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)”.

De modo geral, a maneira como os contratos devem ser redigidos para permitir a exata compreensibilidade de seus termos tem conexão não apenas com a liberdade de escolha (uma vez que as minutas devem ser disponibilizadas previamente ao consumidor para ajudar no processo de decisão de contratar ou não), mas, sobretudo, com a proteção dos interesses econômicos do consumidor quando da execução das obrigações contratuais. No caso do Brasil, tem-se o art. 46 do CDC que, além de estabelecer que o consumidor tem que tomar conhecimento prévio do instrumento contratual, dispõe que o contrato não será vinculativo, “se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. Aqui, mostra-se uma nítida preocupação com a forma como os contratos são escritos. O que isso evidencia? A reiteração do requisito da *clareza* com a nítida preocupação com o seu elemento da *compreensibilidade*, que deve estar presente redação nas cláusulas contratuais.³⁷⁰

Nesse sentido, as cláusulas contratuais são instrumento de informação ao consumidor e trazem consigo deveres e direitos. Dada essa significância, os contratos não podem ser redigidos hermeticamente. Sua redação deve ser tal que possibilite ao consumidor, pela clareza da informação, do texto, compreender seu sentido e alcance e acompanhar a execução das obrigações. Em sintonia com essa preocupação, no § 3.º do art. 54 do CDC, determina-se que os instrumentos serão redigidos “em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. Para reforçar a necessidade de clareza na prestação da informação, a preocupação recai sobre a fonte do texto. Por vezes, os consumidores deparam com informações escritas em letras miúdas, que dificultam a visibilidade, a leitura e a compreensão do objeto do contrato.³⁷¹ Na maioria dos casos, a utilização de letras pequenas na redação de

³⁷⁰ “Visa-se, por este dispositivo, eliminar toda adulteração de vontade do consumidor, que tenha como origem informação contratual pouco clara, ou mesmo, como se viu, ausência de informação sobre elemento contratual, decorrente da circunstância de não lhe ter sido dada oportunidade de tomar prévio conhecimento do contrato”. ASSIS, Araken de *et al.* Direito das obrigações. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 235.

³⁷¹ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios considerou nula a cláusula-preço de contrato de consumo por ter sido redigida em letras pequenas, não estando clara e em destaque. Trecho da ementa do acórdão: “Informação inadequada. Cláusula que autoriza cobrança inserida em contrato de adesão com letras minúsculas, sem destaque, sem clareza. Violação ao disposto nos arts. 6.º, inciso III e 54, § 3.º, do CDC” (TJDFT, 2.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Apelação Cível no Juizado Especial 20131310008722. Rel. Des. Aiston Henrique de Sousa, j. 16.07.2013).

determinadas cláusulas contratuais se traduz em verdadeiro ardil para dificultar a compreensão do consumidor, a fim de ocultar informação relevante que poderia resultar na não contratação, ou desviar a atenção da abusividade de que está revestida alguma cláusula.

Nessa linha de raciocínio, tem-se, ainda, o § 4.º do art. 54, segundo o qual, além de ser redigido em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, é preciso que quaisquer cláusulas que impliquem limitação “de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.³⁷² Diante de uma obrigação cuja execução contratual se mostra muito onerosa para o consumidor/aderente (que não participa da redação das cláusulas), a doutrina chegou a sugerir que a cláusula deveria vir acompanhada do seguinte alerta: “atenção, estas cláusulas são perigosas para os seus interesses”.³⁷³ Esse destaque é uma espécie de alerta que se impõe ao redator dos contratos (o predisponente, fornecedor) para que, de boa-fé, alerte o consumidor para a presença de uma cláusula que limita um direito, que lhe impõe um sacrifício. Pela exegese do dispositivo, as cláusulas dessa natureza são lícitas,³⁷⁴ porém é pela característica de limitação de um direito do consumidor que o legislador lhes conferiu importância, na medida em que devem ser ressaltadas (em negrito, sublinhadas, realçadas etc.) para que o consumidor as compreenda fácil e imediatamente. Ao cumprir as disposições estabelecidas no CDC concernentes à elaboração dos contratos, o fornecedor obriga-se a disponibilizar ao consumidor uma minuta contratual sem armadilhas, um documento cujos termos possam ser lidos e perfeitamente

³⁷² Claudia Lima Marques aduz que a regra do art. 54, § 4.º, segue o modelo do art. 1.341 do Código Civil italiano de 1942 e pontua: “Note-se que o mestre italiano Alpa considera esta uma norma inócua, pois, se a cláusula é inequitativa ou abusiva, mesmo estando em destaque, com o método da adesão (*take it or leave it*), ela será aceita de qualquer maneira. E uma vez cumprido o dever de destacá-la, para a jurisprudência italiana ela se tornava, na prática, ‘intocável’. Mas no sistema do CDC este dever de destaque não exime o fornecedor do controle judicial do conteúdo do contrato”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 341.

³⁷³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano XX, n. 2-3-4, p. 124, abr./dez. 1973.

³⁷⁴ Cf. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 268.

compreendidos pelo consumidor leigo.³⁷⁵ A não observância dessa norma gera a não vinculação do consumidor.³⁷⁶

Verifica-se, portanto, que, quando se trata da redação das cláusulas contratuais, as informações disponibilizadas de forma clara, adequada e precisa, em caracteres legíveis e em linguagem de fácil compreensão, destacando-se as cláusulas que limitam o direito do consumidor, visam a ajudar o consumidor na compreensão do objeto que está contratando e no acompanhamento sem surpresas da execução do contrato, estabelecendo-se, com isso, uma relação de consumo transparente. Logo, não só estará o consumidor ciente dos ônus que eventualmente suportará no decorrer da execução do contrato, mas terá de modo facilitado o exercício de sua liberdade de escolha e a garantia da proteção de seus interesses econômicos.

5.9 A JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE OS INTERESSES PRIMARIAMENTE TUTELADOS PELO DIREITO À INFORMAÇÃO

No desenvolvimento deste trabalho, buscou-se observar, a partir de alguns julgados do STJ, o comportamento da jurisprudência dessa Corte, cujo objetivo é unificar a interpretação do direito federal em todo o território nacional. Os julgados foram separados a partir da incidência do direito à informação em três áreas de interesses específicas dos consumidores, partindo da ideia central do direito à informação como instrumental: (i) liberdade de escolha; (ii) proteção à saúde e segurança; e (iii) interesse econômico do consumidor na execução do contrato.

5.9.1 Consentimento informado

O STJ, por diversas vezes, decidiu controvérsias envolvendo o consentimento informado na relação médico-paciente. Conforme defendido neste trabalho, por meio do

³⁷⁵ O STJ entendeu ter havido violação ao art. 54, § 4.º, do CDC no caso em que se celebrou contrato de seguro e a seguradora não informou previamente ao consumidor acerca de cláusula restritiva de direito.

Depois de realizado o pacto, a prestadora de serviços enviou ao consumidor um manual do segurado no qual estava redigida, de forma unilateral, a cláusula de limitação. De acordo com o voto condutor, “[...] para o cumprimento do artigo 54, § 4.º do CDC, a cláusula restritiva de direitos deveria ter sido informada ao segurado de forma clara e precisa, tanto no momento da proposta, quando da entrega do ‘Manual’” (STJ, Recurso Especial 1.219.406/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.02.2011).

³⁷⁶ “A jurisprudência brasileira já uniu estes dois artigos, com o seguinte resultado: em caso de descumprimento dos deveres impostos nos §§ 3.º e 4.º do art. 54, impõe-se a sanção do art. 46 do CDC, qual seja, que as cláusulas (não o contrato como um todo, como à primeira vista parece resultar do art. 46 do CDC) que não forem devidamente ‘claras’, ‘redigidas de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance’ ou ‘destacadas’ devidamente, não obrigam os consumidores”. MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1024.

consentimento informado, está-se protegendo tanto a liberdade de decisão ou de escolha do paciente quanto sua própria saúde. Na linha do entendimento da Corte, em vários julgados, a sequela deixada no paciente, em si decorrente do tratamento médico, inclusive cirúrgico, não é indicativa de qualquer violação ao direito do consumidor, uma vez que, desde que não tenha resultado de imperícia médica, foi prévia e claramente informada ao consumidor. No *leading case* de 2002, a Quarta Turma do STJ equiparou a negligência do exercício profissional a deixar de obter do paciente seu consentimento informado.³⁷⁷ Nesse caso, a paciente teve a visão seriamente comprometida em virtude da cirurgia. A perícia realizada demonstrou que tal decorreu de complicação da própria cirurgia, sem nenhuma relação com qualquer erro médico em si. Entretanto, o Tribunal entendeu que o fato do paciente não ter sido devidamente esclarecido quanto a esse risco importava em violação do direito à informação, pois, se soubesse antecipadamente de tal possibilidade, o consumidor poderia ter decidido não se submeter ao procedimento: “a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacandose entre elas o consentimento informado”.³⁷⁸

O STJ tem, de certa forma, utilizado o critério do cumprimento ao direito à informação, inclusive quando o interesse tutelado é a saúde do consumidor, para operar uma espécie de inversão de risco. Foi o que ocorreu no julgamento em que o consumidor reclamava indenização do médico por falha no dever de informação. O paciente havia se submetido a uma cirurgia de vasectomia e veio a engravidar sua esposa dez anos depois. O STJ³⁷⁹ entendeu que a informação quanto a esse risco de concepção, mesmo que remoto, foi devidamente repassada ao paciente e, nesse sentido, o consumidor não poderia alegar desconhecimento de tal possibilidade. Esse critério também foi adotado no julgamento do REsp 1180815/MG, e o tribunal, mesmo em um caso de cirurgia estética embelezadora, afastou qualquer responsabilidade do profissional em decorrência da presença de cicatrizes (queloides) após o procedimento, pois “a paciente foi advertida sobre a possibilidade de

³⁷⁷ STJ, 4.^a Turma, REsp 436827/SP 2002/0025859-5, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1.º.10.2002, DJ .11.2002, p. 228, LEXSTJ 160/146, RSTJ 168/405.

³⁷⁸ STJ, REsp 436827/SP 2002/0025859-5.

³⁷⁹ STJ, 3.^a Turma, REsp 1051674/RS 2008/0087259-0, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 03.02.2009.

insucesso parcial ou total da cirurgia à qual se submeteu [...]”, inclusive sobre possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicos. Portanto, para o tribunal, toda informação, especialmente sobre o insucesso do procedimento, foi devidamente transmitida ao paciente: “Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório”.³⁸⁰

Mantendo esse critério, em julgamento mais recente, o STJ atribuiu ao fornecedor todos os ônus resultantes da não obtenção do consentimento informado do paciente acerca dos riscos específicos do procedimento cirúrgico. No caso julgado no final de 2018, o paciente sofria com tremores no braço direito em decorrência de um acidente automobilístico. Para a correção desses tremores, o profissional teria sugerido uma cirurgia simples, com anestesia local e duração de no máximo duas horas. Terminada a cirurgia, o paciente nunca mais voltou a andar. Não obstante, a perícia médica não tenha identificado nenhuma imperícia no ato cirúrgico, sugerindo que a seqüela adviria do risco do próprio procedimento em si, a ausência de qualquer demonstração no sentido de que o paciente teria sido esclarecido especificamente sobre tal (o risco de não andar) levou o Tribunal a entender pela violação do direito à informação do consumidor. Para o STJ, meras comunicações verbais e genéricas sobre riscos não importam no cumprimento da informação adequada: “o fato de toda cirurgia implicar riscos, desde a intervenção mais simplória até os mais complexos procedimentos cirúrgicos, é exatamente a razão de ser do dever de informação do profissional de medicina e, ao contrário do que faz crer essa circunstância, não retira do médico a necessidade de, de forma especificada, alertar acerca das adversidades dos procedimentos implementados para o tratamento de saúde de determinado paciente”. Se é fato que todo e qualquer procedimento é acompanhado de riscos, mais certo ainda é que cada procedimento se individualiza também em seus riscos e efeitos adversos.

5.9.2 ROTULAGEM ALIMENTOS

Ainda na proteção à saúde, bem como à própria liberdade de escolha, via direito à informação, a rotulagem dos alimentos mostra-se importante nesse sentido. A Lei 10.674/2003

³⁸⁰ STJ, 3.^a Turma, REsp 1180815/MG 2010/0025531-0, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010, 26.08.2010.

estabeleceu que, na comercialização dos alimentos industrializados, a informação sobre a presença de glúten deveria vir em destaque justamente para proteger os consumidores portadores de doenças celíacas. A questão que se colocava era se a simples menção sobre a presença de glúten nos alimentos era suficiente para garantir o direito à informação do consumidor. Ao julgar o EREsp 1.515.895³⁸¹, o STJ recorreu ao regime geral do direito à informação presente no art. 6.º, III, do CDC para consagrar o entendimento de que tal indicação, por si só, não informava adequadamente o consumidor. O tribunal considerou que se fazia necessária a integração entre a Lei do Glúten (lei especial) e o CDC (lei geral), principalmente no caso de fornecimento de alimentos e medicamentos: “A superveniência da Lei 10.674/2003 não esvazia o comando do art. 31, *caput*, do CDC, que determina que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar ‘sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores’, ou seja, a informação-advertência”.

Portanto, para o STJ,

[...] a informação-conteúdo “contém glúten” é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta à saúde dos doentes celíacos, tornando-se necessária a integração com a informação-advertência correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo: “contém glúten: o glúten é prejudicial à saúde dos doentes celíacos”.

Veja que, a despeito de haver norma específica, disciplinando sobre a rotulagem de alimentos com *glútem*, dentro do chamado regime especial do direito à informação, tal não impediu o julgado do STJ de *dialogar* com o regime geral do CDC, do artigo 6º, III, bem como com o artigo 31, para impor a obrigação de advertência, que não está prevista expressamente na Lei 10.674/2003. Em síntese, o STJ entendeu que o fornecedor estava deixando de cumprir os requisitos da *clareza* e *adequação* da informação, que, conforme o interesse tutelado na situação concreta, que tratava da saúde e segurança do consumidor, impõe o dever de advertência, o que inclusive foi debatido no item 5.1. do presente trabalho; ou seja, como defendido aqui frequentemente um o regime geral age complementarmente ao regime especial do direito à informação.

³⁸¹ STJ, Corte Especial, EREsp 1515895/MS 2015/0035424-0, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20.09.2017, 27.09.2017.

5.9.3 PUBLICIDADE ENGANOSA

Da mesma forma que nos julgamentos envolvendo o consentimento informado é possível identificar os aspectos relevantes que o Tribunal tem reiterado, como anteriormente relatado, pode-se identificar uma tendência da Corte nos julgamentos relacionados à publicidade e o direito à informação. Atuando na fase pré-contratual, como aqui mencionado, o STJ, sabedor do grau de influência que a publicidade exerce sobre o comportamento do consumidor, tem entendido que o fornecedor deixa de cumprir com o direito à informação quando: (i) um aspecto relevante para a decisão do consumidor sobre o produto ou serviço anunciado não é informado na peça publicitária; ou (ii) é informado sem o adequado destaque.

No julgamento do REsp 1.317.338.³⁸², o STJ considerou enganosa a publicidade, na área de telefonia, que ressaltava que chamadas de até cinco minutos custavam R\$ 0,99. Embora a legenda sem destaque, na publicidade, informasse que R\$ 0,99 era o valor do minuto, e não do custo da ligação de cinco minutos, o STJ considerou que ficou evidenciado que a publicidade veiculada é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço. Logo, como o destaque da publicidade a todo tempo salientava que chamadas até cinco minutos custavam R\$ 0,99, essa informação influía decisivamente na liberdade de escolha do consumidor. A informação relevante de tal valor (R\$ 0,99) de cada minuto da ligação acabou praticamente escondida no anúncio, motivo pelo qual essa publicidade foi considerada enganosa.

Em outro caso, foram colocados à venda *flats*, na planta, em um empreendimento anunciado por uma rede hoteleira, o que dava a entender ao consumidor que no local seria edificado um hotel. Entretanto, foi omitida das peças publicitárias a informação de que o empreendimento não tinha autorização do município para funcionar como hotel na região. O STJ, ao julgar o REsp 1.188.442.³⁸³, entendeu que, se “a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de

³⁸² STJ, 2.ª Turma, REsp 1317338/MG 2011/0275068-0, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.03.2013, DJe 1.º.04.2013.

³⁸³ STJ, 4.ª Turma, REsp 1188442/RJ 2010/0058615-4, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2012, .02.2013, RDTJ/RJ 93/101.

forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão”.

5.9.4 VINCULAÇÃO DA OFERTA/MENSAGEM SUFICIENTEMENTE PRECISA

Ainda no plano da proteção pré-contratual, o STJ tem enfrentado casos em que as condições da oferta anunciadas ao público, por qualquer meio, não têm refletido na forma como as obrigações são cumpridas posteriormente. Assim, a oferta, como a própria publicidade, tem a aptidão de influir na liberdade de decisão ou na escolha do consumidor, convencendo-o a contratar. Nos termos do art. 30 do CDC, uma oferta feita ao consumidor, por qualquer meio, desde que suficientemente precisa, a condição nela presente não pode ser alterada posteriormente para prejudicar o consumidor, inclusive no momento da assinatura do contrato. Em vários julgados submetidos à Corte, nesse sentido, o tribunal afastou a condição da execução contratual que divergia das condições da oferta. Uma concessionária de veículos anunciou uma promoção denominada “Palio *on-line*”, segundo a qual o consumidor poderia fazer a reserva de veículo. Feita a reserva e pago o valor anunciado, a concessionária não entregou o veículo. Nesse sentido, o consumidor propôs a ação contra a própria fabricante, porque o anúncio dava a entender ser uma oferta validada pelo próprio fabricante, visto que fora promovida por um revendedor autorizado por ela. No julgamento do REsp 363.939³⁸⁴, com fundamento no art. 30 do CDC, entendeu que o anúncio era suficientemente preciso para vincular a fabricante:

[...] o fornecedor que, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada.

Em outro caso exatamente de oferta ao público, por parte de uma incorporadora de imóveis, um grupo de consumidores foi atraído para a aquisição de imóveis, na planta, por meio de um anúncio publicitário, no qual se mencionava que os imóveis seriam financiados pela Caixa Econômica Federal. Entretanto, quando da assinatura do contrato de promessa de compra e venda, tal condição de financiamento pela Caixa Econômica Federal não se

³⁸⁴ STJ, 3.^a Turma, REsp 363939/MG 2001/0117474-5, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2002, DJ 1.º.07.2002, p. 338, RMP 19/452, RSTJ 159/373.

encontrava no documento; pelo contrário, o que constou foi exatamente uma cláusula dizendo que a incorporadora não garantia nenhum financiamento do saldo devedor com qualquer agente financeiro. Nesse sentido, a incorporadora se ofereceu aos consumidores para financiar o saldo devedor, em condições e prazos muito mais onerosos que os da Caixa Econômica Federal. No julgamento do REsp 341.405.³⁸⁵, o Tribunal entendeu que a incorporadora não poderia ter inovado no contrato de adesão e estipulado uma cláusula que pactuava uma condição totalmente diversa da anunciada. Considerou que a expressão financiamento pela Caixa Econômica Federal era suficientemente precisa para vincular o fornecedor, tendo em vista que tal influenciou decisivamente na liberdade de escolha dos consumidores e determinou o cumprimento forçado da oferta nos termos do art. 30 do CDC:

Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submetese a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada.³⁸⁶

5.9.5 O INTERESSE ECONÔMICO DO CONSUMIDOR NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS NOS JULGADOS

Caso emblemático que durante mais de dez anos frequentou os tribunais brasileiros dizia respeito à abusividade ou não da cláusula que, em contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta, estabelecia que o valor da comissão de corretagem seria pago pelo consumidor/adquirente. Os tribunais do Brasil inteiro divergiam sobre a abusividade da cláusula. Parte entendia que a cláusula era abusiva, determinando a restituição de todo o valor pago a título de corretagem aos consumidores, e parte julgava pela legalidade da cláusula. A controvérsia chegou ao STJ por meio de centenas de recursos. O Tribunal, então, decidiu afetar o tema. No julgamento do Recurso Especial 1.599.511, representativo da controvérsia, o STJ julgou a questão recorrendo, em grande medida, ao direito de informação para solucionar a controvérsia. Se o valor total da oferta do imóvel, incluindo o valor da comissão de corretagem, não fizesse parte da oferta, a referida cláusula (a transferência do pagamento da corretagem ao consumidor) deveria ser considerada abusiva; se, de maneira diversa, o valor da corretagem estivesse incluído de forma clara no valor total do bem anunciado ao

³⁸⁵ STJ, 3.^a Turma, REsp 341405/DF 2001/0101517-3, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.09.2002, DJ .04.2003, p. 198, RSTJ 172/330, RT 818/173.

³⁸⁶ Art. 30 do CDC.

consumidor, a cláusula, em si, não seria abusiva, uma vez que teria sido respeitado o direito à informação. Analisando-se os documentos assinados pelo consumidor, observa-se que o adquirente foi devidamente informado acerca do valor efetivo do imóvel e do preço final com o acréscimo da comissão de corretagem. Nesse sentido, o STJ fixou a tese 938³⁸⁷, extraída do julgamento do recurso repetitivo:

[...] validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.³⁸⁸

Tratando-se da execução do contrato, o STJ tem entendido que o fornecedor deve manter intacto o direito à informação do consumidor. Conforme regulado pelo CDC, o direito à informação não se limita à fase pré-contratual, ele está intensamente presente no momento da celebração do próprio contrato, estendendo-se à fase da execução do contrato. O que se busca na fase da execução do contrato é que o direito à informação facilite ao máximo o conhecimento do consumidor não só de suas obrigações, como de seus direitos. Nesse sentido, não só as cláusulas devem ser claras e as restrições aos direitos dos consumidores redigidas com destaque, como o fornecedor deve colaborar com o consumidor, via fornecimento de informações, para a execução do contrato. O importante é que não falte a transparência. Questão frequente nos tribunais diz respeito à execução dos contratos de assistência à saúde. No julgamento do REsp 1.561.445.³⁸⁹, o STJ deixou claro que não basta constar dos contratos com os consumidores a possibilidade de descredenciamento de clínicas e hospitais, é necessário: (i) não apenas a substituição do antigo credenciado por prestador de serviço com qualidade equivalente, mas, sobretudo, (ii) que o consumidor seja informado pelo fornecedor de forma específica e com antecedência, toda vez que ocorrer um descredenciamento. Mesmo que o descredenciamento não aconteça a pedido do plano, mas pela própria clínica ou hospital, o fornecedor não pode se eximir do dever de informar os consumidores sobre tal: “[...] o usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca

³⁸⁷ STJ, 3.^a Turma, REsp 1747307/SP 2018/0144216-2, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 28.08.2018, *DJe* 06.09.2018.

³⁸⁸ Recurso Especial 1.599.511 STJ.

³⁸⁹ STJ, 3.^a Turma, REsp 1561445/SP 2015/0210605-9, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13.08.2019, *DJe* 16.08.2019.

da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas”.³⁹⁰

Dentro dessa mesma preocupação de manter sempre o consumidor informado durante a execução do contrato, o STJ julgou o REsp 1.469.087³⁹¹ envolvendo os cancelamentos de voos, por parte das companhias aéreas. As companhias entendiam que elas tinham o direito de cancelar os voos sem informar aos consumidores os motivos ensejadores do não cumprimento do contrato de transporte aéreo. Para o STJ, as companhias aéreas não podem cancelar voos com análise apenas no foco empresarial, sem justificativa técnica ou de segurança. Nesse sentido, o direito à informação do consumidor não se satisfazia apenas com o comunicado sobre o cancelamento do voo, sem explicação. Independentemente da maior ou da menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar o consumidor, inclusive por escrito e justificadamente.

Na área de seguro para cobertura de risco patrimonial relativo a furto e roubo, a falta de clareza de algumas cláusulas, cujo sentido semântico é defendido pela seguradora, tem levado a questionamentos na justiça brasileira. O STJ, por mais de uma vez,³⁹² reiterou que a cláusula, que em contrato de seguro limita-se a cobrir o furto qualificado, excluindo a cobertura em caso de furto simples, não pode vincular o consumidor, quando da execução do contrato com a ocorrência do sinistro, pela falta de clareza. No julgamento do REsp 814.060.³⁹³, o acórdão registrou que nem [...] sequer os prepostos da empresa seguradora possuíam conhecimentos suficientes acerca da distinção entre furto simples e qualificado. Indagados aqueles sobre o tema, responderam, em síntese, que no furto qualificado há vestígios, o que não há no furto comum.” Portanto, o STJ tem entendido que se mostra inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da lei acerca da tipicidade do furto qualificado.

³⁹⁰ STJ, 3.^a Turma, REsp 1561445/SP 2015/0210605-9, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13.08.2019, *DJe* 16.08.2019.

³⁹¹ STJ, 2.^a Turma, REsp 1469087/AC 2014/0175527-1, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.08.2016, *DJe* 17.11.2016, *RSTJ* 245/276.

³⁹² STJ, 4.^a Turma, REsp 814060/RJ 2006/0014606-0, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.04.2010, *DJe* 04.2010.

³⁹³ STJ, 4.^a Turma, REsp 814.060/RJ 2006/0014606-0, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.04.2010.

6 OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES

Neste capítulo, serão abordados os obstáculos que impedem a efetividade do direito à informação dos consumidores, os quais serão avaliados a partir tanto do que foi identificado na pesquisa de campo como de outras constatações feitas pela doutrina. Frequentemente, esses obstáculos são imputados ao fornecedor, mas há outros que estão presentes no próprio consumidor. Com relação aos obstáculos patrocinados pelos fornecedores, tem-se a contraposição de interesses nas relações negociais de mercado com os consumidores, o cumprimento deficiente do direito à informação e, dentro das inovações tecnológicas, o patrocínio das chamadas *obsolescências programadas*. Da parte do consumidor, a baixa escolaridade, o analfabetismo funcional e ainda certa inércia com relação à disposição de se atentar para as informações que lhes são transmitidas também acabam atuando para reduzir a efetividade do direito à informação que lhe foi outorgado.

6.1 O OBSTÁCULO DA EDUCAÇÃO DEFICIENTE DOS CONSUMIDORES

No capítulo 10 do *Manual on Consumer Protection* elaborado pela ONU, adverte-se que o direito à informação dos consumidores muitas vezes é confundido com o direito à educação, porém tem diferentes significados:

*Consumer education refers to the process of gaining the knowledge and skills to manage consumer resources and taking steps to increase the competence of consumer decision-making. It focuses on the development of understanding and skills, and the gaining of knowledge. Consumer information on the other hand, refers to the provision of data relating to particular products or transactions so as to enable decision making in relation to a purchase. It can further relate to data about applicable law or the agency charged with regulating a particular industry.*³⁹⁴

³⁹⁴ Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/webditcclp2016d1.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021. A educação do consumidor se refere ao processo de aquisição de conhecimentos e habilidades para gerenciar os recursos do consumidor e tomar medidas para aumentar a competência de tomada de decisão do consumidor. Ele se concentra no desenvolvimento da compreensão e habilidades, e a aquisição de conhecimento. A informação do consumidor, por outro lado, refere-se ao fornecimento de dados relativos a produtos ou transações específicas, para permitir a tomada de decisão com relação a uma compra. Pode ainda estar relacionado a dados sobre a lei aplicável ou a agência encarregada de regular um determinado setor. A informação do consumidor é, portanto, “vinculada à situação”, enquanto a educação do consumidor, não. Educação do consumidor, e claro que a educação em geral é um pré-requisito para o uso eficaz da informação do consumidor.

Portanto, a informação é vinculada especificamente ao fornecimento do produto ou serviço em si, enquanto a educação do consumidor é geral e concentra no desenvolvimento de conhecimentos e habilidades para aumentar sua capacidade nas tomadas de decisão. Entretanto, o próprio Manual da ONU conclui que “education in general is a prerequisite for the effective use of consumer information”.³⁹⁵ Em outras palavras, a formação escolar dos consumidores não pode ser dissociada da baixa ou elevada efetividade do direito à informação. No caso do Brasil, o analfabetismo funcional, conforme dados coletados em 2018 pelo Indicador de Alfabetismo Funcional (INAF)³⁹⁶, atinge 30% dos brasileiros, isto é, indivíduos que, embora saibam reconhecer letras e números, são incapazes de compreender textos simples, bem como realizar operações matemáticas mais elaboradas. Na oportunidade, o INAF classificou os níveis de alfabetismo em cinco faixas: analfabeto (8%) e rudimentar (22%) (que formam o grupo dos analfabetos funcionais); e elementar (34%), intermediário (25%) e proficiente (12%) (que ficam na classificação de alfabetizados). No *ranking* dos países com maior taxa de analfabetos, é preciso dizer, o Brasil amarga a 8.^a posição no mundo. Na Alemanha, um dos países aqui em comparação, o índice de analfabetismo funcional de 2019, de acordo com a Universidade de Hamburgo, é de 12% entre cidadãos entre 18 e 64 anos. Então, o grande desafio é aumentar a taxa de compreensão do conjunto dos consumidores e, conforme aqui se mencionará, o enfrentamento desse problema não pode ser imposto exclusivamente aos fornecedores. Nesse sentido, a doutrina adverte que *a informação deve ser* “relacionada com a complexidade do negócio e a educação receptora [...]”.³⁹⁷

Veja que na pesquisa um dado chama a atenção nesse sentido. Ao mesmo tempo que 31% dos consumidores dizem que as informações são simples e fáceis de entender, a grande maioria, quase 70%, vê essas mesmas informações como difíceis de entender ou muito complexas. Qual seria o elemento central dessa percepção quanto à simplicidade ou à não simplicidade das informações? É evidente que a educação dos consumidores tem diferentes graus de desenvolvimento, pois o que para um grupo de consumidores é difícil de entender

³⁹⁵ Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/webditccplp2016d1.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

³⁹⁶ https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

³⁹⁷ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 519.

para outro grupo as informações divulgadas não oferecem qualquer complexidade para a perfeita compreensão.

Quanto à percepção do grau de suficiência ou insuficiência das informações, mais da metade dos consumidores (50,8%) entende ser insuficiente a informação recebida, ao passo que praticamente a outra metade diz que as informações são totalmente suficientes (31%) ou, inclusive, recebem informações além do suficiente para a compreensão (16,2%). O que justificaria essa disparidade na percepção do que é informação suficiente ou insuficiente? Aqui, mais uma vez, os diferentes níveis de educação dos grupos de consumidores é que vai fazer essa diferença e levar a essa situação de verdadeiro abismo entre os consumidores sobre o nível informacional e, por conseguinte, a capacidade real de compreensão do que é informado pelos fornecedores.

A educação dos consumidores é essencial no sentido de minimizar os efeitos da assimetria informativa, pois, como destinatário do direito à informação, sua formação educacional atuará inegavelmente como elemento essencial a um resultado mais satisfatório do processo comunicacional com o fornecedor. A educação do consumidor e a informação ao consumidor em si são questões diferentes, não obstante aquela (a educação) importar em uma maior efetividade da informação. Embora diferentes na essência, a educação e a informação dos consumidores atuam de forma necessariamente complementar, tanto assim que as legislações a elas se referem conjuntamente em vários momentos. É o que se observa nas legislações consumeristas brasileira e portuguesa, que separam o dever de informação do dever de educação dos consumidores e lhes conferem tratamento diferenciado. No Brasil, o art. 4.º do CDC³⁹⁸ dispõe acerca da Política Nacional das Relações de Consumo cujo objetivo

³⁹⁸ A doutrina entende que o art. 4.º do CDC é uma norma de função social, dados que os valores nela previstos objetivam verdadeira mudança no seio da sociedade. No caso, os princípios açambarcados pelo dispositivo em comento visam estabelecer uma nova forma de relação entre fornecedores e consumidores por meio da atuação do poder público. Quanto a isso, confira-se: “Em resumo, as leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devem suportar estes riscos. São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação, assim como impor uma lista de direitos básicos ao sujeito tutelado”. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

é atender as “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”. Para que esse objetivo seja cumprido, o CDC estabelece que alguns princípios devem ser atendidos, entre eles o da educação e informação dos consumidores e dos fornecedores “quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”. De maneira geral, as normas acerca da política nacional das relações de consumo procuram orientar todos os atos do poder público, que devem estar necessariamente pautados pelos princípios previstos no art. 4.º do CDC.³⁹⁹

Tal é a amplitude da norma insculpida nesse dispositivo que o legislador brasileiro não restringiu a educação sobre o consumo somente aos consumidores, estendendo-a também aos fornecedores. Nesse ponto, para uma efetiva proteção e da defesa dos consumidores, evidencia-se a necessidade de uma educação também voltada para o consumo. O dever de educação vai ser secundado no art. 6.º do CDC, que trata dos direitos básicos do consumidor. Então, assim como princípio de uma política nacional das relações de consumo, a educação se apresenta como direito basilar dos consumidores. Portanto, o inciso II do referido dispositivo preconiza que é direito básico do consumidor a “educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”.

Na Europa, em 1973, a Carta de Proteção do Consumidor do Conselho da Europa (Resolução 543, de 17.05.1973) previa, no item D, que as crianças em idade escolar deveriam receber “uma formação em matéria de consumo que lhes permita actuar como consumidores informados durante a sua vida”.⁴⁰⁰ Com relação aos adultos, deveriam ser disponibilizados “meios educativos no domínio do consumo”. Atualmente, o Tratado sobre o Funcionamento da

³⁹⁹ Nesse sentido, veja-se: “O ‘caput’ deste art. 4.º, ao definir objetivos que norteiam a política de relações de consumo, e não simplesmente, o que poderia ser chamado de ‘política de defesa do consumidor’, pretende ter um alcance substancialmente mais longo do que apenas o regramento dos preceitos que orientam o presente Código. Colima, em verdade, estabelecer parâmetros que devem nortear todo e qualquer ato do Governo, seja de âmbito Legislativo, como Executivo e Judiciário, quando do tratamento das ‘relações de consumo’, expressão evidentemente mais ampla do que apenas ‘defesa do consumidor’”. ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 42. (Biblioteca de direito do consumidor, 8).

⁴⁰⁰ Carta de Proteção do Consumidor do Conselho da Europa (Resolução 543, de 17.05.1973).

União Europeia estipula, em seu art. 153º,⁴⁰¹ que esta contribuirá “para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”, com a finalidade de promover os interesses dos consumidores e “assegurar um elevado nível de defesa destes”.

Em Portugal, a educação sobre o consumo é referenciada já no texto constitucional quando se fala em “formação” do consumidor. Com efeito, o art. 60.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa estabelece que os consumidores têm direito “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. Então, não se fala apenas em direito à informação, mas também em direito à formação do consumidor.

Na lei de consumidor portuguesa, esse direito é reafirmado no art. 3.º, “c”, e explicitado no art. 6.º, o qual estabelece que cabe ao Estado promover uma “política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores”. Para tanto, devem ser utilizados os “meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação”, nomeadamente o rádio, a televisão e os meios telemáticos (internet).⁴⁰² Ademais, o legislador prescreve que cabe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais “desenvolver ações e adotar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor”. Isso se dará mediante a concretização de programas e atividades de educação para o consumo no sistema de educação, o apoio às iniciativas promovidas pelas associações de consumidores no tocante a essa matéria, a promoção de “ações de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral”: e a promoção de uma “política

⁴⁰¹ Art. 153.º do Tratado de Nice: “A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a comunidade contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.”

⁴⁰² Nesse ponto, os itens 3 e 4 do art. 6.º predispõem que: “3 – Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor. 4 – Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado”.

nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo”. É de notar que, quando se trata da formação e da educação do consumidor, o legislador português deixou textualmente claro que essa matéria não é obrigação do fornecedor, ao contrário do que ocorre no CDC. A lei brasileira fala numa política nacional de consumo que procura levar em consideração a educação dos consumidores e fornecedores, sem mencionar expressamente o dever do Estado quanto à promoção da educação dos consumidores. Entretanto, o dever de educação para o consumo, enquanto política pública, só pode figurar como dever do Estado. Esse entendimento é partilhado por Héctor Valverde Santana:

[...] programas governamentais visam capacitar os consumidores a fim de minorar as diferenças entre estes e os fornecedores, propiciar mais liberdade de escolha no ato da contratação de produtos e serviços, considerando ainda os consumidores portadores de necessidades especiais ou com baixo nível de informação ou escolaridade, bem como aqueles que vivem em zonas rurais.⁴⁰³

Isso posto, é fato que a educação para o consumo, por meio da difusão e divulgação dos direitos e deveres dos consumidores, visa a preparar o consumidor para defender e proteger seus interesses no mercado de consumo. Portanto, o consumidor estaria, pelo menos em tese, apto a relacionar-se com o fornecedor de forma mais equitativa. Diz-se “em tese” porque, consoante já esposado nesta investigação, nenhum programa governamental de educação seria capaz de extinguir a assimetria informativa entre fornecedor e consumidor. Outrossim, nenhuma informação prestada pelo fornecedor conseguiria tal feito e, tanto em um quanto em outro caso, o consumidor permaneceria como um não profissional. Em contrapartida, veja que, conforme aponta pesquisa de campo, mesmo entre os consumidores com formação superior, há um percentual (36,4%) que confessa dificuldade similar na compreensão das informações transmitidas.

A educação escolar embora contribua para reduzir a assimetria das informações, no mercado, muitas vezes, ante a complexidade de produtos e serviços, não quer dizer que o consumidor com formação superior não terá dificuldades na compreensibilidade da informação. Será necessária até mesmo uma educação voltada para os consumidores com

⁴⁰³ SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor; necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

relação a produtos e serviços complexos. No Manual da ONU sobre educação e informação dos consumidores, há uma preocupação clara nesse sentido: “*Consumer information has become a necessity as a result of the increasing complexity and proliferation of goods and services*”.⁴⁰⁴ A ONU sugere que a educação dos consumidores envolva a ação estatal em áreas específicas: “personal finance; rights and obligations of the consumers, commercial persuasion”.⁴⁰⁵ O Manual das Nações Unidas recorreu ao estudo do Professor Heiko Steffens da Universidade de Berlim para indicar os principais temas que deverão incluir a educação dos consumidores:⁴⁰⁶ (i) a diferença entre a publicidade e a transmissão de informação; (ii) o funcionamento e a utilização de todas as tecnologias para o acesso a informações, meios eletrônicos como computadores, *notebooks*, *smartphones*; (iii) funções e estruturas de uma família, necessidades e desejos, estilos de vida, tomadas de decisões; (iv) gestão do dinheiro; planejamento orçamentário; (v) procedimentos com vistas à aquisição de moradia; contratação de imóveis para locação; (vi) direitos e deveres básicos dos consumidores; (vii) aquisição de produtos e serviços no mercado; o binômio preço e qualidade; (viii) segurança alimentar, saúde e nutrição; (viii) risco do desemprego, doenças, divórcio, superendividamento, discriminações;

⁴⁰⁴ ONU. *Manual on Consumer Protection* cit., p. 70.

⁴⁰⁵ ONU. *Manual on Consumer Protection* cit., p. 76. “finanças pessoais; direitos e obrigações dos consumidores, publicidade” Tradução livre.

⁴⁰⁶ ONU. *Manual on Consumer Protection* cit., 76: “Box 10: A body of contents for consumer education living in a Household: Family and household, functions and structures, values and behaviour, needs and wants, lifestyles and cycles of life, resources and constraints, problem-solving and decision making, goods and services production. 2. Seeking Information and Advice: Mass-media and commercials, advertisements and independent consumer information, supply of tests and advice, information and communication technologies, assessing and judging, using information and institutions. 3. Managing Money: Money and currency, planning and budgeting, spending and saving, credits and debts, taxes and social contributions, private insurances and formation of wealth, banks and financial services. 4. Buying Goods and Services: Price and quality, supply and demand, market competition and power, shops and stores, selling and marketing. 5. Communicating Satisfaction and Dissatisfaction: Criticism and complaints, protests and boycotts, consumers’ rights and duties, access to law and court, consumer protection. 6. Housing and Dwelling: Buying and renting, owning and sharing, size and furniture, costs and responsibilities contracts and tenant protection. 7. Caring for Health: Nutrition and eating, national and private health care, payments and repayments, sports and physical activities, diet and drugs, body images and self-reliance. 8. Coping with Problems: Poverty and unemployment, over-indebtedness and insolvency, separation and divorce, illness and disabilities, sex- and race-discrimination. 9. Influencing and Participating: Involvement with voluntary, official and community bodies, political parties concerned with consumer affairs. Caring for the Future: Impacts of consumption on the natural resources and the environment, sustainable consumption and the ecological commodity basket, eco-balances and product-line analysis, ecolabels and other information systems, costs and benefits. Source: Professor Heiko Steffens, Technische Universität Berlin”.

(ix) consumo sustentável; e (x) como buscar informações e aconselhamento de forma eficiente no mercado.

Em sintonia com as recomendações das Nações Unidas, há o reconhecimento por parte do legislador e do próprio Ministério da Educação de que a educação para o consumo deve integrar os currículos escolares. O art. 1.º da Lei 9.394/1996,⁴⁰⁷ que fixa as diretrizes e bases da educação nacional, estabelece que a educação deve abranger os processos formativos que ocorrem no cotidiano e qualquer cidadão, sobretudo que envolvam o *trabalho* e as *práticas sociais*, conforme estabelece o art. 3.º da mesma lei.⁴⁰⁸ Nesse sentido, o art. 16 da Resolução 7, de 14 de dezembro de 2010, do Ministério da Educação, indica expressamente que *a educação para o consumo* deve integrar os conteúdos curriculares do ensino fundamental.⁴⁰⁹

Veja que um dos temas recorrentes no *Manual on Consumer Protection* diz respeito ao controle do orçamento doméstico, ou seja, a educação financeira do consumidor propriamente dita. Após a crise financeira de 2008, a própria OCDE identificou a necessidade de que os programas de educação financeira integrassem os currículos escolares *o mais cedo possível*.⁴¹⁰ A recente reforma do CDC relativa à introdução de dispositivos para prevenção e tratamento do superendividamento deixa claro, no inciso IX do art. 4.º, que uma das formas de

⁴⁰⁷ Lei 9.394/1996, art. 1.º: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, *no trabalho*, nas instituições de ensino e pesquisa, e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1.º Esta Lei disciplina *nos movimentos sociais* a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2.º *A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social. Destaque de transcrição*”.

⁴⁰⁸ “Art. 3.º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] XI – *vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais*”.

⁴⁰⁹ “Art. 16 da Resolução n.º 7, de 14 de dezembro de 2014, do Ministério da Educação. Os componentes curriculares e as áreas de conhecimento devem articular em seus conteúdos, a partir das possibilidades abertas pelos seus referenciais, a abordagem de temas abrangentes e contemporâneos que afetam a vida humana em escala global, regional e local, bem como na esfera individual. Temas como saúde, sexualidade e gênero, vida familiar e social, assim como os direitos das crianças e adolescentes, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), preservação do meio ambiente, nos termos da política nacional de educação ambiental (Lei n.º 9.795/99), *educação para o consumo*, educação fiscal, trabalho, ciência e tecnologia, e diversidade cultural devem permear o desenvolvimento dos conteúdos da base nacional comum e da parte diversificada do currículo” (grifo do original).

⁴¹⁰ Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/financial-education/46193051.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021. “*Such education programmes should be conducted in a coherent and transparent manner between main stakeholders, as early as possible in a person’s life (e.g., as part of school programmes), and take into account individuals’ key teachable moments throughout their life cycle (e.g., entry in the workforce, buying a house, marriage, birth of child, etc.)*”.

combater o superendividamento não é apenas com o direito à informação, mas, sobretudo, via *fomento de ações direcionadas à educação financeira* do consumidor; e ainda o art. 6.º, XI, estabelece como direito do consumidor *práticas de educação financeira*.

Em outros diplomas legais, o dever de educação dos consumidores também é reforçado. Veja-se, por exemplo, em Portugal, a Lei 109/2015, de 26 de agosto, que dispõe sobre o fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins, e está inserida no âmbito de um regime jurídico especial de informação. O capítulo IX aborda medidas de prevenção e controle do tabagismo, e o art. 20.º, em específico, trata do dever não só do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais, mas também de diversos setores públicos, como o da saúde, da educação, da defesa do consumidor etc., de “promover a informação dos cidadãos [...] e contribuir para a criação de condições favoráveis à prevenção e ao controlo do tabagismo”.⁴¹¹

Nota-se claramente que as medidas estatais com relação à questão do tabaco são direcionadas a educar os consumidores para adotarem determinado tipo de comportamento no mercado de consumo, qual seja o de não comprar e utilizar produtos do tabaco, incentivando, ainda, a redução e a eliminação do consumo de produtos dessa natureza. Assim, valendo-se de informações e advertências direcionadas ao público, o Estado almeja formar consumidores que, sabedores dos malefícios oriundos do tabagismo, optarão, numa tomada de decisão racional, por não fazer uso do produto. Apesar da política educativa do Estado, tal terá sempre como limite a esfera de autonomia do indivíduo, que pode *decidir* iniciar ou continuar com o consumo do tabaco.

Por conseguinte, pergunta-se: quando o consumidor é informado, ele também não está sendo educado? Assim sendo, não teria o fornecedor uma função indireta de educar o consumidor? É fato que, quando o fornecedor cumpre com seu dever de informação perante o consumidor, este pode eventualmente assimilar conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço prestado. O consumidor pode imiscuir-se de tal forma no mercado de consumo a ponto de se tornar um especialista de produtos e serviços como consumidor, demonstrando conhecer

⁴¹¹ No Brasil, a atuação do Estado na educação dos consumidores pode ser verificada nas medidas de proibição de propaganda e nas informações e advertências do Ministério da Saúde.

mais que muitos técnicos, todavia essa não é a regra. Conforme adverte o *Manual on Consumer Protection* da ONU, a regra é que a informação não fará do consumidor um especialista, por maior que seja o volume de informações fornecidas: “[...] can all consumers be experts on all of these domains, all of the time? The tentative answer which is reached below is no”⁴¹² (todos os consumidores podem ser especialistas em todos esses domínios, o tempo todo? A resposta provisória que é alcançada abaixo é não).

A informação precisa ser clara e adequada, mas evidente que, como todo processo de comunicação, uma mesma mensagem pode produzir em diferentes receptores, destinatários, significados diferentes, que podem corresponder adequadamente ao que se procurou transmitir, ou não. Pode-se dizer que, como a informação em si não é dada para cada consumidor individualmente considerado, mas para a totalidade dos consumidores, a regra é que a informação possui graus de compreensibilidade diferentes que variam conforme o consumidor individual que a recebe. Logo, quanto maior o desenvolvimento da educação para o consumo, mais bem preparado estará o consumidor para lidar com as informações sobre produtos e serviços postos no mercado de consumo.

Como anteriormente mencionado, a informação é transmitida dentro de um processo de comunicação no qual se tem, de um lado, emissor-fornecedor e, de outro, destinatário-consumidor. Dessarte, a maneira como o consumidor receberá a informação dependerá, mesmo tratando-se de mensagens claras e adequadas, da circunstância pessoal do consumidor individualmente considerado e, portanto, de vários fatores de sua vida que o influenciaram e continuam a influenciar, bem como da forma como foi educado para o mercado de consumo.

Nessa linha de raciocínio, é de registrar que, atualmente, em virtude do avanço tecnológico e de um mercado de consumo global, a discrepância com relação ao nível educacional dos consumidores pode ser medida para além das fronteiras de um determinado país. Isso quer dizer que países com maior avanço tecnológico tendem a ter consumidores que

⁴¹² ONU. *Manual on Consumer Protection* cit., p. 69: “While each initiative appears admirable, the more examples that are given, the more the question arises: *can all consumers be experts on all of these domains, all of the time? The tentative answer which is reached below is: no, although many can become reasonably familiar when they need to be, even if such familiarity is likely to be of limited duration and, for some products, unlikely ever to be sufficient*”.

se adaptam e entendem melhor as novas tecnologias que ingressam no mercado do que aqueles países onde um atraso tecnológico e educacional é mais sentido. Naquelas nações tecnologicamente mais avançadas, os consumidores são constantemente chamados a lidar com essas novas tecnologias. Imagine um consumidor que nunca manipulou um *tablet* e um consumidor que está sempre em contato com esse tipo de tecnologia e já fez uso de vários desses dispositivos. É evidente que, ainda que a informação prestada pelo fornecedor seja clara e adequada acerca do uso do produto, não há dúvida de que o primeiro consumidor terá uma vantagem formativa e informativa considerável em relação ao segundo.

Nesse contexto, em decorrência dos diferentes níveis de educação dos consumidores, a informação clara e adequada pode encontrar na formação de determinado consumidor um limite intransponível. Portanto, em algumas situações, a informação consegue se fazer compreensível e ser entendida, de modo que o consumidor possa utilizar o produto adequadamente. Em outras circunstâncias, a falta de conhecimento mínimo sobre o produto ou serviço, em virtude de uma formação deficitária e aquém das inovações tecnológicas, pode colocar esse consumidor em desvantagem. Nesse caso, o consumidor está abaixo do que se denomina “homem médio” quanto à informação prestada pelo fornecedor. Aqui, chama-se de “consumidor médio” aquele que “deve entender as obrigações que está assumindo”.⁴¹³

Ante a deficiência da educação em geral e especificamente da educação para o consumo, o fato é que os consumidores permanecerão *consumindo*, contratando e ficarão expostos a todo tipo de práticas de mercado. Nesse sentido, o consumidor continuará se movimentando no mercado, com informação ou sem informação, com formação escolar adequada ou sem formação escolar adequada, com educação voltada especificamente para o consumo ou sem essa educação. Tal não quer dizer que essa deficiência vá levar sempre a más escolhas por parte do consumidor. Nesse sentido, entram em cena vários institutos do próprio direito ou do mercado, mesmo para proteger esse consumidor, seja mediante a proteção da confiança, conforme se verá adiante, seja por meio do instituto das cláusulas

⁴¹³ Cf MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 240, 2008.

abusivas, que o CDC estabelece *a priori* e que todo fornecedor deve respeitar, independentemente de seu conhecimento pelo consumidor.

6.1.1 O OBSTÁCULO DA EDUCAÇÃO DOS CONSUMIDORES NA COMPREENSÃO DA ROTULAGEM DOS ALIMENTOS

A situação da rotulagem dos alimentos ilustra bem como a disponibilização da informação em si ao consumidor não resolve o problema da assimetria, pois a capacidade de compreensão (da rotulagem), ainda que em linguagem clara e com alertas, não tem como transpor o problema da educação aqui exposto. Desde 07.10.2020, a diretoria da ANVISA aprovou a Resolução 429/2020 sobre a nova rotulagem nutricional para alimentos industrializados. Programadas para entrarem em vigor em 07.10.2022, as novas regras estabelecem: (i) padronização das rotulagens dos alimentos industrializados com letras pretas e fundos brancos; (ii) na parte frontal das embalagens, haverá sinalização sempre com o símbolo de uma lupa chamando a atenção do consumidor para os seguintes termos: *alto em sódio*, *alto em açúcar adicionado* e *alto em gordura saturada*.

Após consulta pública, a ANVISA entendeu que esse modelo das lupas com os alertas seria mais eficiente para a compreensibilidade do consumidor brasileiro do que o modelo de alertas coloridos, lembrando a sinalização de tráfego, vermelho, amarelo e verde, conforme o maior ou menor perigo de malefícios à saúde.

A nova resolução parte da premissa de que os termos *alto em sódio*, *açúcar adicionado* e *gordura saturada* facilitam a compreensibilidade do consumidor. Que consumidor é esse que a ANVISA levou em consideração, como destinatário da mensagem no processo de comunicação, para *melhorar* e tornar mais *eficiente*, ou seja, *compreensível* a rotulagem dos alimentos?

Teria a ANVISA partido do pressuposto da própria diretiva europeia sobre *consumidor médio*, que deve sempre ser atento e bem informado? Não seria apenas este consumidor *atento e bem informado* que pode compreender o que é um produto com *alto teor de sódio*, *açúcar adicionado* ou *gordura saturada*? Não é difícil constatar que, em um primeiro momento, simplesmente cerca de 30% da população brasileira, integrada por analfabetos funcionais, não teria como entender o que para a ANVISA tornaria a informação mais *compreensível*. Afinal,

saber o que é *sódio*, *açúcar adicionado* ou *gordura saturada* exige um mínimo de conhecimento desse consumidor com relação às tabelas nutricionais.

Mais do que isso: ainda que o consumidor tenha conhecimento desses elementos, isso não basta: ele precisa apreender mais ainda acerca do mal que eles fazem a sua saúde.

Pesquisa nacional promovida pelo IDEC em 2013⁴¹⁴ apresentou dados que corroboram a desconfiança aqui exposta. Embora a maioria dos entrevistados, por ocasião da pesquisa, tenha entendido que a rotulagem frontal facilitaria a compreensão da informação nutricional, 39% deixaram claro que não a utilizam porque “não conheço suficiente para ser capaz de utilizar a informação nutricional”. Quanto à leitura do rótulo nutricional, 51% declararam que *às vezes leem*, contra 21% que disseram *nunca ler*; nas classes D e E o referido percentual (dos que nunca leem os rótulos) chega a 49%; e na classe C, a 35%. A média geral dos consumidores que sempre leem os rótulos com informações nutricionais é de 27%; nas classes D e E esse número é de apenas 11%; e na classe C, de 15%.

Em síntese, os números da pesquisa do IDEC revelam que esse processo de comunicação entre fornecedor e consumidor na transmissão de informação nutricional tem grande chance de não ser totalmente efetivo, ou melhor, de ser permeado por ruídos, que independem da boa ou má vontade do consumidor em querer compreender a nova rotulagem. Quando 39% dos entrevistados declaram não saber nada sobre informação nutricional, como vão compreender o que significa “alto teor em sódio” e “alto teor em açúcar adicionado”?

Talvez aqui seja necessário dar razão ao estudioso americano Cass Sunstein,⁴¹⁵ de acordo com o qual, a despeito de buscar proteger a saúde, rótulos com expressões como *contém OGM* (organismo geneticamente modificado) são informação demais para o consumidor e dizem muito pouco. A própria pesquisa do IDEC revela que mais da metade dos consumidores (52%), quando vai comprar um produto alimentício, está mais preocupada com o *preço* e o *prazer* do que propriamente com a saúde, que é prioridade para 37% dos

⁴¹⁴ Disponível em: <http://www.idec.org.br/pdf/rotulagem-de-alimentos-e-doencas-cronicas.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

⁴¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Too much information*. [S.l.]: MIT Press, 2020. Edição do Kindle. p. 153: “*What information does government want to have? What information does it deserve to get? And what are the limits on its efforts to obtain it? These questions might seem far afield from those raised by mandatory disclosure, but they are close cousins*”.

entrevistados. Nas classes D e E, o *preço* e o *prazer* são prioridade para 63% e a saúde é prioridade para 31%.

6.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO À INFORMAÇÃO E O OBSTÁCULO DOS INTERESSES CONTRATUAIS CONTRAPOSTOS

Por conta da assimetria informacional, a legislação consumerista, como visto, impõe ao fornecedor a obrigação de informar o consumidor. O consumidor, conforme revelado pela pesquisa (86,9%), entende que a obrigatoriedade do direito à informação imposta aos fornecedores é extremamente necessária ou muito necessária. Apenas uma minoria de consumidores (3,9%) vê o direito à informação como pouco ou nada necessário. Esses dados revelam, majoritariamente, que o consumidor não somente sabe da importância de estar informado, como da própria obrigatoriedade desse direito, como que confessando que, por si só, teria muitas dificuldades de obter as devidas informações para se proteger no mercado de consumo. Entretanto, apesar de reconhecer ele próprio, o consumidor, a relevância do direito que lhe fora outorgado, ele as vê como difíceis de entender ou insuficientes, ou ainda, como visto no tópico anterior, não confia no fornecedor como sua fonte exclusiva de informações.

A maioria dos consumidores simplesmente parece não ter os fornecedores como fonte exclusiva das informações de que precisam no mercado de consumo. Nesse sentido, a pesquisa revela uma situação que ajuda a proteger o próprio consumidor contra eventuais comportamentos oportunistas dos fornecedores: apenas 15,9% dos consumidores dizem recorrer às informações prestadas pelos próprios fornecedores no momento da contratação. Outro número assustador: apenas 1,2% dos consumidores diz se informar por meio da publicidade patrocinada pelo próprio fornecedor. Quais seriam, então, as principais fontes de informação desses consumidores? Como revelado na pesquisa, mais de 20% dos consumidores (22,9%) recorrem a pesquisas na internet para se informarem, enquanto outros 41,2% se valem da própria experiência pessoal com o produto ou serviço.

Existe ainda outro elemento que reforça esse dado de fuga pelos consumidores das informações prestadas diretamente pelos fornecedores: quase 20% dos consumidores, 18,9%, recorrem a amigos e familiares para se informarem. Em síntese, o consumidor busca informações de todas as fontes que lhe sejam confiáveis, ou seja, parte dessas informações é

produzida espontaneamente, mediante a cognição da própria pessoa dentro da sua realidade, as quais vão se acumulando e consolidando com a experiência de vida de cada um.⁴¹⁶ Qual seria um dos motivos que levariam o consumidor, de certa forma, a abrir mão das informações recebidas diretamente dos fornecedores? Vários indicadores apontados na pesquisa militam nesse sentido: (i) a dificuldade constatada na pesquisa de grande parte dos consumidores apresentar problemas para compreender as informações divulgadas; (ii) a dificuldade de entender os contratos; (iii) a urgência em adquirir produtos e serviços no mercado, o que, conforme revela a pesquisa, não quer dizer que eles contratem totalmente no escuro sem informações.

Há muito o direito contratual, como se verá a seguir, identifica nos interesses divergentes ou contrapostos entre as partes um grave problema na livre circulação de informações entre as partes contratantes, o qual, evidentemente, faz-se presente no mercado de consumo. O consumidor sabe que desse antagonismo de interesses com o fornecedor o principal objetivo do fornecedor é que ele adquira seus produtos e serviços e ele próprio, o consumidor, simplesmente tem a percepção de que esse interesse não é o seu e não vai assumindo como verdades tudo o que lhe é apresentado no mercado. Embora outros indicadores revelem uma espécie de “confiança institucional” no fornecedor, conforme se verá em tópico próprio, o consumidor recorre a suas salvaguardas para não contratar apenas com base nas informações dos fornecedores. Nesse sentido, veja a pouca participação da publicidade como fonte de informação exclusiva do consumidor para a contratação, apenas 1,2%.

O contrato sempre tem por objeto um interesse econômico disponível.⁴¹⁷ Não obstante o direito à informação não se limite a proteger o momento prévio à formação do contrato, sobretudo nas relações de consumo, não se pode olvidar que é no ambiente précontratual que ele se revela um mecanismo de proteção de grande valia. Como indicado no item 5.2, ao atuar

⁴¹⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

⁴¹⁷ Nesse sentido: ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e Manuel Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 10.

como instrumento de garantia da liberdade de escolha, o objetivo é assegurar a seu destinatário condições mínimas para a decisão de contratar ou não.

Tratando-se da decisão a respeito do contrato futuro a ser celebrado, os interesses contrapostos naturalmente se apresentam como obstáculo à circulação de informações entre as partes e se revelam especialmente nos contratos onerosos,⁴¹⁸ como o são os contratos de consumo e grande parte das contratações de adesão. É fato que o contrato representa um consenso em torno do objeto e condições estipuladas, porém a existência desse consenso não afasta algo que é natural às partes: a divergência ou a contraposição de interesses econômicos. O consenso, materializado na forma das cláusulas contratuais, visa harmonizar esse “conflito”, contudo não se pode falar em seu desaparecimento.

Em suas posições jurídicas de comprador ou vendedor, mutuante ou mutuário, segurador e segurado, cada uma das partes procura defender seus interesses, que não são naturalmente os da outra parte, pois a maior vantagem para um contratante tem relação direta com o maior sacrifício do outro. Observem, *v.g.*, a divergência de interesses em torno da cláusula-preço na compra e venda; enquanto o comprador quer proteger seu interesse, adquirindo a coisa pelo menor preço possível, a defesa do interesse do vendedor impõe que ele busque vendê-la pelo maior preço possível. Portanto, se deixasse somente ao vendedor dizer o preço da coisa, o interesse do comprador sairia seriamente afetado. Outrossim, se deixasse ao comprador a indicação do preço, o interesse do vendedor seria prejudicado. Nessa contraposição de interesses, cada parte se arma para se autoprotger da melhor maneira e a composição final do acordo contratual acaba por representar também a composição acerca daquele conflito.

Essa contraposição de interesses pode redundar em um conteúdo contratual prejudicial a um dos contratantes⁴¹⁹ e afetar também a livre circulação de informações entre as partes. Se

⁴¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral de direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 325: “É tradicional na doutrina incluir no conceito de contrato, segundo a qual o consenso deve corresponder à harmonização dos interesses contrários”.

⁴¹⁹ “Dá-se então a luta de vontades egoístas, esforçando-se cada um para obter a maior vantagem em troca do menor sacrifício. Luta fecunda porque é produtora de energias e conservadora de riquezas, mas luta, em todo caso fatal, visto que o interesse é o principal móbil das ações humanas, pelo menos quando se trate de troca de produtos e serviços”. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 89.

a parte em geral não tem dificuldade de disponibilizar uma informação que esteja em sintonia com seu interesse e estimule a outra parte a decidir pela contratação, o mesmo não se pode dizer de uma informação negativa que esteja na contramão de seu interesse econômico. A parte pode avaliar que, se fornecer determinada informação negativa sobre o objeto do contrato, a outra parte poderá se ver desestimulada a celebrá-lo e daí o interesse econômico (de quem deu a informação) acaba prejudicado por uma conduta dela própria.⁴²⁰

Nos contratos de adesão, a contraposição de interesses mostra-se em sua forma mais gravosa, uma vez que o aderente não tem qualquer influência no regulamento contratual. Tal supremacia dos interesses divergentes do predisponente encontram também um campo fértil na fase pré-contratual quando, em face da assimetria de informações em desfavor do aderente, este não tem como vencer tal obstáculo e maximizar a proteção de seus interesses econômicos.⁴²¹

A doutrina⁴²² sustenta que o dever de cooperação imposto pela boa-fé é o antídoto legal ao problema da contraposição de interesses. Pietro Perlingieri⁴²³ chega a afirmar, inclusive, que a boa-fé eliminaria esse *conflito*. A contraposição de interesses é natural e está em todos os contratos onerosos e também sinalagmáticos. Não se acredita que a boa-fé e o próprio direito à informação tenham o condão de eliminá-la. Entretanto, não se pode olvidar que a imposição desses deveres às partes em todos os momentos da relação pré-contratual, contratual e pós-contratual acaba por amenizar os efeitos nefastos da contraposição de interesses no conteúdo contratual. Logo, a imposição dos deveres contratuais de informação não torna o interesse antes divergente em interesse convergente ou coincidente. O que o cumprimento da boa-fé e do próprio direito à informação pode ensejar é que a defesa do interesse econômico divergente de cada parte, por si só, seja feita dentro dos limites pela própria boa-fé.

⁴²⁰ A análise econômica do direito denomina essa conduta de *comportamento oportunista*. Ou seja, ao reter consigo uma informação que poderia desestimular o consumidor à contratação, o fornecedor estaria adotando esse chamado *comportamento oportunista*. Esse *comportamento oportunista* encontra nos interesses econômicos contrapostos um ambiente favorável à sua adoção.

⁴²¹ Nesse sentido: ROSILLO FAIRÉN, Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 2010. p. 34.

⁴²² Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁴²³ *Ibid.*

A existência de interesses contrapostos é da essência de qualquer contrato oneroso ou sinalagmático, seja ele paritário/negociado, simples adesão ou de consumo. É fato, entretanto, que, se essa contraposição é um óbice nas contratações paritárias ao livre fluxo das informações, o que dizer então de seus efeitos nas contratações de adesão e de consumo.

Se, nos contratos paritários, a parte consegue, via liberdade de fixação *conjunta* do conteúdo contratual, enfrentar com maior êxito os efeitos nocivos dos interesses contratuais contrapostos, nas contratações de adesão tendem a se agravar. Aqui, como o predisponente é quem praticamente estabelece todo o conteúdo contratual, sem a discussão ou participação do aderente, a tendência é que ele (o predisponente) acabe por maximizar a proteção de seus interesses ao mesmo tempo que *descuide* da proteção dos interesses do aderente. Ao cuidar com grande *eficiência* da autoproteção de seus interesses, a circulação da informação resulta prejudicada por diversos meios, seja na forma da redação das cláusulas do contrato, seja na omissão de informações relevantes no ambiente prévio à contratação. Esse mesmo problema vai atingir os contratos de consumo e aumentar o fosso existente em torno da assimetria de informações.

O que ocorre nas relações de consumo não é diferente da manifestação dos interesses contrapostos em outras relações. No entanto, nos contratos de consumo, em que a assimetria das informações é uma realidade, o consumidor vê-se ainda mais exposto e *impotente* para fazer face aos interesses contrapostos do fornecedor. Este geralmente reúne condições mais confortáveis para se *autoprotger* do interesse contraposto do consumidor. Tal autoproteção do fornecedor pode se dar, *v.g.*, de algumas maneiras: (i) sua condição de predisponente das condições da oferta sem espaços para modificação do conteúdo da relação negocial, seja na forma de contratação em massa, ou, *v.g.*, simples venda no varejo; (ii) com pesquisas sobre o comportamento, perfil dos consumidores em geral e tendências de consumo; (iii) com informações prévias e seguras acerca da idoneidade financeira do consumidor, protegendo-se melhor contra eventuais riscos de não recebimento do seu crédito,⁴²⁴ ficando o consumidor ainda mais exposto.

⁴²⁴ Os fornecedores, em geral, têm amplo acesso aos cadastros de crédito, como os da Serasa e SPC.

Diferente de outras situações em que é um contratante comum e pode buscar ele mesmo informações para sustentar sua *liberdade de escolha*, o consumidor precisa enormemente da colaboração do fornecedor para fazer face ao interesse contraposto deste, pois é ele quem deve necessariamente lhe transferir as informações relevantes para sua decisão final de consumo. Na grande maioria das situações, o consumidor não tem como buscá-las sem a colaboração do fornecedor. O fornecedor pode criar mecanismos e artifícios, por meio do recurso às mais diversas práticas de persuasão, para abster-se de dar ao consumidor as informações que militam contra o próprio interesse econômico daquele (do fornecedor). São informações relevantes que podem levá-lo a refletir melhor a respeito da decisão final de adquirir o produto ou o serviço e podem redundar, inclusive, na não contratação. Com receio de perder *vendas*, haveria todo um ambiente favorável ao *represamento* da informação, caso o ordenamento não atuasse no sentido de quebrar essa resistência.

Entretanto, como fazer com que o fornecedor rompa essa resistência e passe ele próprio, a despeito do interesse econômico divergente, a abastecer o consumidor com as informações de que tanto necessita?

O regime geral do direito à informação estabelecido no CDC e o próprio dever de transparência imposto pela boa-fé são as *armas* gerais do ordenamento para suprimir essa resistência. Ao se *recusar a* transmitir ao consumidor informações que podem desestimulá-lo à contratação, evidencia a violação do direito à informação imposto pelo CDC, bem como a quebra de dever de colaboração decorrente da boa-fé.

Além da arma geral da boa-fé, nas relações de consumo o ordenamento tem criado reiteradamente, de forma autônoma, uma multiplicidade de deveres de informação do fornecedor. No ordenamento português, esses deveres autônomos aparecem também nas contratações de adesão. A criação desses deveres atua no sentido de criar um ambiente de proteção em torno da liberdade de escolha e da saúde e segurança do consumidor.

6.3 AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E O RENOVAR CONSTANTE DA TECNOLOGIA

Alguns dados da pesquisa militam na direção de que o consumidor tem muita dificuldade de compreender as informações que lhe são transmitidas pelos fornecedores, ou simplesmente as vê com muita resistência. Senão, veja-se: (i) 20,4% afirmam que contratos são difíceis de entender; (ii) 36,4% sustentam que veem as informações como complexas ou pouco simples ou nada simples; (iii) 61,3% ou nada leem ou leem apenas uma parte dos termos de uso no momento de criar um perfil nas mídias sociais. O que estaria por trás dessa dificuldade dos consumidores em compreender o que é informado? Tratamos no item 6.1 sobre uma dificuldade natural decorrente da disparidade do nível educacional entre os consumidores, mas será somente essa a aparente causa de tal resistência que acaba aumentando a assimetria? A constante inovação tecnológica dos produtos e serviços não acabaria ampliando essa assimetria também entre os consumidores com maior nível educacional?

É fato que a assimetria da informação não é problema apenas na relação entre os consumidores e fornecedores. A ciência econômica identifica-a em todas as relações entre os agentes econômicos, ou seja, inclusive entre os próprios profissionais, fornecedores. Na veloz corrida tecnológica que o mundo tem presenciado, essa assimetria é vista entre os fornecedores como uma grande vantagem econômica⁴²⁵ do agente que primeiramente tem o conjunto de informações relativas à nova tecnologia à mão para concorrer no mercado com inegável vantagem competitiva. O Prêmio Nobel da Economia, Michael Spence, vê essa assimetria exatamente como vantagem mercadológica, não obstante seja da opinião de que inovação tecnológica pode levar também à redução da assimetria informativa. Pode ocorrer também o efeito contrário.⁴²⁶

No entanto, a corrida tecnológica pode permitir um maior acesso às informações. Na pesquisa de campo, 22,3% dos consumidores disseram que pesquisam frequentemente a

⁴²⁵ SPENCE, Michael. Os consumidores aprenderam a lidar com os vendedores. E agora? *Exame*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/as-lacunas-da-economia-digital/>. Acesso em: 19 ago. 2021. Para Michael Spence, um dos três premiados com o Nobel da Economia (2001), a assimetria de informação é parte da inovação e é “algo bom” para os fornecedores no mercado competitivo.

⁴²⁶ Ibid. “Graças à *tecnologia digital* e ao grande volume de dados acessíveis gerados por ela, porém, essas lacunas de informação estão se fechando e as assimetrias estão diminuindo”.

internet para se informarem a respeito dos produtos e serviços. Não resta dúvida, portanto, de que o acesso ao ambiente virtual tem a aptidão de contribuir para a redução das assimetrias informativas. As constantes inovações tecnológicas, todavia, podem, em muitos casos, aumentar essa assimetria, sobretudo em países com grandes problemas sociais como o Brasil. David Harland, no ano de 2000, já advertia que:

[...] the implications of the new information technology for level of employment are not yet clear. Unless there can be developed effective policies of widen access to use of technology [...] there are real risk the most disadvantaged in society will not be able to participate in the benefits.⁴²⁷

Para Héctor Valverde Santana, o desenvolvimento tecnológico e as práticas comerciais dele decorrentes “conduzem a uma relação de consumo cada vez mais impessoal, acentuando a vulnerabilidade do consumidor”.⁴²⁸ Nas palavras de Alcides Tomasetti Jr., ante as constantes inovações tecnológicas, a enxurrada de informações a que os agentes econômicos e, sobretudo, o consumidor estão sujeitos provoca uma espécie de *anestesia da capacidade de seleção*.⁴²⁹ Se tal ocorre assim entre os próprios profissionais, é evidente que a corrida tecnológica acaba por aprofundar a assimetria de informações em desfavor do consumidor. A esse propósito, têm-se reconhecido os fortes impactos das chamadas tecnologias da informação sobre o consumidor. Como anota Ricardo Luis Lorenzetti,

[...] é um fato que atividade econômica mobiliza-se em virtude de uma aliança cada vez mais sólida com o conhecimento [...] O conhecimento, por sua vez, caduca aceleradamente, o que obriga a que todo sistema se “flexibilize” para se manter à altura das circunstâncias [...] Muda o produto, já não é pensado para durar, mudam os serviços [...].⁴³⁰

⁴²⁷ HARLAND, David. The consumer in the globalized information society – The impact of the international organizations. In: WILHELMSSON, Thomas (coord.). *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 5. Tradução livre: “[...] as implicações das novas tecnologias da informação para o nível de emprego ainda não são claras. A menos que possam ser desenvolvidas políticas eficazes de acesso alargado à utilização da tecnologia [...] há um risco real de os mais desfavorecidos da sociedade não poderem participar nos benefícios”.

⁴²⁸ SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor; necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴²⁹ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos riscos e deveres de informação nas declarações negociais para o consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p.57, 1992.

⁴³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 513.

Tem-se falado na necessidade de monitorar esses impactos não só entre os consumidores,⁴³¹ mas também entre os próprios países, para não aumentar ainda mais as distâncias entre as nações ricas e pobres.

A saída proposta pelo próprio Harland⁴³² para amenizar esse impacto seria o investimento na educação dos consumidores por parte do próprio Estado. Entretanto, conforme exposto anteriormente, por mais eficiente que seja o programa de educação dos consumidores, ele não vai conseguir suprimir a assimetria da informação; em outras palavras, disponibilizar ao consumidor um sem-número de informações sobre o produto ou serviço, ainda que de forma clara, não o transforma em um profissional ou equiparado. Como não profissional, a disponibilização de informações, seja por meio de programas de educação, seja mediante condutas ativas do próprio fornecedor, vai, sem dúvida, reduzir em algum grau a assimetria existente, mas não vai eliminá-la.

Se a assimetria não foi eliminada em setores tradicionais do mercado, como no fornecimento de serviço de manutenção de veículos ou venda de carros usados, ante os novos serviços e produtos oriundos da tecnologia da informação, essa assimetria tende a aumentar sobretudo por dois fatores, como apontado pela doutrina: (i) rápida obsolescência de produtos e serviço;⁴³³ (ii) necessidade de um verdadeiro “treinamento” do consumidor para lidar com novas tecnologias.

No tocante ao fenômeno da rápida obsolescência, mal o consumidor aprendeu a lidar com as tecnologias dos produtos e serviços adquiridos, a seguir já tem de processar mais informações para fazer uso dos novos produtos e serviços que substituem os anteriores. É evidente que, se surgem novos produtos ou serviços que vão propiciar muito mais funcionalidade, eficiência e segurança, há uma grande utilidade social em seu fornecimento e aquisição por parte do consumidor. Nesse sentido, o consumidor, ainda que o fornecedor lhe preste informações claras e adequadas a seu respeito, será necessário um esforço de sua

⁴³¹ HARLAND, David. The consumer in the globalized information society – The impact of the international organizations. In: WILHELMSSON, Thomas (coord.). *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 3.

⁴³² Ibid., p. 4.

⁴³³ NAYER, Benoît de. The consumer in electronic commerce: beyond confidence. In: WILHELMSSON, Thomas (coord.). *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 125.

parte para processar minimamente essas informações, seja disponibilizando um tempo para a leitura dos manuais e prospectos dos produtos, seja, inclusive, demandando o fornecedor por esclarecer ainda mais as informações prestadas. Até porque, se o consumidor não se der ao trabalho de sequer ler os manuais e manipula o produto de forma equivocada, é ele, o consumidor, quem sofrerá as consequências de não poder, sobretudo, demandar o fabricante pelos danos sofridos.

Ante uma nova tecnologia, nem todos os consumidores têm o mesmo tipo de demanda por informações. Voltando ao exemplo anterior do *tablet*: o consumidor, *v.g.*, que já tem um *tablet*, ao comprar um segundo mais moderno, por já possuir as informações sobre o funcionamento desse aparelho, seguramente encontrar-se-á em uma posição de mais conhecimento do que aquele consumidor que está comprando um *tablet* pela primeira vez e que não sabe como um aparelho como esse funciona. Este último consumidor terá de dispor, em regra, de mais tempo que o primeiro para conhecer minimamente as funções do equipamento e manipulá-lo. Pode ocorrer que esse segundo consumidor, mesmo recebendo todas as informações de forma clara, diferentemente de outro consumidor em sua mesma posição, não consiga manipular o aparelho. Há um tempo mínimo que o consumidor precisa disponibilizar para tal e, conforme se verá no item sobre a inércia, são situações que acabam por configurar outro obstáculo à efetividade do direito à informação.

No que concerne ainda ao fenômeno da obsolescência, nem tudo o que se torna obsoleto no mercado é pelo fato de ele ter perdido utilidade. Existem aquelas *obsolescências* que decorrem de simples mudanças na aparência do produto, sem nada alterar sua funcionalidade, segurança ou desempenho, que *inteligentemente* o mercado explora como instrumento mais do *marketing* para aumentar as vendas e *pressionar* o consumidor a substituí-lo pelo novo modelo, recurso já tradicional no mercado de veículos novos. É o que a Ciência Econômica chama de *obsolescência perceptiva*, que descreve a chamada *obsolescência programada*, quando, mal é colocado um produto ou serviço no mercado com determinada tecnologia, ao mesmo tempo já se programa o lançamento de uma versão ainda mais moderna com alguns outros recursos tecnológicos. Tal ocorre muito no mercado de aparelhos de telefonia, computadores e eletroeletrônicos.

Seja a obsolescência meramente *perceptiva*, *programada* ou realmente *funcional*, o fato é que o consumidor, em qualquer das três situações, sofrerá com os efeitos da assimetria informativa, estando ainda mais vulnerável, quase sempre, quando se trate de uma obsolescência realmente técnica ou funcional.⁴³⁴

Como destinatário final de tudo o que o mercado produz, também no domínio das inovações tecnológicas é ele quem vai dar uso a estas e o objetivo do legislador é que o faça racionalmente e de forma a atender seus legítimos interesses. Para tal, independentemente de como o consumidor vai lidar com a informação recebida, é o processo de comunicação, o qual deve existir entre ele e o fornecedor, que deve contribuir para que tais objetivos sejam alcançados. A doutrina⁴³⁵ tem sustentado que, protegendo esse direito à informação e adotando-se medidas protetivas no sentido de torná-lo mais eficaz, poder-se-ia, inclusive, alcançar uma simetria nas relações entre consumidores e fornecedores.

Entretanto, se é certo que as informações não podem ser sonegadas ao consumidor, que, de posse delas, espera-se tenha como perseguir melhor seus interesses ao exercer a liberdade de escolha, ao manipular um produto ou serviço com riscos à saúde ou segurança, ou poder usufruir de todas as vantagens que a execução do contrato de fato lhe ofereça e estar esclarecido de suas obrigações, é certo também que a aptidão do direito à informação para garantir a efetiva proteção de seus interesses vai depender também de como o consumidor interage e se posiciona nesse verdadeiro processo de comunicação. Em virtude do espaço de autonomia do consumidor, nenhum ordenamento terá como assegurar, a despeito de consagrar amplamente o dever de informação, que as decisões dos consumidores serão racionais, na melhor defesa de seu interesse econômico, de sua saúde e de sua segurança.

6.4 A INÉRCIA DO CONSUMIDOR

A pesquisa revela que os consumidores, embora entendam como extremamente necessário o direito à informação, seu comportamento no mercado revela-se contraditório,

⁴³⁴ NAYER, Benoît de. The consumer in electronic commerce: beyond confidence. *In*: WILHELMSSON, Thomas (coord.). *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 123.

⁴³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 125.

senão vejamos: (i) apenas 15,9% têm o fornecedor como fonte de informações sobre o produto ou serviço; (ii) 13,7% não leem os contratos porque muitas vezes têm urgência em acessar o produto ou serviço; (iii) 20,4% dizem que leem os contratos porque “contratos são difíceis de entender”; e (iv) 61,3% não leem ou leem apenas uma parte dos termos de uso na internet.

Esses números, embora reforcem outros comportamentos dos consumidores, conforme visto nos tópicos anteriores, de forma flagrante revelam também a inércia dos consumidores com relação às informações que lhes são disponibilizadas pelos fornecedores. Nesse sentido, se a transmissão da informação está contida no processo de comunicação que deve se estabelecer entre o consumidor e o fornecedor, cujo resultado final almejado é a plena compreensão daquele (do consumidor), não seria possível, nesse caso, o direito à informação cumprir sua finalidade.

Como todo processo de comunicação, a informação disponibilizada pelo receptor, por exemplo, o consumidor, precisa ser processada. O ato de processar a informação impõe duas condutas que só o destinatário da informação pode adotar: nos casos das informações prestadas verbalmente ou por escrito, ter um comportamento ativo de ouvi-las ou lê-las, respectivamente. Logo a seguir, é necessário dele o segundo comportamento ativo: interpretar a informação recebida. É no sentido de evitar interpretações tão díspares que se impõe a obrigatoriedade da clareza da informação. Entretanto, sem interpretar a informação, o consumidor não consegue assimilar a informação que, de acordo com o ordenamento, deve ser a ele transmitida.

Nesse contexto, um comportamento passivo pode colocar em xeque os propósitos do legislador, ainda que o fornecedor tenha cumprido rigorosamente com seu dever de informação. Tal pode ocorrer com o consumidor seja não se dispondo a ler o contrato ou as instruções para o uso do produto ou serviço, seja lendo parcialmente apenas, seja não se propondo a se esforçar por interpretar ou *entender* o que o conjunto de informações quer transmitir. Veja o caso do manual de instrução do veículo, em que constam claramente vários alertas, *v.g.*: (i) deve ser trocado o óleo do motor a cada 10 mil km sob pena de danos ao motor; (ii) os pneus devem ser calibrados semanalmente a 30 libras. Pois bem, ante esse exemplo, várias situações podem ocorrer: (a) o primeiro consumidor leu e, como estavam em linguagem

clara as advertências, seguiu rigorosamente as orientações do fabricante; (b) o segundo consumidor leu do mesmo modo e assim também entendeu, mas, por conta própria, achou que era melhor trocar o óleo a cada 20 mil km e calibrar os pneus apenas a cada 30 dias, colocando 30 libras; (c) o terceiro consumidor não leu nada constante do manual e acabou por tomar decisões em desacordo com as instruções.

Como se vê, o primeiro consumidor teve uma conduta a partir das informações transmitidas, a qual realça a efetividade do direito à informação, ou seja, ele recebeu as informações e as utilizou racionalmente no sentido de proteger todas as suas esferas de interesses. Aqui, o direito à informação teria cumprido sua função. Por sua vez, o segundo consumidor teve uma conduta totalmente diversa da do primeiro e acabou, ainda que recebendo as mesmas informações, agindo de forma totalmente diferente. Se, nesse caso, os pneus vêm a explodir por excesso de pressão em plena estrada e ainda causando danos físicos ao consumidor, poder-se-ia dizer que o direito à informação não cumpriu seu objetivo? No terceiro caso, o consumidor simplesmente adota um comportamento absolutamente passivo, ou seja, ante a informação recebida, não faz nada nem lê e, por conseguinte, não tem o que interpretar. O direito à informação aqui foi respeitado, mas seu objetivo não foi atingido.

Como o direito à informação visa tutelar também a saúde e a segurança do consumidor, parece evidente que ele não cumpriu sua função no que diz respeito ao segundo e terceiro consumidores, e sim com relação ao primeiro. Entretanto, como assegurar que essa proteção se torne efetiva de qualquer modo, independentemente de um comportamento ativo ou passivo do consumidor? Aqui, há um limite intransponível, que é a autonomia da pessoa humana. Situação semelhante atinge os jovens que começam a fumar mesmo recebendo um sem-número de informações na forma de advertência, desestimulando-os ao consumo do tabaco. A efetividade em si do direito à informação, para além de uma conduta do fornecedor, vai depender também de uma conduta ativa do consumidor.

No subitem 5.1.1. defendeu-se um *dever complementar de esclarecimento* por parte do fornecedor, para reforçar a *compreensibilidade* do consumidor a partir de demandas deste (o consumidor). Se é assim, a informação complementar deveria ser fornecida àquele consumidor que a solicitasse, que mostrasse interesse por ela. Tal propósito esbarra em outra

questão irrefutável: ante a *vulnerabilidade*, sobretudo, técnica, pode ocorrer que ele por situar-se em um patamar de conhecimento abaixo do *consumidor médio* daquele produto ou serviço, não tenha compreendido a informação, mas também não saiba o que esclarecer junto ao fornecedor. Por essa razão, impõe-se ao fornecedor, enquanto profissional, independentemente de uma comportamento ativo ou passivo do consumidor no mercado, ou seja, ele deve prestar as informações ainda que jamais o consumidor viesse a se interessar ou reclamar por elas. Como profissional, o fornecedor, e não o consumidor, é que deve ter conhecimento de informações, que serão úteis ao consumidor na tutela de seus interesses, independentemente do seu interesse. Nesse sentido, deverão ser prestadas indistintamente ao consumidor presumivelmente interessado e ao não interessado. Muitas vezes, o fornecedor é obrigado a fazer um alerta ao consumidor acerca de um perigo do produto ou serviço que jamais poderia passar pela imaginação dele. É ele o fornecedor que deve saber onde reside o perigo do produto ou serviço.

Nesse contexto, parece equivocado afirmar que, com o direito à informação, é garantida a proteção dos interesses do consumidor. Tal garantia, como vimos, pode resultar ineficaz. No entanto, é possível assegurar que o direito à informação tenha a aptidão necessária para proteger os interesses por ele tutelados.

Particularmente preocupante é o percentual de consumidores que se mostram inertes à leitura seja dos termos de uso, seja dos contratos na internet. A pesquisa revela que impressionantes 61,3% dos consumidores simplesmente vão dando seu “concordo” sem ler o que o fornecedor lhe disponibilizou para assegurar, entre outras coisas, o direito à informação. Esse problema, como visto, tem o potencial de se agravar muito nas contratações eletrônicas.

Ainda que o direito à informação, como vimos anteriormente, não garanta a proteção efetiva dos interesses por ele tutelados, como a liberdade de escolha, o interesse econômico na execução do contrato, a saúde e a segurança, o fato é que sua aptidão para tal proteção já é por demais significativo.

Entretanto, além daquelas situações anteriormente citadas representadas pelas condutas distintas de três consumidores, há outra situação em que se tem assistido a uma

inércia de parte considerável dos consumidores ante o fornecimento de informações: o domínio das contratações eletrônicas.

Conforme exposto desde o início deste trabalho, a internet é reconhecidamente um ambiente que, por sua natureza, as informações circulam com grande rapidez. O caso noticiado na introdução do *site* americano PC Pitstop, especialista em suporte técnico virtual, é representativo do obstáculo aqui apresentado. O que levaria milhares e milhares de consumidores desse fornecedor a simplesmente não lerem qualquer cláusula do contrato virtual?

Como identificado na pesquisa de campo, tal comportamento já faz parte do dia a dia do consumidor nas contratações eletrônicas. Há aqui, portanto, certa perplexidade por parte dos defensores do direito à informação, seja como “direito fundamental”, seja como “palavra mágica” do sistema de proteção ao consumidor. Toda a preocupação em não só dar ao consumidor proteções gerais no tocante à informação, mas também com a indicação de listagens nas legislações esparsas do que deve pormenorizadamente ser informado, teria se tornado inócua? Tal tem levado alguns estudiosos a desconfiarem do direito à informação em si, chegando a sustentar que seria *counterproductive* e que o sistema deveria ser reavaliado.⁴³⁶

Tudo o que ele propõe no sentido de proteger o consumidor não se manifesta eficaz? Aqui, diferente das situações anteriormente narradas, o comportamento marcante do consumidor é simplesmente não se importar com os termos de utilização, as ressalvas feitas. Além da questão colocada, surge outra: nessas circunstâncias, o consumidor ainda assim está vinculado às restrições impostas pelas condições de utilização que sabidamente não são lidas? Eric Goldman, na qualidade de professor e diretor do *High Test Law Institute* da Universidade de Santa Clara, no Estado da Califórnia, em monografia sobre o tema, chegou às seguintes conclusões:⁴³⁷ (i) a vinculação do consumidor não deixa de existir, mas não há como negar que o consentimento outorgado é um consentimento frouxo ou fictício; (ii) o estudo feito com consumidores que leram os termos depois de darem seu consentimento revela que, muitas

⁴³⁶ Nesse sentido: SUNSTEIN, Cass R. *Too much information*. [S.l.]: MIT Press, 2020. Edição do Kindle.

⁴³⁷ GOLDMAN, Eric. The crisis of online contracts (as told in 10 memes). *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper*, mar. 1, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3796519>. Acesso em: 16 set. 2021.

vezes, eles se arrependem de ter contratado em razão do conteúdo desvantajoso do contrato; (iii) os consumidores, mesmo assim, acabam contratando impulsionados pela confiança no fornecedor.

Em que pese o consentimento frouxo, o ordenamento brasileiro vai responder positivamente a essa indagação. Se as informações indicadas nesses contratos ou termos de utilização colocados à disposição do consumidor, na forma de cláusulas e condições, obedecem aos critérios de clareza, acessibilidade e essencialidade, e não há no conteúdo das cláusulas qualquer nulidade indicada pelo ordenamento, elas serão plenamente vinculativas. Em outras palavras, o que o ordenamento está dizendo aos consumidores: como em qualquer contrato, uma vez cumprido o dever de informação, se seu conteúdo não ofende expressamente a lei, seja, inclusive, como nulidades exemplificadas, o consumidor a ele está plenamente vinculado.

Como solucionar, contudo, a presente questão: como já antevê o próprio fornecedor que o consumidor não vai ler o contrato, qual sentido faria redigir o contrato obedecendo aos requisitos da clareza, acessibilidade e essencialidade? O mesmo resultado não ocorreria com o contrato elaborado em termos totalmente herméticos, técnicos, sem qualquer clareza? Têm crescido as apostas em soluções, inclusive com apoio na tecnologia, no sentido de facilitar a compreensibilidade dos contratos. Há um movimento nos Estados Unidos em torno da *visual law*, recurso que tem sido utilizado na redação de contratos. O objetivo da *visual law* seria, via adoção de recursos gráficos e visuais, tornar as mensagens mais acessíveis, como *timelines*, *fluxogramas*, *vídeos e infográficos*, além de *ícones*.⁴³⁸

Em seu estudo, o professor californiano Eric Goldman⁴³⁹ cita algumas alternativas que têm sido desenhadas nos Estados Unidos com intuito de resolver o problema do fenômeno do chamado consentimento frouxo: (i) agentes digitais e também empresas certificadoras dos conteúdos desses contratos certificariam se as minutas disponíveis *on-line* estão ou não em sintonia com os direitos dos consumidores; e (ii) a obrigatoriedade de os fornecedores fazerem

⁴³⁸ Disponível <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opiniao-entre-graficos-qr-codes-direito-frente>. Acesso em: 16 set. 2021.

⁴³⁹ GOLDMAN, Eric. The crisis of online contracts (as told in 10 memes). *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper*, [Santa Clara], Mar. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3796519. Acesso em: 24 set. 2021.

as chamadas divulgações barulhentas logo no acesso aos *sites* (em grande destaque) alertando os consumidores para pontos importantes presentes nos contratos *on-line*. Como o autor mesmo admite, as denominadas divulgações barulhentas “não melhoram necessariamente a compreensão do consumidor”, ou seja, o consumidor, por qualquer motivo, pode continuar contratando sem ler os termos do contrato.

Com relação ao agente digital e ao certificador, são recursos praticamente tecnológicos que podem aprimorar o ambiente de segurança da contratação, ou seja, a tecnologia gerando soluções de problemas causados também pela própria tecnologia das contratações *on-line*. Todavia, questões ligadas ao conflito de interesses tanto dos agentes como dos certificadores nos mercados podem vulnerar a confiança nestes. De qualquer modo, essa alternativa, como assinala o autor, não resolve o problema da falta de informação por inteiro; se adotada, atuaria como mecanismo complementar, e não como a resposta única para essa grave questão. Outra solução apontada seria legislativa, com os legisladores ditando o conteúdo dos contratos. No entanto, como o próprio autor reconhece, a velocidade do desenvolvimento tecnológico no mundo virtual literalmente deixa os legisladores perdidos. No caso brasileiro, teoricamente, esse preenchimento existe a partir do art. 51 do CDC, que considera como não escritas no contrato as chamadas cláusulas abusivas, inclusive aquelas contrárias à boa-fé, as quais, como princípio geral, mostram-se, nesse contexto, como uma importante ferramenta para afastar cláusulas que deixem o consumidor em posição de manifesta desvantagem.

Se o efeito é a vinculação plena, pode-se dizer que, se o direito à informação, ante a natureza veloz da contratação eletrônica, tem diminuta possibilidade de se tornar efetivo para o consumidor, acaba por deixar o fornecedor em uma posição de maior conforto ou proteção ou, como tem sido reforçado em alguns julgados no STJ, conforme tratado no subitem 5.9.1, especialmente no caso do consumidor que deixou de se atentar para os riscos informados no termo de consentimento informado, as regras do direito à informação podem, em algumas situações, servir mais para proteger os riscos dos fornecedores no mercado que os próprios consumidores.

Se é assim, o resultado a que conduz a aplicação do direito está na contramão de todo o ordenamento, que é a de proteger a posição de vulnerabilidade do consumidor, quando, ante

a reduzida efetividade do direito à informação nas contratações eletrônicas, o consumidor estaria ainda mais exposto, em outras palavras, mais vulnerável.

Por ora, parece que essa situação aqui colocada, se contrária à essência do sistema protetivo, merece uma maior investigação acerca dos resultados possíveis do cumprimento do dever de informação. Na tentativa de solucionar essas particularidades ligadas à natureza da contratação eletrônica, têm surgido vozes na doutrina a sustentar a necessidade de fazê-lo com base no princípio da confiança, “porquanto ela está na base do funcionamento do sistema especializado, indestrinçável e anônimo”,⁴⁴⁰ recorrendo-se à ideia de *aparência jurídica*. Nesse sentido, todo o conteúdo da *regulação* da contratação eletrônica predisposta pelo fornecedor, que esteja confrontando com a legítima expectativa gerada no consumidor, não poderia ser vinculativo. Entretanto, admitir que a confiança seja convocada a resolver o problema da vinculação da contratação eletrônica merece um aprofundamento maior, o que será discutido no item 7.2.

⁴⁴⁰ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004. p. 375-376.

7 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Ao longo do texto, esta investigação enfrentou várias discussões: (i) o problema em si do direito à informação, sobretudo da assimetria informacional; (ii) a raiz constitucional do direito à informação na proteção dos consumidores; (iii) a apresentação dos dados da pesquisa de campo, quando foram ouvidos 1.372 consumidores com margem de erro de 3%; (iv) o regime geral do direito à informação a partir da matriz do art. 6.º, III, do CDC; (v) a constatação de que o direito à informação não é um fim em si mesmo, mas um meio de proteger os interesses primariamente tutelados pelo direito à informação, inclusive com debate acerca da jurisprudência do STJ; e, (vi) com base na doutrina e pesquisa de campo, debateu-se sobre os principais obstáculos à efetividade ao direito à informação: da falta de uma educação geral e de uma educação para o consumo à inércia dos consumidores.

Buscam-se neste capítulo, a partir do debate realizado no âmbito desta investigação, os fundamentos que justificam o direito à informação com a procura de resposta às questões colocadas na introdução, quais sejam: (i) o direito à informação tem sua base na boa-fé?; ou (ii) qual a função da confiança na proteção pela informação ou na falta dela? (iii) ou o direito à informação se justifica no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor?; ou (iv) o que respalda o direito à informação é a justiça, o equilíbrio das relações?; ou, por fim (v) o direito à informação existe com fundamento constitucional na igualdade e liberdade?

7.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A doutrina coloca o dever de informação como diretamente derivado do princípio da boa-fé objetiva.⁴⁴¹ É de destacar que o CDC faz expressa referência à boa-fé apenas em dois dispositivos: o inciso III do art. 4.º, que trata acerca da Política Nacional das Relações de

⁴⁴¹ Veja a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: “o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 66, jan./mar. 2001.

Consumo;⁴⁴² e o inciso IV do art. 51, que versa sobre a nulidade das cláusulas abusivas.⁴⁴³ No âmbito do direito civil, o CC brasileiro fala do princípio da boa-fé em seu art. 422, dispondo que é uma obrigação que as partes devem ter no momento da conclusão e da execução do contrato.⁴⁴⁴ Entretanto, será mesmo a boa-fé o fundamento do direito à informação nas relações de consumo? O dever de informação é matéria de especial relevo no direito consumerista, trazendo previsões bem distintas no tocante ao que se encontra na esfera do direito civil.⁴⁴⁵ O consumidor, parte mais vulnerável nas relações de consumo, é credor do direito à informação, enquanto o fornecedor é o devedor desse direito. Atualmente, são inúmeras as disposições legais que tratam do dever-direito à informação, e muitas delas regulam específica e detalhadamente alguns setores do mercado de consumo, como o do comércio de tabaco.

Conforme revelado na pesquisa, o consumidor aplaude a obrigatoriedade do direito à informação. Esse direito dá ao consumidor uma espécie de segurança quanto à necessária presença da transparência em todas as relações de consumo não só contratuais, mas também extracontratuais. No entanto, esse mesmo consumidor confessa que, muitas vezes, contrata sem ler os termos e condições do contrato, seja porque já conhecia o próprio produto ou serviço, seja porque tinha urgência na contratação. Evidente que essa conduta do consumidor tem a ver com uma espécie de confiança na conduta de boa-fé do fornecedor, que não vai

⁴⁴² “Art. 4.º 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: [...] 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.”

⁴⁴³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁴⁴⁴ No Código Civil português, encontra-se norma semelhante no art. 227.º, n.º 1, que preconiza: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. A Lei de Defesa do Consumidor em Portugal, a LDC, também, em dois momentos, fala da boa-fé: no n.º 1, do art. 9.º, que trata da proteção dos direitos econômicos do consumidor e na alínea “j”, do n.º 1, do art. 18.º, que cuida dos direitos das associações de consumidores.

⁴⁴⁵ Vale transcrever o que diz Fábio Ulhoa Coelho: “Se o legislador civil e comercial tivesse meios de antever o extraordinário desenvolvimento da economia de massa nesse século, certamente teria criado mecanismos de proteção semelhante aos do Código de Defesa do Consumidor” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3. p. 173.

surpreendê-lo com condições absurdas e algo totalmente que fugisse a suas legítimas expectativas.

É inegável a importância desse princípio nas diversas áreas do direito, contudo é no direito do consumidor que ele ganha exponencial amplitude. À medida que se conferiu maior proteção à parte mais vulnerável nas relações de consumo, o princípio da boa-fé objetiva passou a assumir papel de destaque. Pode-se dizer que todo dever de informação, materializado numa norma específica, contém em si, *também e não somente*, o princípio da boa-fé. *A priori*, parte-se da ideia de que há um dever geral de transparência que emerge naturalmente ao fornecedor nas relações de consumo, de maneira que se busca evitar que qualquer fator relevante para o consumidor lhe seja ocultado. Entretanto, a boa-fé como dever de conduta, de comportamento, imposto objetivamente às partes, nas relações jurídicas obrigacionais, não se limita ao dever de informação, envolve ainda os deveres acessórios de cooperação, lealdade e confiança.⁴⁴⁶ Isso porque decorre desse princípio, além desses deveres acessórios, o dever de transparência,⁴⁴⁷ o qual implica, num primeiro momento, não ocultar da outra parte informação essencial para a formação de seu convencimento. Joaquim de Sousa Ribeiro fala na “proibição de criação artificial de barreiras de informação”, evitando-se, assim, mascarar desvantagens para o consumidor ou promover “enganosa valorização das vantagens” advindas do contrato.⁴⁴⁸ Assim, a transparência, oriunda do princípio da boa-fé como seu dever acessório, traz em seu bojo, de plano, um dever de informação a ser observado na relação contratual.

Todavia, a questão que se coloca é se, tão somente pelo princípio da boa-fé objetiva, obter-se-iam, no caso concreto, as soluções que o direito do consumidor tem adotado e executado no tocante ao dever de informação. Seria possível chegar a essas soluções e deveres informativos pela simples aplicação direta do princípio da boa-fé ao caso concreto? Será que, dessa forma, alcançar-se-ia o entendimento de que a fonte de uma cláusula contratual deveria ser redigida no tamanho 12 para a visibilidade e compreensão do

⁴⁴⁶ Nesse sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 9, p. 40-44, set./dez. 1999.

⁴⁴⁷ No CDC, esse princípio está textualmente insculpido no *caput* do art. 4.º.

⁴⁴⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 137-163, 2002.

consumidor? Ou que não bastaria a redação clara de uma cláusula limitativa de direito, devendo, também, ser-lhe dado destaque? Assim são outros questionamentos que decorrem naturalmente dos vários deveres de informação que, conforme mencionado anteriormente, não estão todos previstos somente no CDC, mas também em legislações esparsas que disciplinam melhor alguns deveres em especial.

A boa-fé objetiva, por si só, e principalmente no aspecto da transparência, não justifica o dever de informação em suas diversas ramificações no direito contemporâneo. Assim, para que se chegasse a um dever de informação específico a partir única e exclusivamente do princípio da boa-fé, seria necessário um grande esforço exegético por parte do intérprete. Caberia a este analisar, por exemplo, se determinada informação seria ou não essencial àquela relação de consumo, se o fornecedor teria ou não o dever de disponibilizá-la ao consumidor, se a não prestação da informação gerou prejuízo ao consumidor etc. Depois desse exercício exegético, nasceria, a partir da boa-fé objetiva, uma obrigação de informação, que, conforme se nota, seria avaliada sempre caso a caso.⁴⁴⁹

Sem mencionar expressamente a boa-fé, tanto o legislador brasileiro quanto o legislador comparado disciplinaram deveres de informação específicos. Conforme exposto anteriormente no CDC, há mais de uma dezena de dispositivos, espalhados pelo diploma, que tratam do dever de informação de forma direta ou indireta, inclusive na parte penal. Esse grande número de dispositivos acerca do dever de informação também se distingue de outras legislações como a portuguesa.⁴⁵⁰ Aponte-se, ainda, a existência de legislações esparsas, no

⁴⁴⁹ Ainda consoante a lição de Judith Martins-Costa: “[...] a boa-fé [é] expressão carecedora de *concreção*, não se ajustando a uma plana subsunção. Ora, a tarefa de concretizar é sempre, e necessariamente, contextual. Isto significa dizer que a expressão ‘boa-fé’ não tem um conteúdo ‘próprio’ ou ‘imanente’, mas apenas contextual estreitamente ligado às circunstâncias, aos ‘fatores vitais’ determinantes do contexto da aplicação” (Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo cit., p. 277318).

⁴⁵⁰ *A priori*, o art. 3.º, “d”, da LDC dispõe que é direito do consumidor a “informação para o consumo”. O art. 7.º estabelece o regime da informação em geral, à qual incumbe ao Estado, às regiões autônomas e às autarquias locais; nesse dispositivo, encontram-se disposições tal qual a necessidade de a informação ser prestada em língua portuguesa (n.º 3) e a vinculação das “informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias” (n.º 5). No art. 8.º, o legislador dispõe acerca da informação particular, ou seja, aquela que deve ser prestada pelo fornecedor ao consumidor; nos números e alíneas desse artigo, o legislador impõe a prestação de informação “de forma clara, objetiva e adequada”, quer na fase das tratativas contratuais, quer na fase de celebração do contrato (n.º 1). Ainda quanto ao art. 8.º, está previsto que a violação ao dever de informar enseja responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor (n.º 5). Na mesma linha, a informação prestada de forma deficitária ou ambígua e que comprometa a utilização adequada do produto ou do serviço faz nascer para o consumidor o direito de retratação do contrato no prazo de sete dias úteis “a contar da data de resseção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços” (n.º 4). No

Brasil e no direito comparado, sobretudo na União Europeia, que dão tratamento especial e mais específico a determinados setores das relações de consumo, por meio das chamadas *listas*, tal como foi visto quando se abordou a questão do tabaco e das contratações eletrônicas. Quando se fala, hoje, do dever de informação nas relações de consumo, ele já tem um perfil bem diferente daquele que adviria da simples “aplicação” do princípio da boa-fé diretamente às relações contratuais.

Nesse momento, o legislador não se limita a dizer que nas relações de consumo se atenderá ao princípio da boa-fé.⁴⁵¹ Nada obstante ser um dos princípios norteadores dos diplomas consumeristas, as normas obedecem, também, a outros princípios. Se o dever de informação decorresse apenas da aplicação da boa-fé objetiva, ter-se-ia, em regra, que partir apenas de situações de invalidade de cláusulas contratuais, e a não observância desse princípio ensejaria, basicamente, responsabilidade por perdas e danos ou a nulidade do negócio por vício de consentimento. Não estariam abrangidas, portanto, várias imposições legais específicas, disciplinadas pelo legislador no âmbito do dever de informação.

Portanto, embora a boa-fé esteja presente nos deveres de informação, ela não é suficiente para explicar o conjunto de normas imposto ao fornecedor para assegurar o direito do consumidor à informação. Uma norma que diga respeito à necessidade de informar sobre o efeito nocivo de um produto, por exemplo, está mais voltada a proteger a saúde e a segurança do consumidor do que propriamente a boa-fé na relação de consumo. Se se considerasse o dever de transparência como fundamento do dever de informar, ter-se-ia a informação como um fim em si mesma, e, ressalte-se, ela serve apenas para a proteção de outros interesses legitimamente protegidos.⁴⁵² Nas palavras de Joaquim de Sousa Ribeiro, a

n.º 6, do art. 8.º, o legislador garante que “O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor”. Essas entre outras disposições.

⁴⁵¹ Tal qual ocorre no Código Civil brasileiro no art. 422.

⁴⁵² Judith Martins-Costa entende que: “A funcionalização indica que o direito à informação não se justifica ‘em si’, não é um direito subjetivo ‘absoluto’ e bastante em si mesmo, mas encontra-se direcionado à assecuração do consumidor contra os riscos, tendo em vista a sua *ignorância* acerca dos riscos, mensurada segundo a *legítima expectativa* acerca do produto ou do serviço, da segurança que dele razoavelmente poderia esperar, conforme os usos, a consciência social, e o estado da ciência e da técnica na época em que o produto foi colocado em circulação”. MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e*

transparência desempenha uma “função instrumental em relação a outros objetivos”.⁴⁵³ Segundo Judith Martins-Costa, há dois meios técnicos por intermédio dos quais a proteção do “contratante débil” ocorre: (i) extraindo-se o dever de informação de um princípio jurídico, “ocorrendo a sua modelagem exclusivamente por via judicial”; ou (ii) estatuinto-se disposições legais em que o dever de informar deve ser cumprido, “determinando-se na lei também a sua forma”.⁴⁵⁴ Tanto numa quanto noutra hipótese, há um fundamento que justifica a criação de deveres de informação em primeiro lugar. No primeiro caso, emerge naturalmente a boa-fé como fundamento do direito à informação. No segundo caso, quando a lei impõe esse direito diretamente, não faz qualquer sentido buscar a intermediação da boa-fé. É exatamente nessa segunda hipótese que o direito à informação ganha autonomia.

Dessarte, o dever de informação ganha autonomia nas mais diversas normas que o regulam detalhadamente. Tal autonomia, é de notar, não significa que o dever de informação consubstancie um fim em si mesmo, que o mero cumprimento desse dever baste a si mesmo numa relação de consumo. A informação possui inegável caráter instrumental, haja vista que ela é necessária para a satisfação de interesses outros que não o de simples e unicamente informar por informar.

Em síntese, o princípio da boa-fé objetiva, mormente quanto ao padrão de conduta de transparência, que lhe é inerente, serve, somente a princípio, como aplicação subsidiária no tocante ao direito à informação nas relações de consumo. Nas situações em que a regulamentação do direito à informação em si no CDC não for suficiente para responder a uma conjuntura presente, a boa-fé poderá ser invocada, de forma justificada, para a proteção do interesse reclamado pelo consumidor. Veja, a propósito, o que foi defendido aqui no subitem 5.1.1 sobre o *dever complementar de esclarecimento*. Se, após adquirir o produto ou até mesmo cumprido o contrato, o consumidor tiver necessidade de obtenção de informações complementares, é a aplicação da boa-fé que vai determinar a obrigação do fornecedor, de

produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277-318.

⁴⁵³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 137-163, 2002.

⁴⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277-318.

acordo com as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, nessa forma subsidiária, aplica-se perfeitamente a boa-fé como defendido por Tomasevicius: “o princípio da boa-fé atua, portanto, como um calibrador do nível de informação ao caso concreto; quando for necessário aumentar o nível de informação em determinada relação jurídica, apela-se à boa-fé para que se produzam mais informações [...]”.⁴⁵⁵

7.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A CONFIANÇA

Qual seria a razão de grande parte dos consumidores não ler os contratos e mesmo assim contratar? O que faria com que também parte dos consumidores prescindisse da leitura do contrato seja porque já conheciam o produto ou serviço, seja porque tinham urgência na contratação do produto ou serviço? Enfim, o que levaria 61% dos consumidores a não lerem total ou parcialmente os termos de uso na internet e mesmo assim seguirem com o “concordo” na rápida busca pelo acesso a bens e serviços na internet? O consumidor que compra a passagem de avião sem ler os termos do contrato de transporte disponível para ele na internet e sem conferir as condições de segurança da aeronave, por que mesmo assim ele voa? Como um consumidor entra no elevador sem checar suas condições de segurança, a manutenção em dia etc.? Como esse mesmo consumidor, em meio a toda a onda de violência urbana, pega um táxi ou um Uber sem conhecer o motorista? É de confiança que estamos falando? Nas questões aqui narradas estaria também em evidência uma espécie de direito a não saber, ou, nas palavras de Menezes Cordeiro,⁴⁵⁶ o direito à *legítima ignorância*. Seria a confiança a lastrear o direito a não ser informado?

Niklas Luhmann diz que a ausência de confiança “impediria o homem, inclusive, de levantar-se de manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes”.⁴⁵⁷ No entendimento do constitucionalista português Joaquim Gomes Canotilho, não há como falar em segurança jurídica sem proteger a confiança:

⁴⁵⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

⁴⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio. O Direito a não informação. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 9, p. 45-50, 2015.

⁴⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago do Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. p. 5.

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.⁴⁵⁸

Na expressão cunhada pelo professor Manuel A. Carneiro da Frada, “o direito segue a confiança”.⁴⁵⁹ A análise econômica do direito há muito nos deu sua contribuição no sentido de que não existe mercado com a informação perfeita. Os contratantes não contratam com igual nível de informação. A informação imperfeita faz parte da realidade das contratações no mercado. Não é possível cem por cento de racionalidade no mercado nem para o fornecedor mais *expert*, muito menos para o não profissional do consumidor. Na ausência de todas as informações, a conclusão da própria análise econômica do direito é a de que a racionalidade é limitada, situação alimentada pela revolução tecnológica que, conforme defendido aqui, colabora para aumentar as assimetrias informativas; ou, no dizer de Atalá Correia, “o avanço da tecnologia acabou por contradizer o pressuposto da igualdade imaginado pela sociedade liberal”.⁴⁶⁰

A racionalidade limitada é a decorrência lógica da constante transformação social ou, na acepção de Luhmann, a racionalidade limitada advém do aumento inexorável da complexidade da realidade. Para Ulisses Schwarz Viana, esse “aumento constante e crescente da complexidade aponta para a perda de estabilidade das estruturas, crenças e processos...”.⁴⁶¹ Querendo ou não, o consumidor é chamado a *confiar*. A confiança atua reduzindo a própria complexidade e permitindo a movimentação dos agentes econômicos, como a próprio direito à informação assim procede. Na feliz conclusão do Professor Eduardo Tomasevicius, “a complexidade social aumentou a desinformação”.⁴⁶² Nesse sentido, sem a confiança, o homem e, portanto, o consumidor não conseguiriam se movimentar em qualquer realidade, sobretudo no mercado de consumo altamente complexo, sem confiar.

⁴⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010. p. 256.

⁴⁵⁹ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2004. p. 21.

⁴⁶⁰ CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 15, 2011.

⁴⁶¹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes de justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico cit.*, p. 160.

⁴⁶² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle. p. 652.

Na verdade, seja de forma expressa ou tácita, de algum modo o consumidor, conscientemente ou não, no dia a dia do mercado tem recorrido a esse direito a não ser informado, na contramão do que busca o legislador. Todas as vezes que o consumidor nem sequer lê as informações que lhe são destinadas, como o manual de uso de produtos ou serviços, os próprios termos de uso ou ainda os termos contratuais, elaborados, inclusive, com obediência estrita aos ditames de clareza e compreensibilidade, não estaria ele (o consumidor) abrindo mão desse direito? A conclusão não pode ser outra senão uma resposta positiva a essa questão. Seja por pura pressa, impaciência mesmo, ou de maneira espontânea e consciente, o consumidor simplesmente não considera o processo comunicacional que é acionado pelo fornecedor. Ele tem a opção de atender a esse processo, prestando atenção nas informações e assim pode agir, mas, igualmente, pode preferir não aperfeiçoar esse processo de comunicação. Na situação aqui narrada, não se aplica à hipótese em que o consumidor simplesmente não consegue, por qualquer motivo, entender as informações que lhe são fornecidas. Ao contrário, o consumidor não consegue compreender sejam os termos do contrato ou os manuais de instrução, mas, de alguma maneira, ele teve uma atitude proativa na busca da informação. As hipóteses que tratamos neste tópico são diversas, ou seja, o consumidor simplesmente não se interessa pela informação transmitida.

Nas muitas circunstâncias em que esse consumidor tem a postura não ativa no processo comunicacional, o fato é que ele, mesmo assim, pode optar por ter acesso aos bens e serviços. A questão que se coloca é a seguinte: ele estaria contratando literalmente no *escuro*? Ou ele contrata assim, prescindindo das informações, porque optou por confiar? Ao discorrer sobre o problema das informações nas contratações a distância, Paulo Mota Pinto conclui que o “interesse é que o mercado funcione bem: o regime tem como finalidade a proteção da confiança, seja uma confiança individual [...] seja antes uma confiança coletiva [...]”.⁴⁶³ O Professor Eric Goldman, diretor do *High Tech Law Institute* da Universidade de Santa Clara, diz que, ao debater a crise nos contratos *on-line*, chegou à conclusão de que, por uma série

⁴⁶³ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 188, 2003.

de motivos, “[...] poucos consumidores realmente leem os contratos *on-line* [...] e as decisões dos consumidores são impulsionadas pela confiança nos fornecedores”.⁴⁶⁴

A doutrina não tem negado a relevância da confiança nas relações negociais, entretanto, majoritariamente, tem se vinculado à confiança na boa fé. Para Karl Larenz:

O fundamento da boa-fé extrai o sentido do seu termo de fato de que cada um deve cumprir a própria palavra dada, que a confiança, que compõe o fundamento vital de toda relação humana, não pode ser frustrada ou mal utilizada, e que cada um deve agir da forma como os demais podem legitimamente esperar.⁴⁶⁵

Em sintonia com esse entendimento, Menezes Cordeiro defende que “[...] confiança constitui, por excelência, uma ponte entre as boas fés objetiva e subjetiva, devendo assentar em ambas”.⁴⁶⁶

No direito luso-brasileiro, Manuel A. Carneiro da Frada sempre sustentou “uma autonomia para a confiança associada sempre à legítima tutela das expectativas”.⁴⁶⁷ O autor português defende que, com base exclusivamente na confiança, poder-se-ia tanto buscar, de forma positiva, o cumprimento forçado da obrigação quanto, de maneira negativa, o recurso à via indenizatória, sempre com base na violação da confiança ou nas legítimas expectativas.

A 4.^a Jornada de Direito Civil, que acontece periodicamente com especialistas de todo o País no âmbito do Conselho de Estudos Judiciários, aprovou dois enunciados com referência expressa à proteção da confiança: (i) o Enunciado 362 diz: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se

⁴⁶⁴ GOLDMAN, Eric. The crisis of online contracts (as told in 10 memes). *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper*, [Santa Clara], Mar. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3796519. Acesso em: 24 set. 2021. Tradução livre. “First, few consumers actually read online contract terms. Online terms are too long; most online terms seem irrelevant to consumers (a problem often exacerbated by government- mandated disclosures); and consumer decisions are driven principally by their ‘trust’ in vendors, not boilerplate online terms.”

⁴⁶⁵ LARENZ, Karl. Princípio da confiança legítima e o Enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil. Tradução Raphael Manhães Martins. *Revista CEJ*, ano XII, n. 40, p. 18, jan./mar. 2008.

⁴⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 1328.

⁴⁶⁷ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2004. p. 158: “A precedente incursão pela área da *culpa in contrahendo* como espaço reivindicado pela doutrina da confiança demonstra que as declarações produzidas pelos sujeitos (partes na negociação, peritos, advogados, consultores etc.) constituem um campo de eleição desta doutrina... pode-se dizer que ao agir comunicativo do sujeito inere o propósito de gerar confiança em outrem quanto ao seu conteúdo”. O referido autor enumera os casos que de forma explícita o legislador adota a confiança na forma da tutela das legítimas expectativas como no casamento putativo; usucapião, procuração aparente e a proteção do terceiro.

extraí dos arts. 187 e 422 do Código Civil”; (ii) e o Enunciado 363: “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”. Logo, ambos os enunciados partem do pressuposto de que a proteção da confiança está presente em todos os negócios jurídicos, inclusive nas relações de consumo. A proteção da legítima expectativa faria com que a massa de consumidores, que contratam ou buscam o acesso a produtos e serviços sem ler os termos contratuais, ou que contratam sem dar atenção ao que o fornecedor, por lei, é obrigado a lhes informar, não ficasse desprotegida. Portanto, havendo no curso da relação pré-contratual ou contratual algo que fuja completamente ao que seria razoável esperar, esse consumidor poderia buscar sua proteção.

Veja no exemplo citado no início da investigação do *site* americano *PC Pitstop*, que se obrigou a pagar mil dólares ao primeiro leitor da dita cláusula com o respectivo prêmio. Agora, imagine a situação contrária: em vez do prêmio, esse mesmo fornecedor, sabendo de antemão que a grande maioria dos consumidores clica no “li e concordo” sem de fato ter lido, simplesmente insere uma nova redação na cláusula impondo ao consumidor contratante a obrigação de pagar mil dólares. Pergunta-se: o consumidor poderia se exonerar do pagamento alegando que ela contraria totalmente a legítima expectativa que tinha ao contratar? A validade dessa condição importaria em validar as chamadas cláusulas surpresas. Como adverte Joaquim de Sousa Ribeiro, tal seria incompatível com a proteção das legítimas expectativas do consumidor ao contratar: “a dispersão, por várias cláusulas, dos fatores relevantes para o preço, a sua ocultação em contexto inapropriado ou a sua indicação através de fórmulas e parâmetros demasiado complexos, não satisfazem essa exigência”.⁴⁶⁸

Assim, o consumidor que abre mão de ler o contrato, de compreender atentamente as informações, contrata assumindo um risco maior do que o consumidor que tem uma postura oposta. Entretanto, não quer dizer que aquele consumidor estará vinculado a toda sorte de condições que os contratos e termos apresentam. Tal se depreende por vários motivos: (i) o próprio ordenamento, reconhecendo a vulnerabilidade nas relações de consumo, nega validade a qualquer cláusula abusiva que venha a constar dos contratos, tenha o consumidor lido o contrato ou não; (ii) ainda que seja uma condição aparentemente lícita (como a obrigação

⁴⁶⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 396.

que impõe a alguém o pagamento de mil dólares), mas, se se revelar totalmente fora do contexto normal que se espera para aquela contratação específica não só para aquele consumidor, mas também para o consumidor em geral, ela também não será vinculativa por vulnerar a legítima expectativa gerada.

Não fosse essa confiança, muitas contratações no mercado de consumo praticamente inviabilizar-se-iam, seja em virtude do chamado medo paralisante de que fala Luhmann, com receio de estar sendo obrigado a sofrer com os ônus das chamadas cláusulas-surpresa, seja porque os fornecedores estariam “livres” para impor variadas obrigações aos consumidores, sabedores de que elas seriam sempre “validadas”. No entanto, como o consumidor sabe que a confiança é protegida, ele continua contratando mesmo correndo o risco de literalmente dar o “concordo” sem ler.

A confiança também está presente quando, de forma consciente, o consumidor, *v.g.*, renuncia ao direito de ser informado antes de se submeter a um tratamento médico. Essa conduta revela flagrantemente uma confiança subjetiva no profissional a quem entregou seu caso. Todavia, quando exerce esse direito a não saber, ele não está dando uma carta em branco ao médico para errar em seu caso, pois ele sabe de antemão que o ordenamento o protege contra a má prática médica, que há todo um sistema de aprovação social (inclusive governamental) em torno da atividade médica e do respectivo profissional. Não fosse a confiança protegida, sobretudo nas relações de consumo, o resultado seria negativo para o próprio mercado, o que poderia levar a uma redução razoável das transações.

Nas relações de consumo, ante a vulnerabilidade do consumidor, a tutela das legítimas expectativas não tem como ser afastada, seja vinculada à boa-fé, seja de forma autônoma. Mesmo que o consumidor, especialmente na era das contratações eletrônicas, mostre-se mais refratário à leitura dos contratos e termos de uso, parece evidente que tal não implica que esse consumidor não tenha uma legítima expectativa que deve ser protegida pelo ordenamento.

Ainda que se admita a confiança como um desdobramento natural da boa-fé negocial, que deve estar presente em todas as relações contratuais e, inclusive, de consumo, não se pode negar que, no contexto da tutela das legítimas expectativas, sua aplicação parte de outros atributos desvinculados da transparência ou do dever de informar, como defendido pela doutrina.

Uma vez que a transparência é um dos deveres acessórios da boa-fé, o dever de informar dele emerge naturalmente. Entretanto, quando se fala na proteção da confiança, esta será protegida mesmo se o consumidor contratar sem ler o contrato ou não se atentar a qualquer informação na fase pré-contratual, ou seja, não é de informação que se trata, e sim de proteger mesmo a legítima expectativa criada.

Retornemos ao caso do paciente que resolve se submeter a uma cirurgia, recusando-se a ser informado sobre os riscos do procedimento. Se durante o procedimento o médico causa dano ao paciente em razão de uma imperícia, não se pode dizer que o paciente abriu mão de responsabilizá-lo por tal, exatamente porque ele confiou que o profissional não seria imperito na cirurgia. Nesse caso, a responsabilidade civil por imperícia está prevista no ordenamento (artigo 927 do Código Civil) e, ainda, considera-se não escrita cláusula de não indenizar nos termos do artigo 51, I, do CDC. Contudo, essa previsão normativa, a exemplo de outras normatizações, reforça no consumidor o comportamento de que ele pode confiar, porque sua legítima expectativa, como de qualquer pessoa na condição em que ele se encontra, será protegida, ou seja, *o direito segue a confiança*.

A despeito de situações, onde o consumidor, de forma frequente, deixe de se informar, de forma deliberada ou não, a confiança age protegendo, de forma excepcional, as suas legítimas expectativas no mercado de consumo. Expectativas legítimas que, qualquer consumidor, naquela situação teria em relação ao fornecimento do produto ou serviço.

7.3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ao mesmo tempo que o consumidor aplaude a obrigatoriedade do direito à informação, ele, conforme revelado na pesquisa, em sua maioria, confessa não ler total ou parcialmente os contratos e declara que contratos são difíceis de entender, além de confessar a dificuldade de compreender as informações divulgadas pelos fornecedores. Na criação de perfis na internet, o índice de consumidores que não leem total ou parcialmente os termos de uso está acima de 60%. Tais achados da pesquisa não só permitem várias observações, conforme tem se destacado neste trabalho, mas também, sem dúvida, reforçam a ideia da dificuldade de autoproteção dos consumidores ou a vulnerabilidade. Há situações em que esta poderá,

inclusive, ser intensificada seja em virtude do modo de contratação, seja por conta de particularidades dos grupos específicos de consumidores, ou seja, como sustenta Paulo Mota Pinto,⁴⁶⁹ essa distância informativa é especialmente maximizada nas contratações eletrônicas, a distância, aumentando a vulnerabilidade do consumidor.

A ideia de vulnerabilidade do consumidor revela a dificuldade de autoproteção do consumidor, ou seja, na lição de Bruno Miragem, “estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo”.⁴⁷⁰ É a constatação dessa dificuldade de autoproteção ou *fraqueza/debilidade* que vai levar, também no direito comparado, à outorga de direitos protetivos em prol do consumidor. É o que se verifica pela leitura do art. 5.º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estatui que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Enquanto isso, a Constituição da República Portuguesa preconiza a defesa dos consumidores em seus arts. 60.º,⁴⁷¹ 81.º, “i”,⁴⁷² e 99.º, “e”.⁴⁷³ Daí surge a necessidade de, no plano infraconstitucional, legislações regularem esse dever de proteção, tendo em vista a debilidade do consumidor, seja no plano contratual, seja em todas as relações no mercado de consumo.

No âmbito da legislação ordinária, o CDC traz a presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor. Tal princípio “dá a estrutura do campo do direito do consumidor, que é protetivo”.⁴⁷⁴ No CDC, há uma previsão expressa a seu respeito, conforme se observa da

⁴⁶⁹ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 187, 2003.

⁴⁷⁰ MIRAGEM, Bruno *et al.* *Direito do consumidor*. 30 anos CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 235.

⁴⁷¹ “Art. 60.º Direitos dos consumidores. 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.”

⁴⁷² “Art. 81.º Incumbências prioritárias do Estado. Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...] i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores.”

⁴⁷³ “Art. 99.º Objectivos da política comercial. São objectivos da política comercial: [...] e) A protecção dos consumidores.”

⁴⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2006. p. 103.

leitura do art. 4.º, I, que dispõe acerca da necessidade de atender ao princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.⁴⁷⁵

A doutrina costuma tratar da v⁴⁷⁶ulnerabilidade sob três aspectos, a saber: a vulnerabilidade técnica, a jurídica e a econômica ou fática. A primeira delas diz respeito à falta de conhecimento do consumidor acerca do produto ou do serviço que está adquirindo, ou seja, o “consumidor não detém o conhecimento especializado” do objeto da relação e consumo.⁴⁷⁷ O desconhecimento relativo justamente à falta de informações recai sobre as qualidades, as características e a utilidade do produto, razão pela qual pode o fornecedor, detentor das informações, valer-se da debilidade do consumidor e induzir-lhe em erro quando da contratação. A vulnerabilidade jurídica, como o próprio nome sugere, refere-se à ignorância dos direitos e deveres do consumidor como tal, bem como dos demais aspectos do mercado de consumo e da economia em geral, como os índices de juros, a inflação etc. Por fim, a vulnerabilidade econômica ou fática teria, em geral, conexão com a condição socioeconômica das partes contratantes, de modo que sua atestação resulta, em regra, da existência de grande poderio econômico estrutural do fornecedor em face do consumidor. Observe que a vulnerabilidade fática ou econômica nem sempre está presente na relação de consumo, pois pode ocorrer que o fornecedor seja, do ponto de vista do poderio econômico, na relação concreta de consumo, *mais fraco* do que o consumidor. Pode o fornecedor ser um autônomo ou um microempreendedor. Diante dessa clássica visão doutrinária, tem-se que as vulnerabilidades técnica e jurídica são sempre presumidas para o consumidor, pois, mesmo que não tenha, na relação concreta, vulnerabilidade fática/econômica, haverá sempre o

⁴⁷⁵ Na LDC portuguesa, inexistente disposição expressa nesse sentido, porém os dispositivos do diploma legal orientam-se em torno da fragilidade do consumidor diante do fornecedor.

⁴⁷⁶ Nesse sentido, confira-se a anotação de Elionora Cardoso: “Importa desde logo relembrar que Portugal foi um dos países pioneiros em 1981 a criar uma lei de defesa dos consumidores, retirando assim o tratamento desta matéria do campo geral do Código Civil, e da disciplina do direito civil, criando assim uma legislação especial que pretendia isso mesmo: dar ênfase à proteção no tratamento nas relações de consumo de um grupo destacado de pessoas, considerando que nessas mesmas relações a sua posição não era de total equilíbrio. Desta feita ao longo dos anos têm-se procurado que seja sensível a posição dos consumidores face aos grupos econômicos, e a todas as entidades com quem têm de se relacionar, determinando numa lei especial um conjunto de menções, como direitos especiais e determinadamente voltados para a sua defesa, de modo a minorar a diferença econômica do relacionamento” CARDOSO, Elionora. *Lei de Defesa do Consumidor*: comentada e anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 12.

⁴⁷⁷ Cf. MIRAGEM, Bruno *et al.* *Direito do consumidor*. 30 anos CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade cit., p. 236.

problema da assimetria informacional, que é o traço marcante, seja da vulnerabilidade jurídica, seja da vulnerabilidade técnica.⁴⁷⁸

Nada obstante essa classificação, é de notar que inexistem diferenças significativas entre a vulnerabilidade técnica e a jurídica, porquanto ambas se relacionam à pouca ou nenhuma informação do consumidor quanto à relação de consumo estabelecida com o fornecedor. O cerne da questão gira em torno justamente dessa assimetria informativa, que pode ser relativa ao produto ou ao serviço comercializado, bem como ao desconhecimento e ao período de reflexão, por exemplo. Vale destacar que, no Brasil, há entendimento jurisprudencial e doutrinário que identifica pelo menos dois outros tipos de vulnerabilidade, quais sejam a *vulnerabilidade informacional* e a *vulnerabilidade científica*, conforme aponta Bruno Miragem.⁴⁷⁹ A *vulnerabilidade informacional* é associada ao déficit de informações do consumidor no mercado de consumo digital e ocorre nas hipóteses em que a insuficiência de informações influencia o processo de tomada de decisão do consumidor.⁴⁸⁰ Por sua vez, a *vulnerabilidade científica* abrange a falta de economia e contabilidade do consumidor.⁴⁸¹ Além

⁴⁷⁸ No tocante a esse assunto, Claudia Lima Marques dá o seguinte exemplo: “Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo, porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos, mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar seu escritório mais próximo do Foro), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica. Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira ‘equivalente’ ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua *vulnerabilidade*, que levou ao desequilíbrio contratual. Trata-se, porém, de exceção e não da regra”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 148-149.

⁴⁷⁹ Cf. MIRAGEM, Bruno *et al.* (org.). *Direito do consumidor: 30 anos CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 239.

⁴⁸⁰ A 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que a vulnerabilidade pode ser vista sob quatro vieses. No tocante à dita vulnerabilidade informacional, faz-se mister trazer a lume excerto do voto condutor no julgamento do Recurso Especial 1.195.642/RJ: “Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevo também para a vulnerabilidade informacional. O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada *era da informação* ou *era digital*, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas. Essa realidade, aplicada às relações de consumo – em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra – evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor. Note-se que, no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor”. STJ, 3.^a Turma, Recurso Especial 1.195.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1195642&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10 &i=1>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁴⁸¹ Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 329.

da vulnerabilidade econômica ou fática, toda e qualquer ideia de vulnerabilidade, independentemente do nome que receba, será sempre uma *vulnerabilidade informacional*.

Vê-se que essa espécie de vulnerabilidade está intimamente ligada à assimetria de informações, em qualquer área e ambiente a que o consumidor está exposto no mercado ou venha a contratar. Todas essas vulnerabilidades assinaladas e outras ainda que possam ser identificadas têm seu traço marcante na carência de informações, seja no processo decisório, seja sobre aspectos relacionados às qualidades e características do produto ou serviço, seja acerca dos direitos que detém na contratação. Há, entretanto, um ponto em comum que une todas essas ideias de vulnerabilidade: todas elas são reveladoras da grande dificuldade de autoproteção do consumidor no mercado de consumo, o que torna as relações neste estabelecidas materialmente desiguais e, por esse motivo, mereceu a proteção constitucional.

A dificuldade de autoproteção pode decorrer do poderio econômico do fornecedor (vulnerabilidade fática) com relação ao consumidor, o que se materializa juridicamente na redação unilateral das cláusulas do contrato de adesão, em que o consumidor somente tem a liberdade de aderir ou não à contratação, sem poder modificar seu conteúdo; da grande assimetria informacional (vulnerabilidades técnica, jurídica, informacional etc.) em detrimento do consumidor; ou das duas espécies de vulnerabilidade (a fática e a informacional) conjuntamente.⁴⁸² Em outras palavras, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, mesmo quando não houver a vulnerabilidade fática/econômica, implicará, no mínimo, uma vulnerabilidade informacional, com o reconhecimento de seu *déficit* de informação concernente ao fornecedor do produto ou do serviço.

Além da discussão de novas espécies de vulnerabilidade, a doutrina tem apontado categorias de consumidores que são mais vulneráveis que a média em geral dos consumidores: são os chamados consumidores *hipervulneráveis*, sobretudo com reconhecimento no âmbito jurisprudencial. O STJ, inclusive, tem considerado o consumidor infantil, o consumidor idoso e a pessoa com deficiência

⁴⁸² “A vulnerabilidade do consumidor é incidível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição do consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, que se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física”. MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: RT, 1993. p. 38-39.

[...] como consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor [...] ser diferente ou minoria por doença ou qualquer outra razão não é menos consumidor nem menos cidadão, tampouco merece direito de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.⁴⁸³

O próprio legislador, entretanto, identifica a necessidade de um cuidado especial do fornecedor com certos grupos de consumidores, ainda que não utilize expressamente a expressão *hipervulneráveis*. No § 2.º do art. 37 do CDC, ao vedar a publicidade abusiva, o legislador expressamente estabeleceu como tal a mensagem publicitária que *se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*. O CDC foi modificado em 2015 para introduzir o parágrafo único no art. 6.º para determinar que a informação clara e adequada “deve ser acessível a pessoa com deficiência”.⁴⁸⁴ Ainda na redação original do CDC, o art. 39, IV, aponta como prática abusiva “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, *tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social*, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Partindo do pressuposto de que certos grupos de consumidores necessitam de uma atenção especial na relação de consumo, a recente reforma do CDC, para incluir direitos relativos à prevenção e tratamento do superendividamento, pelo art. 54-C, IV, estabelece como prática proibida *assediar ou pressionar consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada*.⁴⁸⁵ O art. 54-D, I, determina que na contratação de crédito ou nas compras a prazo o fornecedor deve cumprir o direito à informação levando em consideração a *idade* do consumidor.⁴⁸⁶

O que levaria o legislador a determinar uma atenção especial a certos grupos de consumidores por parte do fornecedor? É uma *vulnerabilidade agravada*, seja por idade, doença ou qualquer outro motivo, que faz com que esse consumidor tenha maior dificuldade de compreender as informações que lhe são fornecidas. Veja que o legislador não impõe

⁴⁸³ STJ, 2.ª Turma, REsp 722.940/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 24.11.2009.

⁴⁸⁴ “Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do *caput* deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei n.º 13.146, de 2015.)”

⁴⁸⁵ “IV – assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; (Incluído pela Lei n.º 14.181, de 2021.)”

⁴⁸⁶ “I – informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; (Incluído pela Lei n.º 181, de 2021.)”

condições contratuais diferenciadas para esse grupo. As condições devem ser as mesmas para todos os consumidores em geral; o que vai mudar é exatamente no tocante ao cumprimento do direito à informação. Nesse sentido, o fornecedor deve maximizar o cumprimento do direito à informação, tendo como ponto de partida uma maior dificuldade de autoproteção desses consumidores que os demais, ao mesmo tempo que a publicidade a eles dirigida deve ser o mais cautelosa possível para evitar a configuração do *assédio* ou *pressão* indevida.

Enfim, o que se busca com a disponibilização de informações é a redução da vulnerabilidade existente, seja ela uma vulnerabilidade geral ou *agravada* de determinado público, equilibrando-se minimamente a relação de consumo. Fica claro, então, que a vulnerabilidade é a expressão de um problema a ser combatido, não de um interesse a ser protegido.

Ao perquirir o fundamento do dever de informar, deve-se identificar o bem que, juridicamente, precisa ser protegido; é necessário encontrar o bem da vida suscetível de ser violado em face de uma ameaça, de um problema. A vulnerabilidade, em si, é o problema, é o que desequilibra a relação de consumo, na medida em que uma das partes detém todas as informações sobre os produtos e serviços que comercializa, ao passo que a parte contrária pouco ou nada sabe. Revelar-se-ia um grande contrassenso se a vulnerabilidade fosse o fundamento do dever de informar, quando o objetivo deste é a redução do problema que ela própria ocasiona. Essa constatação não pode fazer da vulnerabilidade o princípio do dever de informar, como afirma Rubén S. Stiglitz, para quem: “El fundamento del enunciado deber (de informar) está dado por la desigualdad que se presupone que una de las partes se halle informada y otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento”.⁴⁸⁷ Pode-se dizer, então, que o reconhecimento da vulnerabilidade e seu enfrentamento têm uma razão maior no direito, e é precisamente essa razão que deve ser constatada para se descobrir o fundamento do dever de informar.

⁴⁸⁷ STIGLITZ, Rubén S. La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 14, abr./jun. 1997.

7.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL/JUSTIÇA

O direito à informação outorgado ao consumidor teria como assegurar uma relação justa⁴⁸⁸ e equilibrada com relação ao fornecedor? Canaris aponta que nenhuma intervenção do legislador, sobretudo no domínio das relações contratuais, teria como garantir essa justiça, mesmo que em sua feição comutativa, e que ela é, na verdade, a falta com que o ordenamento acaba convivendo. Em seu ensaio sobre a liberdade contratual, Canaris lança a seguinte provocação: “Como é que se compatibiliza com os princípios da justiça que a ordem jurídica tolere a liberdade contratual e a economia de mercado, muito embora os resultados destas não são necessariamente justos e sejam mesmo com frequência mais ou menos injustos?”.⁴⁸⁹ Mais adiante, em seu ensaio, o próprio Canaris a responde de forma enfática:

[...] se se quer responder à questão da razão de legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração de negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com essa alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual.⁴⁹⁰

Joaquim de Sousa Ribeiro sustenta que o dever de informação não garante um resultado contratual justo.⁴⁹¹ Para Carlos Ferreira de Almeida, a proteção do equilíbrio do contrato é, sim, um dos objetivos do direito à informação outorgado ao consumidor,⁴⁹² ou, como sustenta Renata Kretzmann, “ampla eficácia do dever de informar ratifica sua função para servir como fonte de equilíbrio [...]”.⁴⁹³ Para Canaris, o objetivo da intervenção do legislador não é propriamente a realização plena da justiça, até por conta da grande divergência em si centrada na própria ideia (de justiça), mas buscar assegurar ao destinatário da proteção que injustiças graves sejam cometidas: “Considero muito importante formular essa questão de uma

⁴⁸⁸ A justiça tratada aqui em seu viés de uma justiça comutativa, que tem o acento na busca do equilíbrio das relações, e não de uma justiça distributiva, que tem seu foco na distribuição de renda para os mais vulneráveis socialmente.

⁴⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 43.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁹¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 54.

⁴⁹² Para o autor, além da busca pelo equilíbrio, outro objetivo é a obtenção de um consentimento racional e esclarecido. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: conceitos, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 199.

⁴⁹³ KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 210.

forma negativa. Não deverá, por conseguinte, exigir-se que os resultados ‘justos’ estejam assegurados, mas contentar-se com a consequência de que as injustiças graves sejam evitadas”.⁴⁹⁴

Em vista de entendimentos doutrinários divergentes, é importante destacar que a informação, em si, não tem a ver com o conteúdo (seja na fase pré-contratual ou na fase contratual), e o equilíbrio correlaciona-se com o conteúdo da relação contratual. É fato que o dever de informação, uma vez cumprido, milita no sentido de evitar, como defende Canaris, que injustiças graves sejam cometidas; deixa o ambiente das relações de consumo inegavelmente mais transparente, entretanto seria exigir muito do dever de informação que ele, por si só, resolvesse o problema do desequilíbrio e da injustiça contratuais.

Quando o legislador impõe o dever de informar, ele não determina que esse dever tenha como condição para seu cumprimento a justiça do conteúdo previsto nas cláusulas contratuais, uma vez que, quando o legislador pretende afastar um conteúdo injusto, ele o faz via sanção das nulidades, como o é o instituto das cláusulas abusivas.⁴⁹⁵ No caso aqui referido do seguro julgado pelo STJ (REsp 814.060/RJ), em que a seguradora afastou a cobertura em caso de furto qualificado, ao se negar validade à cláusula, fê-lo com base na violação ao direito à informação, e não com fundamento na injustiça da cláusula. Até porque, se a informação acerca da exclusão do furto qualificado da cobertura securitária tivesse sido clara e adequada, o que se deduz do acordão é que essa cláusula não teria sido invalidada.

Assim, ao estabelecer uma norma determinando a abusividade de uma cláusula, o legislador sugere que o conteúdo descrito na norma não pode ser contratado. A doutrina majoritária diz que, em casos tais, o legislador cuida diretamente do equilíbrio contratual. Vê-se que é de vedação de conteúdo que se trata. De fato, qual sentido faria o legislador determinar uma cláusula como abusiva, se não fosse para garantir minimamente o equilíbrio contratual?

⁴⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 58.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: “Protegem-se no Código o objetivo e o equilíbrio contratual, assim como se sanciona a onerosidade excessiva (art. 51, § 1.º, do CDC), revitalizando a importância da comutatividade das prestações, reprimindo excessos do individualismo e procurando a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestação, nos contratos sinalagmáticos”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 136.

Parece mesmo que a busca de um contrato minimamente equilibrado é o objetivo que motiva o legislador a efetuar essa intervenção, pois o fato de o fornecedor redigir uma cláusula abusiva com toda a clareza e adequação, cumprindo em toda a extensão o dever de informação, nenhuma influência tem sobre o conteúdo da cláusula, que continuará abusiva para todos os efeitos legais.

A propósito, o próprio CDC brasileiro faz referência ao equilíbrio (equidade) no art. 51, que trata da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas. É o que se verifica da redação do inciso IV, segundo o qual são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.⁴⁹⁶ Com efeito, a sanção de nulidade imposta pelo legislador, nesse caso, diz respeito ao conteúdo da cláusula contratual. Por conseguinte, objetiva-se afastar o desequilíbrio que resultará da permanência da cláusula abusiva, que, de modo geral, cria obrigações em demasia para o consumidor, ao mesmo tempo que gera vantagem exagerada ao fornecedor. Os demais incisos do art. 51 do CDC tratam de outras situações em que o conteúdo inserido no instrumento contratual enseja desequilíbrio na relação de consumo e que, portanto, merece a grave sanção da nulidade.

No dever de informação, por outro lado, o legislador trata de situações abstratamente lícitas, mas que podem se tornar ilícitas, se a informação ou o modo como são apresentadas não for objetivamente compreensível. Portanto, nessa linha, a informação não é objeto da relação de consumo, seja contratual ou não. A relação não se exaure ao se disponibilizar informação clara e adequada. Veja-se o caso do consumidor que está interessado na aquisição de um imóvel para sua residência. Ante tal interesse, ele passa a contatar fornecedores de imóveis que lhe transmitem de forma clara informações sobre o preço do imóvel, tamanho, localização, condições de pagamento etc. De posse desses elementos, ele faz as devidas

⁴⁹⁶ Faz-se mister assinalar, também, o disposto no inciso II do § 1.º do art. 51 que atrela expressamente o desequilíbrio contratual à cláusula que dá ao fornecedor vantagem exagerada em detrimento do consumidor. Veja-se: “Art. 51. [...] § 1.º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”.

comparações e, ao final, decide qual imóvel adquirir. Essas informações também poderiam ter servido para desestimular a contratação.

Vê-se que, independentemente da decisão pela contratação ou não, a informação atuou no sentido de proteger a liberdade de escolha do consumidor, o que, no entanto, não garante que essa escolha seja justa ou injusta. Reforça-se, portanto, o fato de a informação não ser um fim em si mesma, desempenhando “função instrumental”, como sustenta Joaquim de Sousa Ribeiro. Na linha do pensamento de Canaris,⁴⁹⁷ é da proteção da liberdade que se trata diretamente, porém o próprio doutrinador alemão adverte que, indiretamente, a liberdade contratual como liberdade jurídica “não é senão um meio para a realização da liberdade efectiva”.

Portanto, não interessa, num primeiro momento, se a informação produz ou não produz equilíbrio, se gera ou não gera justiça, e sim que aquilo que é relevante seja informado de forma clara e adequada ao consumidor, independentemente de seu conteúdo. Agora, em um segundo momento, estando o consumidor adequadamente informado, podese chegar a uma relação contratual mais justa? Sim, é desejável, inclusive, pelo ordenamento que, mais bem informado, no contexto de que fala Canaris, como uma melhor qualidade da liberdade jurídica, esse consumidor possa buscar um maior equilíbrio contratual, pois, por intermédio da informação prestada, conhecerá as condições do contrato, seu objeto etc. O dever de informação, entretanto, por si só não proporciona justiça. Nesse aspecto, é valiosa a contribuição de Canaris com relação à liberdade e justiça (equilíbrio) contratual, pois, segundo ele, não se deve exigir que “os resultados ‘justos’ estejam assegurados, mas contentar-se com a consequência de que as injustiças graves sejam evitadas”.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 63.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 49-66.

7.5 O DIREITO À INFORMAÇÃO ENTRE A IGUALDADE E A LIBERDADE

Conforme defendido neste trabalho, um dos interesses tutelados pelo direito à informação é a *liberdade de escolha* do consumidor. No plano da proteção pré-contratual ou contratual, a doutrina sempre deixou clara a “profunda ligação entre o conceito de liberdade e o negócio jurídico [...]”.⁴⁹⁹ Sem liberdade negocial não há consumidor ou fornecedor. Daí a necessidade de sua proteção em prol daquele que, em determinadas circunstâncias, não tem condições de exercê-la de fato, como ocorre, em regra, nas relações de consumo. Tal se faz necessário em vários ordenamentos visando à redução da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, que se manifesta na disparidade de forças no tocante ao fornecedor. Sua condição de vulnerável afeta não só sua liberdade de decisão no mercado, como sua própria condição de igualdade em relação ao fornecedor. Portanto, liberdade, igualdade e vulnerabilidade são princípios que se entrecruzam quando se trata de qualquer intervenção legislativa de proteção ao consumidor, inclusive no âmbito da outorga do direito contratual.

Qual o motivo que levaria, conforme a pesquisa de campo aqui apresentada, cerca de 90% dos consumidores a considerarem extremamente relevante a outorga a seu favor de um direito à informação? Evidente que tal resposta revela de imediato que o consumidor entende que tais direitos lhe conferem uma maior proteção no mercado e manifesta (o direito à informação) um mecanismo que tem a aptidão de deixá-lo mais seguro ante a disparidade de poderio econômico e técnico em relação ao fornecedor. Entretanto, no plano jurídico, a outorga desse direito estaria a serviço apenas do princípio da igualdade ou da liberdade, ou de ambos?

Para Sinde Monteiro,⁵⁰⁰ o direito à informação age no sentido de recompor a igualdade entre as partes, inclusive do ponto de vista material. Em princípio, tem-se que a igualdade formal, consagrada na Revolução Francesa, não admitiria uma legislação protetora de quaisquer classes ou categorias especificamente. A premissa basilar é a de que todos são iguais perante a lei. No entanto, hoje, não há mais falar somente na igualdade formal, pois ela,

⁴⁹⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 80.

⁵⁰⁰ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade civil por conselhos e informações*. [S. l.]: Almedina, 1989. p. 372.

por si só, não é capaz de garantir a igualdade na prática.⁵⁰¹ Por essa razão, legislações que protegem determinados nichos da sociedade, tais como as leis consumeristas, não violam a igualdade, senão visam assegurar esse princípio em sua vertente material.⁵⁰²⁵⁰⁴ O déficit de liberdade retira a igualdade material do consumidor perante o fornecedor e, conforme defende Joaquim de Sousa Ribeiro, afeta a capacidade da parte em situação de inferioridade no mercado de *exercitar adequadamente os mecanismos de autotutela dos interesses próprios*.⁵⁰³ Para Jorge Morais Carvalho, a proteção está diretamente ligada à criação de condições para *uma decisão livre e esclarecida* do consumidor.⁵⁰⁴

Quando se estabelece um dever de informação em prol do consumidor, é pelo fato de este se encontrar em um desnível informacional em relação ao fornecedor. Logo, o dever de informação objetiva, no todo, busca resolver dois problemas: o da falta de liberdade e o da desigualdade na relação de consumo. Não há uma hierarquia entre esses princípios, ambos possuem igual *status* de importância. Procura-se proteger a igualdade tanto quanto almeja-se a proteção da liberdade. Ademais, não é possível salvaguardar a igualdade sem fazer o mesmo com a liberdade, e vice-versa.

Por esse motivo, as normas que impõem deveres de informação têm como fundamento a igualdade e a liberdade. À medida que se aprimora o grau de liberdade do consumidor, equaciona-se também o grau de igualdade material nas relações de consumo. Isso somente é possível com a prestação clara e adequada de informações por parte de quem as detém, ou seja, a partir do momento que se confere ao consumidor, vulnerável, um tratamento

⁵⁰¹ Judith Martins-Costa assenta que: “[...] a relevância dos deveres de informação decorre da *relevância da diferença* que se põe como necessária consequência, da ‘transversalidade’ que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil, da fissura no mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista”. MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277-318.

⁵⁰² “É em prol da verdadeira igualdade que o CDC oferece instrumentos para a parte mais fraca conter e controlar o poderio da mais forte”. GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, p. 108, 1998.

⁵⁰³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 137-163, 2002. p. 131.

⁵⁰⁴ CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo*. Reflexão sobre a autonomia privada no contrato de consumo. Coimbra: Almedina, 2012. p. 640.

diferenciado, haja vista que a liberdade e a igualdade deste são ameaçadas pelo desnível informacional. Se, por um lado, é dever do fornecedor informar, por outro, o consumidor torna-se credor de um direito, o de ser informado.

O direito à informação aumenta ou restringe a liberdade do consumidor? Evidente que, na perspectiva do fornecedor, a quem compete o cumprimento desse dever, o direito à informação configura-se flagrantemente uma restrição à sua liberdade de ação no mercado e, no domínio dos contratos, a própria limitação à sua autonomia da vontade ou à liberdade contratual. Entretanto, do ponto de vista do credor desse direito, o consumidor, haveria essa mesma restrição? Sua liberdade estaria afetada com a outorga desse direito? Para Lorenzetti, “essas normas jurídicas dão a impressão de limitar a liberdade, mas o certo é que a melhoram ao trabalhar sobre os pressupostos de seu exercício”.⁵⁰⁵ Canaris não concebe o dever de informação como uma restrição à liberdade, pelo contrário:

[...] pode caracterizar-se uma regulamentação similar como um modelo de informação porque a liberdade de decisão é enriquecida com o acréscimo de conhecimentos sobre as circunstâncias significativas para o contrato. Não concebo esta situação como uma verdadeira restrição à liberdade contratual.⁵⁰⁶

Na mesma linha, para Paulo Mota Pinto, o “direito à informação serve à reconstituição dos pressupostos da autonomia privada em sentido material”.⁵⁰⁷

O déficit de liberdade pode ocorrer nas contratações de adesão e mesmo fora dela. No entanto, à dificuldade de autoproteção do consumidor decorrente da distância econômica entre ele (o consumidor) e o fornecedor deve ser acrescido o grave problema da distância informacional. Para corrigir o problema da liberdade, Jörg Neuner defende também que, “para garantir decisões autodeterminadas, pode ser necessário reduzir os déficits de informação”.⁵⁰⁸ No caso da relação de consumo, há um problema prévio que não se resolve apenas com o

⁵⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 505.

⁵⁰⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 62.

⁵⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, p. 188, 2003.

⁵⁰⁸ NEUNER, Jorg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). Tradução de Gunnar Nilsson. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], v. 9, n. 3, p. 11, out./dez. 2015.

modo como a cláusula está redigida. Em razão da dificuldade de conhecimento técnico acerca do objeto da contratação, em geral, não basta que a cláusula do contrato a ser assinada seja clara sobre o que ela quer dizer e regular. Antes de ter acesso a qualquer minuta de contratação, o consumidor precisa de informações para decidir se contrata ou não; se o aderente não consumidor, em geral, não tem um grau elevado de assimetria informacional para decidir, o consumidor normalmente o tem. Dessarte, ele só tem condições mínimas de passar à fase seguinte da celebração do contrato se, anteriormente, ele recebeu essas informações do próprio fornecedor, as quais não se limitam à disposição e comunicação prévia do conteúdo das cláusulas contratuais; elas, não raro, envolvem deveres de advertência e aconselhamento.

O fornecedor, como profissional, dispõe de um conjunto de informações organizadas sobre o objeto da futura contratação, ao passo que o consumidor, como não profissional, como leigo, de tal não dispõe. Essa chamada assimetria informacional deixa o consumidor em uma posição de flagrante vulnerabilidade. A distância informacional passa a ser problema não em virtude dessa desigualdade de posições, mas porque o consumidor precisa da colaboração do fornecedor para sua disponibilização. São informações essenciais à decisão de contratar ou não contratar. Se essas informações não lhe forem disponibilizadas, o consumidor poderá ser levado à celebração do contrato em prejuízo de seus próprios interesses.

A vulnerabilidade é, antes de tudo, um problema de informação que atinge o consumidor. Manifesta-se no grande déficit informacional do consumidor em relação ao fornecedor, evidentemente quando se está em causa um bem de que o consumidor necessita e sobre o qual não dispõe de informações importantes quanto à utilização e riscos, por exemplo, a fim de discernir melhor sobre a contratação. Diante desse déficit informacional, como o consumidor poderia exercer minimamente sua liberdade no mercado? O dever de informação vem para diminuir esse *gap* entre fornecedores e consumidores. Ao reduzir essa vulnerabilidade, o legislador estaria criando um ambiente propício ao exercício da liberdade do consumidor. Nas palavras do próprio Canaris, essas regulamentações devem ser vistas como “certas condições para o exercício da liberdade”.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 62.

Quando se reduz esse grau de vulnerabilidade, via regulamentação, inclusive, do direito à informação, emerge, de forma clara, a proteção da própria liberdade do consumidor, pois, sem informação, ele decidiria no escuro. Nessa situação, não haveria espaço para decidir com liberdade, de acordo com um consentimento livremente formado. Poder-se-ia falar em liberdade *pro forma*, porém esta não é suficiente quando se trata de relações de consumo, mormente no que diz respeito à ausência de informação. Se ao consumidor são prestadas informações claras e adequadas, ele, então, é capaz de melhorar seu nível de liberdade no momento de optar ou não pela contratação. Ao citar a regulamentação do direito à informação do consumidor de crédito, Canaris sustenta que tal melhora substancialmente a liberdade efetiva de decisão do tomador do crédito e serve, ao mesmo tempo, aos interesses da concorrência, pois permite comparar objetivamente.⁵¹⁰

Pode-se dizer, então, que o dever de informação não é imposto, em suas várias formas, somente em função da boa-fé, mas sobretudo para assegurar um grau mínimo de liberdade ao consumidor. Dessa maneira, terá o consumidor condições de discernimento para contratar ou não, a despeito de sua vulnerabilidade que, apesar de poder ser reduzida, dificilmente será eliminada.

A vulnerabilidade, então, atinge em cheio a liberdade de escolha, a condição de autoproteção do consumidor. A vulnerabilidade exprime a falta de condição de autoproteção, cuja uma de suas causas é a falta de informações, o que resulta numa perda significativa de liberdade. Então, quando se estabelece um dever de informação, reduz-se a vulnerabilidade e, por consequência, melhora-se o grau de liberdade do consumidor. Por essa razão, a liberdade é, em si, um fundamento que não pode ser desprezado, quando o legislador fixa o dever de informação ao fornecedor, porquanto estipula papel de extrema relevância para a formação de um consentimento livre e informado no momento de contratar.

É importante ressaltar que, apesar de a liberdade de escolha ser fundamento do dever de informar, ela não garante uma liberdade efetiva. É fato que a prestação de informações colabora significativamente para a redução da assimetria informativa e, por consequência, para

⁵¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 62.

a ampliação da esfera de liberdade de escolha do consumidor, todavia não há que pensar que tal liberdade é plenamente satisfatória. Canaris assinala que a “liberdade efetiva total de todos os cidadãos é uma utopia” e que “a liberdade jurídica não deve ser desmesuradamente limitada a fim de proteger a liberdade efetiva, porque, de outro modo, acabar-se-ia necessariamente por prejudicar gravemente esta última”.⁵¹¹

De toda maneira, os esforços do legislador, tanto no Brasil quanto em outros países, como Portugal, são no sentido de resguardar ao máximo a liberdade de escolha do consumidor perante o fornecedor, mormente no que toca à informação, donde se compreendem os vários deveres de informação que a este último são impostos.

⁵¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e justiça contratual na sociedade de direito privado cit., p. 49-66.

8 CONCLUSÃO

Há quase duas décadas, como exposto na introdução desta investigação, o professor catedrático da Universidade Nova de Lisboa, Carlos Ferreira de Almeida, fez a provocação se o direito à informação seria apenas um *slogan* ou um princípio de direito que tivesse realmente aplicação. O direito à informação tem experimentado, ao longo das últimas décadas, uma notável evolução, e está muito longe de um simples *slogan*. Comporta-se como um verdadeiro direito subjetivo do consumidor, cujo descumprimento tem resultado em vários desdobramentos, seja no âmbito do cumprimento forçado da oferta pré-contratual, nos termos do art. 30 do CDC, seja no domínio da desvinculação obrigacional do consumidor, conforme determina o art. 46 do mesmo diploma; ou ainda tem implicações na seara da responsabilidade civil por defeito de informação à vista dos arts. 12 e 14 da lei consumerista; ou também nas sanções previstas no parágrafo único do art. 54-D do Código com relação à violação do direito à informação na outorga do crédito, em virtude da prevenção do superendividamento. Entretanto, se o direito à informação não é um *slogan*, ele também não pode ser mitificado, como se conseguisse resolver sozinho os problemas que levaram à sua inserção no rol dos deveres de proteção constitucional do consumidor. O direito à informação, como debatido neste estudo, não é um fim em si mesmo; ao revés, atua de forma instrumental para a tutela de interesses específicos do consumidor. A proteção efetiva buscada pelo legislador, via instrumento do direito à informação, vai depender sempre de outros fatores, sobretudo dos problemas do processo comunicacional, que se estabelece, ordinariamente, entre seu destinatário, o consumidor, e o emissor da mensagem informativa, no caso, o fornecedor.

Foram apresentadas, na presente pesquisa, as seguintes indagações: (i) quais interesses jurídicos específicos do consumidor são tutelados pelo direito à informação; (ii) o que propriamente deve ser informado ao consumidor e como fazê-lo; (iii) os limites impostos ao Estado no dever de proteção constitucional ao consumidor, com foco no direito à informação; (iv) a garantia do direito à informação ante as contratações no ambiente virtual da internet; (v) o esvaziamento do direito à informação perante a autonomia do consumidor; (vi) a recusa do consumidor em ser informado; e, (vi) nas contratações via internet, em que o consumidor, majoritariamente, tem *recusado* a leitura dos termos de uso ou dos contratos,

como ficaria sua proteção legal. Previamente ao debate doutrinário e jurisprudencial em torno dessas questões, foram apontados os resultados de uma pesquisa de campo realizada no âmbito desta investigação com o objetivo de detectar com o público a percepção dos consumidores com relação à própria noção do direito à informação em si, em outras palavras, o entendimento sobre a própria efetividade do direito outorgado aos destinatários da proteção.

A pesquisa, cujos resultados foram objeto de diálogos com os temas de vários capítulos, permitiu a compreensão de questões importantes, a seguir destacadas, concernentes à percepção dos consumidores, ou da própria efetividade do direito à informação:

- 1) O consumidor confessa o problema da gravidade da assimetria informacional (que leva ao reconhecimento da necessidade de sua proteção), pois, para mais de 90% dos consumidores, a outorga do direito à informação é fundamental. Ao mesmo tempo, mais da metade dos consumidores se diz insatisfeita, no dia a dia, com o direito à informação outorgado a seu favor, uma vez que, para mais da metade (52,8%), a quantidade de informações recebidas não é *suficiente*, contra outro grupo (47,2%) que diz receber informações *suficientes* ou mais do que suficientes. Tal constatação deixa evidente que a mesma informação, que pode ser clara e compreensível para grupos consideráveis dos consumidores, já não é percebida assim por outros, ou seja, são vicissitudes ou *ruídos* do processo comunicacional entre o fornecedor e o consumidor que contribuem para reduzir a efetividade do direito à informação. A pesquisa demonstra que nem mesmo entre os consumidores com maior nível de escolaridade há uma uniformidade acerca dessa percepção de que a informação transmitida é fácil de compreender (36,2% dos consumidores com nível superior não consideram as informações de forma simples ou fáceis de entender), embora no grupo dos consumidores com menor escolaridade o percentual é um pouco mais elevado (42,1%).
- 2) A efetividade do direito à informação vai encontrar um obstáculo no próprio comportamento do consumidor no mercado; um percentual elevado de consumidores (cerca de 40%) confessa que ordinariamente não lê total ou parcialmente os contratos. A informação é transmitida, como vista no domínio desta investigação, dentro de um processo comunicacional, em que a falta de compreensibilidade do que é informado

pode decorrer da maneira como o próprio fornecedor disponibiliza a informação. Entretanto, a premissa para que o processo comunicacional se estabeleça é que seu destinatário, no caso o consumidor, tenha uma conduta ativa no sentido de se dispor a ler e se atentar para o que lhe é disponibilizado. Além da falta de interação no processo comunicacional, parte dos consumidores (20,4%) confessa que um dos motivos para não se dispor a acessar a informação é que *contratos são difíceis de entender*.

- 3) O consumidor não recorre apenas ao fornecedor para se informar no mercado de consumo. Na verdade, a pesquisa demonstrou que o consumidor não se coloca como aquele que está na dependência exclusiva do fornecedor para ter acesso às informações de que precisa com relação a produtos e serviços. Como quem se movimenta naturalmente na busca da autoproteção e, mesmo com as dificuldades decorrentes da condição de não profissional, seja por não conseguir compreender as informações que lhe são transmitidas pelo fornecedor (pois para quase 40% dos consumidores as informações não são prestadas de forma *simples*, que consigam compreender razoavelmente), seja, inclusive, por motivos de proximidade e mais facilidade do acesso à informação, como demonstrou a pesquisa, o consumidor recorre a fontes variadas para se informar antes de adquirir um produto ou serviço: (i) experiência pessoal com o produto ou serviço (41,2%); (ii) pesquisa na internet (22,9%); (iii) opinião de colegas e familiares (18,9%); contra 15,9% que dizem se embasar apenas com as informações dos fornecedores. Chama a atenção a quantidade de consumidores cuja experiência pessoal com o produto ou serviço vai ser mais importante do que a informação que, formalmente, está sendo a ele transmitida. Pode-se deduzir dos achados da pesquisa que, quando falta essa *experiência pessoal*, ele recorre a amigos e familiares que possam conhecer melhor o produto ou serviço; ou faz uso dos *motores de buscas* na internet. Hoje, com os recursos disponibilizados no mundo virtual, um percentual razoável de consumidores, antes de adquirir um produto ou serviço *não conhecido*, não vai deixar de adotar uma postura, que se tornou praticamente um costume da era atual, ante as necessidades mais variadas sobre informação: a pesquisa no *google*, *sites* etc., inclusive assumindo ele próprio (o consumidor) o risco quanto à inidoneidade das fontes informativas. Todos os achados

da pesquisa aqui realçados deixam evidente que (como ao fornecedor não é possível, em uma sociedade de consumo de massa, em regra, cumprir o direito à informação, individualizando a mensagem informativa a partir do perfil de cada consumidor isoladamente) o processo comunicacional vai acabar impondo-lhe *padrões* do destinatário de sua mensagem, ou seja, a do *consumidor médio* de seus produtos e serviços. O perfil do *consumidor médio* de produtos e serviços de alta tecnologia pode não ser o mesmo de bens extremamente simples, porém, embora o CDC não fale expressamente da figura de um *consumidor médio* destinatário da mensagem informativa, é evidente que esse padrão não pode ser ignorado em uma sociedade de consumo de massa com a produção e a oferta em série de produtos e serviços.

De forma direta ou indireta, o legislador sempre buscou associar a proteção de determinados interesses à disponibilidade da informação, por parte do fornecedor. Esses interesses tutelados são identificados a partir da matriz do regime geral do direito à informação, o art. 6.º, III, do CDC (com natureza evidente de *cláusula geral*) e de vários dispositivos que lhe servem de complemento. Fica patente que o legislador impôs o direito à informação para: (i) proteger a liberdade de escolha; (ii) a proteção à saúde e à segurança; e (iii) para proteger o interesse econômico do consumidor na execução do contrato. Deve-se ressaltar que a obrigatoriedade do direito à informação (quando se trata de instrumentalizar a proteção à saúde e à segurança) estende-se além, inclusive, do término da relação contratual, como ocorre no caso do *recall*, ou seja, essa proteção opera-se, inclusive, póscontratualmente, quando o consumidor já encerrou a relação contratual, ou nem sequer tenha intenção de celebrar qualquer contrato.

Nesse sentido, se o fim que se busca não é a informação pela informação, mas a tutela de interesses, o fornecedor não está obrigado a informar sobre tudo relacionado ao produto ou serviço. Não é de volume de informações que se está falando, mas da qualidade delas, aptas a instrumentalizar essa proteção. Na esfera desta investigação, foi identificada a existência de dois regimes do direito à informação: o primeiro especial, cujo conteúdo é indicado taxativamente pelo Estado, por meio de *listas*, para alguns produtos e serviços em especial, como é o caso da rotulagem obrigatória de produtos alimentícios; e um segundo, que

corresponde a um regime geral, sem indicação taxativa de seu conteúdo ou *listas*, cuja matriz é a *cláusula geral* do art. 6.º, III.

Todas as vezes que não houver o estabelecimento taxativo do conteúdo do dever de informar do fornecedor, ele deverá recorrer a esse regime geral, o qual exige que a informação seja *clara e adequada*. A *clareza* e a *adequação* funcionam como requisitos do direito à informação; enquanto a *clareza* é um requisito formal que deve conter (i) *compreensibilidade*, (ii) *acessibilidade* e (iii) *veracidade*, a *adequação* é um requisito material que traz a (i) *essencialidade* e (ii) a *suficiência*. No tocante ao requisito formal da *clareza*, a informação precisa ser *verdadeira* (*veracidade*); deve ser comprovada cientificamente consoante o *estado da arte* no momento de sua disponibilidade ao consumidor; *acessível* (*acessibilidade*), ou seja, ela pode ser acessada facilmente pelo consumidor e a tempo de proteger o interesse tutelado; bem como ser em linguagem clara, no idioma nacional, sem termos técnicos, permitindo a plena compreensão (*compreensibilidade*) do consumidor. Impõe-se também ao fornecedor, no cumprimento do requisito da *clareza*, sobretudo de seu elemento intrínseco da *compreensibilidade*, a observância do padrão do *consumidor médio* de seus produtos e serviços, tendo em vista que, na grande maioria das situações, na sociedade de consumo de massa, há uma oferta em série dos bens que serão adquiridos pelo consumidor.

Para o requisito material da *adequação*, a satisfação do direito à informação do consumidor implica que o fornecedor não está obrigado a informar tudo o que concerne ao produto ou serviço. Partiu-se de uma espécie de consenso doutrinário de que o *excesso de informação* constituía ele próprio em descumprimento do dever de informar. O excesso de informação consiste em uma violação ao dever de informar na medida em que não demanda uma prévia seleção a respeito de qual informação seja realmente *adequada* à tutela dos interesses específicos do consumidor aqui referidos.

O dever informativo imposto ao fornecedor gravita em torno das informações essenciais à tutela dos interesses tutelados consoante a natureza do produto ou serviço, que precisam ser transmitidas. Nesse sentido, fora do âmbito dos produtos e serviços que coloquem em risco a saúde e a segurança do consumidor, informações que pertencem ao *sensu comum* do consumidor *médio* não precisam ser apresentadas pelo fornecedor. O

requisito material da *adequação* somente será cumprido a partir da identificação do interesse tutelado com relação ao produto ou serviço. Depois dessa identificação é que se conseguirá avaliar se as informações prestadas *são essenciais* à proteção da *liberdade de escolha*, à *saúde ou à segurança*, bem como ao *interesse econômico do consumidor na execução do contrato*. O requisito da informação *adequada* atua também, por consequência, no sentido de impedir a imposição de deveres informativos excessivos ou exagerados ao fornecedor, pois tudo o que esteja para além de informações necessárias (ou *adequadas*) à tutela dos interesses protegidos deve ser entendido como *exageros ou excessos informativos* impostos ao fornecedor, inclusive por via da interpretação judicial.

A *suficiência ou insuficiência da informação* só poderão ser avaliadas se o que foi transmitido como informação *essencial* é suficiente para a proteção dos interesses tutelados no caso concreto. Todo o produto ou serviço que tiver a aptidão de colocar em risco a saúde ou a segurança do consumidor impõe ao fornecedor cumprir o direito à informação de forma ostensiva com recurso claro a *advertências*, que implica uma clara recomendação de conduta ao consumidor. Nos produtos e serviços que não envolvam risco à saúde, a informação precisa obviamente ser *clara e adequada*, não necessitando da *ostensividade*. Entretanto, nesse caso, como nas outras situações tuteladas, o consumidor não deixa de ter sempre o direito complementar a *esclarecimentos* por parte do fornecedor. Nesse contexto, inclusive, as informações que pertençam ao *senso comum do consumidor médio* daqueles produtos ou serviços e que, eventualmente, sejam desconhecidas por parte do consumidor individual devem ser prestadas complementarmente.

O cumprimento dos requisitos clareza e adequação garantiria a efetividade do direito à informação? A investigação apontou que há óbices que vão militar, em qualquer ordenamento, contra essa efetividade. O direito à informação do consumidor está integrado em um processo de comunicação na relação com o fornecedor. A efetividade desse direito à informação no processo comunicacional depende não só de seu cumprimento formal e material por parte do fornecedor, como também de um comportamento ativo do destinatário da mensagem informativa, que é o consumidor. Esse comportamento ativo do consumidor na interação com a mensagem informativa não pode ser dissociado da educação dos

consumidores, seja a educação escolar geral, seja a educação específica para o consumo, como tem defendido a Organização das Nações Unidas.

Portanto, o fornecedor, nesse processo comunicativo que se estabelece com o consumidor para a disponibilização das informações, não poderá desprezar o perfil do consumidor médio de seu produto ou serviço, pelo contrário, terá que se atentar a esse perfil, utilizando, inclusive, eventuais pesquisas mercadológicas, bancos de dados, a que tenha lícitamente acesso. Nesse sentido, se o fornecedor tem condição de reconhecer esse perfil, a identificação do consumidor médio, como destinatário das mensagens informativas, viabilizará o cumprimento, sobretudo, da *clareza* da informação, que contém, inclusive, o elemento da compreensibilidade. Outrossim, se o consumidor médio de seus produtos e serviços pertence a grupos de consumidores *hipervulneráveis*, deverá, nesse caso, dar cumprimento ao direito à informação, atento às peculiaridades deles. De qualquer modo, o consumidor pode acionar sempre o *dever complementar de esclarecimento* do fornecedor sempre que tiver qualquer demanda informativa não satisfeita inicialmente com o fornecimento dos produtos e serviços.

Não obstante o próprio acesso à internet tenha a aptidão de reduzir as assimetrias informativas em benefício, inclusive, dos consumidores (conforme reconhecido na própria pesquisa de campo realizada), as constantes inovações tecnológicas atuam, na grande maioria das vezes, para acentuá-las permanentemente. O fornecedor também pode sabotar o processo comunicativo com o consumidor em razão não apenas da transmissão de informações sem *clareza e adequação*, mas também em virtude dos interesses contrapostos presentes em toda relação negocial. Com receio de que o cumprimento do direito (à informação) acabasse desestimulando a contratação, informações essenciais que ajudariam no processo de decisão do consumidor poderiam ser omitidas deliberadamente pelos próprios fornecedores ou divulgadas de forma parcial ou obscura. O próprio consumidor também pode sabotar esse processo, permanecendo-se inerte com relação à mensagem informativa, seja por se *recusar* a recebê-la, seja exercendo sua *autonomia* ou *direito à autodeterminação*, exercendo sobretudo o *direito de não saber*.

O mesmo fundamento da liberdade (cuja falta levou à necessidade de outorga dos deveres protetivos em prol dos consumidores) vai autorizar que o consumidor validamente a

exerça dizendo não ao querer saber, ao querer conhecer, informar-se... Tal não implica reconhecer que nesse caso o consumidor contrataria sem qualquer proteção. A exemplo do que ocorre nas contratações eletrônicas, a contratação sem o conhecimento do conteúdo dos termos negociais estará protegida pelo princípio da confiança, em sintonia com as legítimas expectativas geradas nos consumidores em geral. De igual modo, nas relações médico/paciente, a *confiança* vai atuar onde o consumidor e/ou paciente, de forma consciente, deliberada e inequívoca, decide exercer o *direito a não saber*. Como reconhecido na pesquisa, inclusive, cerca de 50% dos consumidores que contratam sem ler os termos da contratação confessaram que assim procediam porque já *conheciam o produto ou serviço* ou *confiavam* no fornecedor do produto ou serviço. Nem sempre é o direito à informação em si que vai lastrear as relações e dar suporte ao consumidor: nesses espaços, onde por qualquer motivo não seja possível a efetividade do direito à informação, a *confiança* poderá atuar, como tem feito de forma relevante no mercado de consumo. Isso serve de alerta ao legislador e aos próprios operadores do direito no sentido que nem sempre a inflação legislativa ou interpretativa em torno do direito à informação é o caminho adequado para solucionar os problemas decorrentes da assimetria informativa do consumidor.

Foram também levantadas algumas questões acerca dos fundamentos do direito à informação: (i) o centro desse dever geral estaria, no caso brasileiro, no art. 422 do CC,⁵¹² que consagra o princípio da boa-fé nas relações negociais, o que, por via de consequência, aplicar-se-ia também aos contratos de adesão entre particulares?; (ii) será o problema da vulnerabilidade, sobretudo da vulnerabilidade técnica, revelador da assimetria informacional, que a outorga desse direito busca resolver, ou há outras questões que o tangenciam?; (iii) estaria também o direito à informação assegurado para garantir a justiça e o equilíbrio contratual?; (iv) o direito à informação relaciona-se ainda com o problema do déficit de liberdade de uma das partes no contrato?; (v) ou o direito à informação é voltado a resolver o problema da ausência de igualdade entre as partes?

⁵¹² CCB, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No âmbito das relações de consumo, o direito à informação goza de autonomia ante sua regulamentação em vários dispositivos no CDC, não dependendo sua concretização da aplicação exclusiva do princípio da boa-fé. Apenas com fundamento na boa-fé não se conseguiria identificar a violação do direito à informação, tal qual regulado e disciplinado autonomamente pelo CDC. O princípio da boa-fé tem aplicação subsidiária na efetivação do direito à informação, sobretudo para justificar um direito complementar ao esclarecimento por parte do consumidor, conforme defendido no âmbito deste estudo. Tanto na pesquisa realizada como no próprio debate doutrinário, foi identificada uma série de *obstáculos* em torno da efetividade do direito à informação, inclusive por parte do consumidor. Entretanto, a despeito de seus *obstáculos* naturais, o direito à informação veio para ficar e é indissociável do dever constitucional de proteção ao consumidor, conforme a matriz do art. 5.º, XXXII, da CF.

O direito à informação não busca resolver o problema jurídico em si da justiça ou injustiça das relações no mercado de consumo. Tanto que não é, via direito à informação em si, que será avaliada a abusividade da cláusula. Para tanto, existe o rol das cláusulas abusivas estabelecidas previamente pelo legislador, principalmente no art. 51 do CDC. A *abusividade* trata de conteúdo da cláusula; o direito à informação não está preocupado previamente com o conteúdo, se justo ou injusto, mas que todas as informações disponibilizadas no mercado de consumo, seja na fase pré-contratual ou contratual em si, cumpram os requisitos da *clareza e adequação*. A proibição de cláusulas abusivas nas contratações de consumo visam à justiça contratual ou ao equilíbrio nas relações de consumo. O cumprimento do direito à informação, portanto, não vai garantir, por si só, relações justas e equilibradas entre consumidores e fornecedores. No entanto, tem aptidão para impedir que graves injustiças sejam cometidas a partir do momento que são criados mecanismos que podem melhorar razoavelmente o exercício da autodeterminação contratual por parte do consumidor.

A assimetria informativa natural na relação de consumo é o problema marcante que torna as relações de consumo portadoras de uma desigualdade natural entre fornecedor e consumidor, impedindo a este último o exercício de sua liberdade, de forma razoável, no mercado. A vulnerabilidade é, então, o problema, cujo reconhecimento leva à necessidade de outorga do direito à informação. A vulnerabilidade é aqui entendida como dificuldade do consumidor de autoproteção. Essa dificuldade de autoproteção do consumidor com relação ao

fornecedor tanto pode ser decorrente da disparidade do poderio econômico entre as partes (vulnerabilidade fática ou econômica) ou da ausência de conhecimentos técnicos acerca do produto ou serviço que precisa consumir. A vulnerabilidade do consumidor, que levou à necessidade da outorga do direito à informação a seu favor, é a técnica, ou seja, é a própria vulnerabilidade informativa do consumidor, que emerge naturalmente da assimetria informativa. Em virtude da constatação dessa vulnerabilidade ou dificuldade de autoproteção, o legislador, praticamente, vai poupar o consumidor da *prova diabólica* em torno dos vícios de consentimento na relação comercial originados da informação. Outrossim, o consumidor, no plano pré-contratual, não precisa realizar toda a *ginástica* argumentativa que se exige nas relações tuteladas pelos códigos civis clássicos para demonstração da *culpa in contrahendo* na fase pré-contratual, ou seja, para emprestar efeitos jurídicos advindos de informações, publicidades, mensagens suficientemente *precisas* por qualquer meio, que lhe foram dirigidas pelo fornecedor. As informações disponibilizadas no momento pré-contratual, ainda que não tenha havido tecnicamente uma proposta, geram efeitos jurídicos em favor do consumidor, mesmo que não haja qualquer relação jurídica contratual. O negócio jurídico também pode ser considerado *viciado* na relação de consumo sem que seja necessário apontar os elementos do *erro* ou do *dolo*, bastando para tanto a demonstração da violação do direito à informação do consumidor.

Entretanto, a vulnerabilidade, em si, não pode ser tida como fundamento do direito à informação. Ela (a vulnerabilidade) é o problema fático a ser resolvido não o fundamento, que dá suporte à *solução* legislativa. Contudo, era preciso identificar esse fundamento jurídico constitucional que vai dar suporte, no ordenamento, à solução desse problema. Exatamente nesse sentido que se identificou, no âmbito desta investigação, que tal solução passa pelo restabelecimento dos direitos constitucionalmente assegurados da igualdade e da liberdade. O direito à informação outorgado ao consumidor não constitui uma restrição à liberdade e à igualdade, antes implica seu reforço. Essa *solução* parte do devido reconhecimento da dificuldade de autoproteção, na maioria das situações, ao *déficit de informações*, que leva ao déficit no exercício de sua autodeterminação e, portanto, de sua liberdade. Deixar o consumidor sem essa proteção importaria em maltratar a própria liberdade constitucionalmente protegida, pois, sem o suprimento de informações, não teria como exercê-la razoavelmente.

Portanto, a lei protetiva, ao mesmo tempo que busca equalizar as relações no mercado de consumo à vista da constatação da desigualdade material em desfavor do consumidor, restitui a este as condições mínimas para o exercício de sua liberdade. Nesse sentido, impõe-se o dever legal de proteção para que as relações possam ser material e minimamente iguais. Outrossim, qualquer medida protetiva que não seja necessária à proteção implica uma intervenção legislativa desnecessária ou notadamente arbitrária e ofensiva constitucionalmente à própria igualdade, configurando a concessão de privilégios em favor dos próprios consumidores, incompatível com a igualdade. Tal representaria o que a doutrina denomina de *proibição do excesso*. Há dois limites intransponíveis impostos ao legislador na tarefa de regular o direito à informação; (i) não pode a regulação desse direito asfixiar o livre mercado, também protegido constitucionalmente, ao mesmo tempo em que (ii) não pode retirar o direito do consumidor à sua autodeterminação e autonomia. Não é por outro motivo que ele, como portador do direito à autodeterminação, não pode ser obrigado a se informar, podendo, inclusive, decidir livremente por não se informar, assumindo ele próprio todas as consequências positivas e negativas de seu direito a *não saber*. O fundamento da liberdade que autoriza a intervenção legislativa é o mesmo que impõe o respeito à decisão do consumidor de não saber, ou de não se informar, desde que o faça de forma inequívoca e livremente, exercendo seu direito à autodeterminação sem submissão a quaisquer constrangimentos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, George. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- AGUADO, Josep Llobet I. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality uncertainty and market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v.84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: conceitos, fontes, formação*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. São Paulo: Almedina, 2005.
- ALPA, Guido. Princípios gerais e direito dos contratos: um inventário de dicta questões. In: MONTEIRO, Antonio Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Biblioteca de direito do consumidor, 8).
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. v. 1.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 123, jan./mar. 2000.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n. 9, p. 40-44, set./dez. 1999.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O princípio de proteção no Código de Defesa do Consumidor. In: JORNADAS BRASILCON. Porto Alegre: [s. n.], 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 23-31, abr./jun. 1996.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: o direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BERLO, David K. *O processo de comunicação: introdução à teoria e à prática*. Tradução de Jorge Arnaldo Fontes. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do par. 4º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em: 18 out. 2021.
- CAKEBREAD, Caroline. You're not alone, no one reads terms of service agreements. *Business Insider*, [s. l.], 15 nov. 2017. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11>. Acesso em 2 maio 2020.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010.
- CANTU, Alberto. La responsabilitá del produttore per diffeto di informazione e la naormativa in tema di etichette e schede informative nei prodotii alimentari, cosmetici e contenenti sostanze pericolose. *Responsabilitá Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale do Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, Milano, v. 43, n. 6, 1998.
- CASI nadie lee los términos y condiciones online. *La Verdad*, Madrid, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://www.laverdad.es/tecnologia/internet/terminos-condiciones-online-20180308174734-ntrc.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>. Acesso em: 2 maio 2020.
- CASTELLS, Manuel. A mudança na cabeça das pessoas. *Época*, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/ideias/noticia/2013/10/bmanuel-castellsb-mudanca-esta-na-cabeca-das-pessoas.html>. Acesso em: 18 out. 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Análise da licitude da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.) et al. *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155-181.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

CORREIA, Atalá. Limitação das indenizações por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional. *Revista IBERC*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 1-17, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i2.162>. Acesso em: 10 set. 2021.

CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 95, p. 13-31, 2011.

DE NOVA, Giorgio. Informazione e contratto: il regolamento contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 47, n. 3, set. 1993.

DIAS, André Gonçalo Pereira. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 839, p. 69-109, set. 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DURIG, Gunter. *Escritos reunidos*. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP).

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRADA, Manual Antonio Carneiro da. Contrato e deveres de proteção. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 38, p. 161-435, 1994.

FRADA, Manual Antonio Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2004.

FRANCE PRESSE. British Airways é multada em US\$ 230 milhões por caso de roubo de dados de passageiros. *G1*, [Rio de Janeiro], 8 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/08/british-airways-e-multada-em-us-230-milhoes-por-caso-de-roubo-de-dados-de-passageiros.ghtml>. Acesso em: 2 maio 2020.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no processo do consumidor, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 108, 1998.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora. 2007.

GOLDMAN, Eric. The crisis of online contracts (as told in 10 memes). *Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper*, [Santa Clara], Mar. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3796519. Acesso em: 24 set. 2021.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: BARROS, Hamilton de et al. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GRUNDMANN, Stefan. L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come instrumento. *Europa e Direito Privado*, [s. l.], n. 2, p. 257-304, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HARLAND, David. The consumer in the globalized information society: the impact of the International Organizations. In: WILHELMSSON, Thomas (coord.). *Consumer Law in The Information Society*. Holanda: Kluwer Law International, 2001.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. Número de fumantes no Brasil cai 30,7% nos últimos nove anos. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2015/numero_fumantes_cai_30_virgula_sete_por_cento_em_nove_anos. Acesso em: 2 jun. 2016.
- JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. livre de Claudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, jan. 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Atlas, 2006.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. O Direito à informação e o contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINE, Angélica (coord.). *Direitos dos seguros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1997.

LIZ, Jorge Pegado. Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação. In: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Almedina, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2001.

LOPES, Teresa Ancona (coord.). *Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. Aids e o direito civil brasileiro. *Revista USP*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 33, p. 66-79, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOURENÇO, Denise. *Teorias da comunicação*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, 2016.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e de sua aplicação no direito privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 19, p. 237-263, mar. 2001.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 113-122, jul./set. 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonoid, 1998.

MADALENO, Cláudia. Informação e publicidade: em especial, a publicidade de produtos financeiros. In: LIBER Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2012.

MAIORIA dos internautas não lê termos de uso de redes sociais, diz estudo. *IG*, [s. l.], 2013. Disponível em: <https://tecnologia.ig.com.br/2013-08-12/mais-de-50-dos-internautas-nao-le-terminos-de-uso-de-redes-sociais-diz-estudo.html>. Acesso em: 2 maio 2020.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (Coleção biblioteca de direito do consumidor, v. 9).

MARCH, Gene A. *Consumer protection law in a nutshell*. 3rd. ed. St. Paul: West Group, 1999.

MARCH, James G; SIMON, Herbert A. *Teoria das organizações*. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: USAID, 1967.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 53-76, abr./jun. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994.

MARTINS, Ana Paula Bortoletto (org.). *Rotulagem de alimentos e doenças crônicas*: percepção do consumidor no Brasil. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: <http://www.idec.org.br/pdf/rotulagem-de-alimentos-e-doencas-cronicas.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (org.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

- MARZAGÃO, Nelcina C. De O. Tropardi. *Da informação e dos efeitos do excesso de informação no direito do consumidor*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- MATTELART, Armand. A era da informação: gênese da informação descontrolada. Trad. Francisco Rudger. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 15, p. 7-23, ago. 2001.
- MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem: understanding media*. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *O Direito a não informação*. Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra, n. 9, p. 45-50, 2015.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. 4. ed. reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2014.
- MIRAGEM, Bruno et al. (org.). *Direito do consumidor: 30 anos CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: tomo III: negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. *Comunicação e Defesa do Consumidor*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL COMUNICAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, 1993, Coimbra. *Actas [...]*. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. Título do capítulo. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade civil por conselhos e informações*. [S. l.]: Almedina, 1989.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

MULHONLLAND, Caittlin Sampaio. Formação e execução dos contratos de consumo a distância no pós-modernismo: o caso da internet, a responsabilidade solidária do provedor de internet pelos danos causados ao consumidor pelo fornecedor final do produto. In: CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 2002. Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: [s. n.], 2002.

NAYER, Benoît. The consumer in electronic commerce: beyond confidence. In: WILHELMSSON, Thomas et al. (coord.) *Consumer Law in the information society*. Holanda: Kluwer Law International, 2001.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Dever de informar: alimentos transgênicos. Parecer dado no processo 1998.34.00.027681-8*. Ação cautelar nominada, Requerente: IDEC- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e outros. Requerido: União Federal e outros. 6ª Vara Federal de Brasília.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NETSHOES deverá avisar 2 milhões de clientes sobre roubo de dados. Veja, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/netshoes-devera-avisar-2-milhoes-de-clientes-sobre-roubo-de-dados/>. Acesso em: 2 maio 2020.

NEUNER, Jorg. *O direito a não ser informado* (a proteção privada da liberdade de informação negativa). Tradução de Gunnar Nilsson. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [s. l.], v. 9, n. 3, p. 15-51, out./dez. 2015.

NIREMBERG, Jeffe F. *A psicologia da comunicação*. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBrasa. 1981.

OGUS, Anthony I. *Regulamento*. [S. l.]: Bloomsbury, [2004?]. Edição do Kindle.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Deber de informacion. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 44-77, abr./jun. 2000.

OSSOLA, Frederico; VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001.

PAYÃO, Felipe. *FIESP expõe dados sensíveis de 34 milhões de pessoas*. Tecmundo, [s. l.], 21 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/136386-fiesp-expoe-dados-sensiveis-500-mil-pessoas.htm>. Acesso em: 2 maio 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reformulação da ordem jurídica e outros temas*. Rio de Janeiro, Forense. 1980.

PEREIRA, Miguel Batista. Filosofia da comunicação hoje. In: CONGRESSO INTERNACIONAL COMUNICAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, 1993, Coimbra. *Actas [...]*. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

PÉREZ-RUBIO, Lourdes Blanco. *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*. Marcial Pons. Madrid. 2013.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor. *Revista de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, 2003.

PNAD Contínua: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=24772&t=notas-tecnicas>. Acesso em: 24 set. 2021

PORTO, Antônio Maristrello. *Curso de análise econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle.

RAMSAY, Iain. *Consumer Law in the information society*. In: WILHELMSSON Thomas et al. 1st ed. Londres: Kluwer Law International 2000.

REDE Marriott leva multa de quase R\$ 500 mi por vazamento de dados. Olhar Digital, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/rede-marriott-encara-multa-de-us-123-milhoes-por-vazamento-de-dados/87800>. Acesso em: 2 maio 2020.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 4, p. 137-163, 2002.

ROCHA, Amélia Soares da. *Contratos de consumo: parâmetros para a redução da assimetria informacional*. São Paulo: Foco, 2021.

RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo*. 2. ed. [S.l.]: Forense, 2019. Edição do Kindle.

ROMERO, Luiz. Não li e concordo. *Superinteressante*, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>. Acesso em: 28 set. 2020.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ROSILLO FAIRÉN, Alejandro. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor; necessidade de harmonização da legislação. *Revista de Direito internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 53-64, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SERENS, M. Nogueira. A proibição da publicidade enganosa. In: CONGRESSO INTERNACIONAL COMUNICAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. 1993. Coimbra. *Actas [...]*. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

SILVA, Eva Sonia Moreira da. *Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. v. 2.

SILVA, Eva Sônia Moreira da. *Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006.

SIMON, Herbert A. Introductory comment. In: EGIDI, Massimo et al. (ed.). *Economics, bounded rationality and the cognitive revolution*. Aldershot: Edward Elgar Publishing, 1992.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, [Rio de Janeiro], v. 7, n. 26, 2004.

SPENCE, Michael. Os consumidores aprenderam a lidar com os vendedores. E agora? *Exame*, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/as-lacunas-da-economia-digital/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

STARCK, Christian. State Duties of Protection and Fundamental Rights. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 3, n. 1, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2000/v3i1a2882>. Acesso em: 19 out. 2021.

STIGLITZ, Joseph E. The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 115, n. 4, p. 1441-1478, Nov. 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2586930>. Acesso em: 19 out. 2021.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl. E. *Introdução à microeconomia*. Tradução da 3. ed. americana de Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STIGLITZ, Rubén. S. Información al consumidor y contenido del contrato. *Derecho del Consumidor*, [s. l.], v. 1, p. 33-39, set. 1991.

STIGLITZ, Rubén. S. La obligación precontractual y contractual de información: el deber de consejo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, abr./jun. 1997.

STIGLITZ, Rubén. S. *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. *Too much information*. [S.l.]: MIT Press, 2020. Edição do Kindle.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Pelo princípio de isonomia substancial na Nova Constituição: notas sobre a função promocional do direito. *Atualidades Forense*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 112, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil: direitos humanos e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos riscos e deveres de informação nas declarações negociais para o consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, 1992.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. [S.l.]: Almedina Brasil, 2020. (Coleção Teses). Edição do Kindle.

ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Editora, 2010.

UNITED NATIONS. *Manual on consumer protection*. [S.l.]: United Nations, 2016. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/webditcclp2016d1.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021

VASCONCELLOS, Pedro Pais. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, José Alberto. *O dever de informação do tomador de seguro em contrato de seguro de automóvel: estudos em memória do Professor Doutor Antônio Marques dos Santos*. Coimbra: Almedina, 2005.

WERNER, Ulrich. Código Civil Alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o direito civil social? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2021..

ANEXO A – FICHA METODOLÓGICA

DESCRIÇÃO DO ESTUDO

A presente pesquisa quantitativa foi realizada pelo Atlas Político por solicitação do doutorando e advogado Paulo Khouri ao Atlas Político, para fins de sua utilização em sua tese de doutorado perante o IDP com o objetivo entender o comportamento e a opinião do consumidor em relação às informações disponíveis sobre os bens e serviços adquiridos.

Trata-se de um estudo de opinião pública em modalidade *survey*, pós-estratificado e com coleta via web e representativo da população brasileira adulta. Os demais detalhes técnicos do estudo serão elucidados na sessão dedicada à ficha técnica.

A seguir, serão tratados os seguintes tópicos: na sessão 2 se realizará uma comparação entre os tipos de coleta para pesquisas de opinião, na qual se defende o argumento que pesquisas online, presenciais ou telefônicas se equivalem em matéria de validade e solidez. Na sessão 3 se explicitam as características técnicas do presente estudo, o anúncio usado para recrutar os respondentes e o perfil sociodemográfico da amostra. No quarto e último ponto, são elencadas as perguntas do questionário utilizado.

COMPARAÇÃO ENTRE TIPOS DE COLETA PARA PESQUISAS DE OPINIÃO (*SURVEYS*)

Serão ilustrados a seguir os tipos mais comuns de *survey*, seus prós e contras, especialmente diante do desafio metodológico da pandemia COVID-19. Se tratará ademais sobre os critérios para a seleção de instituto de pesquisa que são capazes de fornecer dados confiáveis para a tomada de decisões com base em sua capacidade preditiva demonstrada de fenômenos políticos e sociais, qualidade de sua equipe de especialistas e resultados recentemente alcançados pelos mesmos.

Em detalhes, por exemplo, os tipos mais comuns de técnicas de recrutamento de respondentes de pesquisa são os seguintes:

- Online (via questionário web respondido por smartphone, tablet ou computador);
- Telefone (via telefone fixo ou celular); □ Cara a cara (residencial ou nas ruas).

Dependendo de suas particularidades, cada um desses três tipos de técnica tem suas peculiaridades, pontos fortes que podem ser explorados e fraquezas que devem ser atenuadas por certas práticas. Um

pesquisador experiente tem as ferramentas materiais e intelectuais para realizar pesquisas de alta qualidade, independentemente do método de coleta de respostas. O importante é que o pesquisador tenha especialistas altamente qualificados, com doutorado em ciências sociais e estatísticas, que estão constantemente atualizados sobre como melhorar a qualidade de suas pesquisas. Além disso, sua equipe de técnicos que realizam o trabalho de campo tem que ser devidamente treinada, possuindo experiência para a aplicação adequada de questionários, o que lamentavelmente não é comum hoje em dia por razões de custo no caso de pesquisas telefônicas e presenciais.

É sempre mais comum notar que grandes institutos de pesquisa tradicionais erram em prever resultados eleitorais em vários contextos, tanto nacionais quanto locais. Métodos antigos de estratificação da amostra não conseguem mais expressar representativamente o pensamento das sociedades ocidentais. Nesse sentido, o elemento que melhor verifica capacidade preditiva de um instituto de pesquisa, além da técnica de coleta que utiliza, é o seu histórico: a capacidade de prever importantes processos eleitorais em contextos complexos, em diferentes países. É importante ademais que as previsões acertadas sejam recentes, justamente porque isso garante que o pesquisador saiba representar as mudanças mais recentes nos segmentos socioeconômicos e territoriais. Em segundo lugar, é importante que o instituto de pesquisa possa mostrar que conseguiu obter entre as melhores previsões em diferentes países, pois isso valida a qualidade metodológica e a capacidade de seus especialistas de ler os elementos do contexto que realmente importam para uma boa pesquisa de opinião pública. Um bom pesquisador geralmente faz boas previsões em qualquer país e não em um país somente.

Em relação às técnicas de coleta de dados adotadas, não há realmente uma que seja melhor do que a outra. Geralmente, determinar a qualidade da pesquisa é a capacidade dos especialistas de desenhar o estudo, das questões à análise. Nesse sentido, a qualidade da amostragem é mais importante do que a técnica de coleta escolhida. Cada técnica tem suas próprias vantagens, desvantagens e desafios metodológicos. Em condições perfeitamente controladas, todas as técnicas são equivalentes em termos de qualidade. O que deve determinar a escolha de um ou outro, técnico, seja online, presencial ou telefônico, deve ser o objetivo da pesquisa.

Um erro comum que alguns pesquisadores cometem diz respeito aos vieses e ambiguidades em perguntas do questionário. O segundo erro que mais compromete a qualidade das pesquisas é o baixo treinamento que os técnicos que aplicam o questionário presencial ou telefônico recebem. O terceiro, e mais importante, o erro diz respeito ao desenho de uma amostra e ao balanceamento das variáveis que estratificam a população em segmentos que representam fielmente o território estudado.

As técnicas de aplicação presenciais e por telefone são as mais caras, pois exigem muita mão-de-obra. Por razões de custo, as empresas que adotam esses métodos muitas vezes contratam estudantes ou pessoas de baixa qualificação para o trabalho de campo. Embora nem sempre seja assim, esses fatores muitas vezes comprometem a qualidade desses tipos de estudo. Outro fator que pode comprometer a robustez dessas técnicas é a incapacidade de ter listas de contatos e endereços suficientemente amplos para conseguir operar uma seleção autenticamente aleatória de respondentes. Essas listas são muitas vezes desatualizadas e contêm poucos contatos em relação ao necessário para garantir uma aleatoriedade de fato. Outro limite importante, em particular, das pesquisas presenciais, seja a residencial ou nas ruas, é que elas geralmente não são conduzidas em áreas de risco de segurança, onde residem grande parte dos eleitores, ou menores do interior. A pesquisa telefônica consegue evitar esse tipo de viés territorial, mas o uso de listas telefônicas desatualizadas continua comprometendo sua confiabilidade em muitos casos. Por outro lado, uma pesquisa online é muito mais barata de ser realizada, permitindo obter uma amostra muito maior do que presencial e telefonicamente. Uma amostra maior também significa uma margem de erro menor. Com exceção dos questionários enviados por e-mail ou SMS, as pesquisas online não dependem de listas de endereços e números de telefone, evitando viés no caso de uso de dados desatualizados e acabando sempre por selecionar as mesmas pessoas. Em pesquisas online, pode-se recrutar entrevistados através de anúncios em mídia social e sites parceiro de motores de busca (como o Google Ads, por exemplo). Isso garante respostas aleatórias e bem capilarizadas territorialmente, pois os anúncios aparecerão para milhões de pessoas no território que você deseja estudar. Mecanismos de controle são usados para que as pessoas não possam responder mais de uma vez à mesma pesquisa. Um algoritmo é capaz de excluir todas as respostas incompletas ou que violem regras de confiabilidade de dados. Não necessitando de pessoal de baixo custo para realizar trabalhos presenciais ou telefônicos, na pesquisa online o indivíduo selecionado aleatoriamente responde ao questionário por si mesmo, impedindo que a aplicação errada do questionário por um técnico de baixa competência comprometa a qualidade do estudo.

No que se refere ao viés amostral, toda técnica de coleta tem o seu. Pesquisas presenciais têm problemas de custo por não conseguirem cobrir todo o território. Pesquisas residenciais podem tender a capturar a opinião somente da população inativa do ponto de vista laboral. Pesquisas nas ruas, ao contrário, podem tender a selecionar população mais ativa do ponto de vista laboral. No caso das pesquisas online, a população que usa a Internet é geralmente mais jovem, mais educada, com renda mais alta e mais metropolitana.

Então o que realmente faz a diferença na construção da amostra não é a técnica de coleta em si e sim a ponderação das variáveis usadas para a estratificação. Por exemplo, no caso de pesquisas online, o importante é que todos os setores da sociedade estejam presentes na internet. Neste caso, embora, por exemplo, idosos de baixa renda, baixa escolaridade e do interior estejam menos presentes online, o que importa é que eu consiga selecionar uma quantidade suficientemente grande dentro deste setor para que a minha amostra esteja corretamente balanceada. Não importa se certos setores estejam mais ou menos presentes nas ruas, nas listas telefônicas ou na internet. O que importa é que dentro da amostra da pesquisa que se está realizando tais segmentos populacionais estejam representados de forma proporcional à população total.

No caso da internet, há pessoas do interior e de uma certa idade que agora já usam mídia digital, principalmente pelo *smartphone*. Claramente são menos presentes que os jovens, mas isto não os torna ausentes. Trata-se de equilibrar a amostra corretamente e com isso é possível eliminar completamente esse viés amostral.

Na prática, no caso da pesquisa na internet, quando o respondente está preenchendo o questionário, ele mesmo informará os dados sobre o seu próprio perfil sociodemográfico em profundidade. Nenhum filtro anterior de seleção de respondentes é usado com base em suas características. Em vez disso, a representatividade local ou nacional da pesquisa é alcançada atribuindo pesos amostrais que equilibram vieses entre os entrevistados, uma vez que o número preestabelecido de questionários completos é coletado. Esses pesos amostrais são atribuídos usando um algoritmo *raking*. O *raking* é um processo de ponderação iterativo, pelo qual cada entrevistado recebe um peso numérico, que reflete a sua baixa ou alta representação dentro da amostra total, em base ao seu perfil sociodemográfico. Em cada etapa de *raking*, os pesos são calibrados para que juntos convirjam cada vez mais para o perfil da população em geral.

Para efetuar o *raking*, um conjunto de variáveis-chave é usado para garantir representatividade em cada um dos territórios onde as pesquisas são realizadas. As variáveis mais utilizadas são: sexo, idade, religião, lugar de residência (estado, cidade, bairro), escolaridade, grupo socioeconômico, raça, IDH do local onde reside e voto nas últimas eleições. Dependendo do local, podem ser utilizadas variáveis adicionais, o que depende da capacidade dos especialistas de ler as especificidades de cada contexto nacional e local. Para evitar distorções por casos isolados, pesos extremos são atenuados dentro de alguns limites específicos. Os procedimentos de *raking* garantem que, uma vez atribuído o peso final a cada entrevistado, o perfil

geral da amostra ajustada seja equivalente ao perfil da população-alvo. Para saber mais sobre o procedimento de *raking*, consulte Deville e Sarndal (1992) e Deville, Sarndal e Sautory (1993).⁵¹³⁵¹⁴

Em suma, é possível dizer que as pesquisas online representam um serie de vantagens para o contexto atual, se realizadas por pesquisadores experientes e com rigor metodológico comprovado. A pesquisa online é mais rápida, barata e confiável quando se trata de construir uma amostra representativa e de qualidade em comparação com pesquisas telefônicas e presenciais hoje. São pesquisas que podem ser recebidas e respondidas enquanto navegam pela Internet a partir de um computador, tablet ou celular em qualquer lugar, 24 horas por dia. São mais adequados para questionários mais curtos e rápidos de até 30 questões, ideais para processos de tomada de decisão eleitoral e interna para partidos políticos.

Com esse método é possível alcançar milhares de entrevistados diariamente.

FICHA TÉCNICA DO ESTUDO

- Survey realizado entre os dias 16/03 e 23/03 de 2020;
- Dados coletados mediante questionário online;
- Recrutamento realizado por meio de anúncios no Google Ads;
- 4 Amostra total: 1372 casos;
- Representativo da população adulta do Brasil, segundo os dados mais recentes do PNAD-IBGE 2018⁵¹⁵;
- Margem de erro 3%;
- Intervalo de confiança 95%;
- Estudo pós-estratificado, por tanto, não há exclusão de casos. Usa-se um sistema de pesos para balancear a representatividade da amostra, aumentando ou diminuindo a relevância estatística de cada indivíduo usando como variáveis de estratificação: gênero, idade, renda familiar, escolaridade, religião e local de residência;

⁵¹³ Deville, J.C., e C.E. Sorndal. 1992. "Estimadores de calibração em amostragem de pesquisa." *Jornal da Associação Americana de Estatística* 87: 376-82.

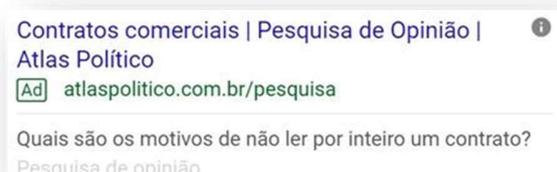
⁵¹⁴ Deville, J.C., C.E. Sorndal, e O. Sautory. 1993. "Procedimentos generalizados de Raking na Amostragem de Inquéritos". *Revista da Associação Americana de Estatística*, 88:423.

⁵¹⁵ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnadcontinua.html?edicao=24772&t=notas-tecnicas>

- No que se refere às respostas válidas, o sistema exclui automaticamente todas os questionários preenchidos de forma incompleta ou por pessoas menores de 18 anos;
- O software adotado para a coleta de respostas foi o Atlas Surveys (Atlas Político); □ A análise foi realizada com o software SPSS 26 (IBM).

ANÚNCIO DE RECRUTAMENTO NO GOOGLE ADS:

O seguinte anúncio aparece aos usuários de forma aleatória durante a sua navegação nos sites do motor de busca Google.com e derivados. Visualizado o anúncio, o usuário escolhe se clicar ou não para participar da pesquisa. Uma vez acessado o link do anúncio, o usuário é levado automaticamente à página da pesquisa de opinião.



Perfil da amostra

Gênero

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido Homem	0	48,8	48,8	48,8
Mulher	0	51,2	51,2	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Grau de escolaridade

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido Ensino Fundamental	0	27,1	27,1	27,1
Ensino Médio	0	39,3	39,3	66,5
Ensino Superior	0	33,5	33,5	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Faixa etária

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
do 16 - 24	0	13,9	13,9	13,9
25 - 34	0	23,6	23,6	37,5
35 - 44	0	20,9	20,9	58,4
45 - 59	0	26,2	26,2	84,6
60 - 100	0	15,4	15,4	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Faixa de renda familiar

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido R\$0-R\$2,000	0	43,3	43,3	43,3
R\$2,000-R\$3,000	0	26,0	26,0	69,3
R\$3,000-R\$5,000	0	17,3	17,3	86,6
R\$5,000-R\$10,000	0	9,6	9,6	96,2
Acima de R\$10,000	0	3,8	3,8	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Religião

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido Agnóstico ou ateu	0	8,3	8,3	8,3
Católico	0	44,0	44,0	52,3
Evangélico	0	30,8	30,8	83,1
Outra religião	0	16,9	16,9	100,0
Total	1	100,0	100,0	

Estado de residência

	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido AC AL	0	,4	,4	,4
AM	0	,7	,7	1,1
AP	0	1,5	1,5	2,6
BA	0	,1	,1	2,7
CE	0	7,4	7,4	10,1
DF	0	4,2	4,2	14,2
ES	0	2,0	2,0	16,2
GO	0	,8	,8	17,0
MA	0	4,8	4,8	21,8
MG	0	2,7	2,7	24,4
MS	0	11,8	11,8	36,3
MT	0	,8	,8	37,0
PA	0	1,4	1,4	38,5
PB	0	2,4	2,4	40,9
PE	0	1,8	1,8	42,7
PI	0	4,5	4,5	47,2
PR	0	1,8	1,8	49,0
RJ	0	5,5	5,5	54,5
RN	0	9,1	9,1	63,6
RO	0	1,5	1,5	65,1
RR	0	,4	,4	65,6
RS	0	,1	,1	65,7
SC	0	4,4	4,4	70,1
SE	0	4,4	4,4	74,5
SP	0	1,3	1,3	75,8
TO	0	23,9	23,9	99,6
Total	0	,4	,4	100,0
	1	100,0	100,0	

QUESTIONÁRIO COMPLETO:

Estamos conduzindo uma pesquisa de opinião sobre hábitos de consume e informações ao consumidor no Brasil.

A sua participação é voluntária e não-remunerada.

Obrigado pela participação!

OPINIÃO: INFORMAÇÕES AO CONSUMIDOR

P1. Quais são suas fontes de informação preferidas para decidir se adquirir ou não um produto ou serviço desejado em uma loja ao invés que na da concorrência? (Marque até duas opções)

Experiência pessoal com a loja ou produto (1)

Opinião de colegas, familiares ou amigos (2)

Pesquisa na internet (3)

Publicidade do produto nas mídias (4)

Informações disponibilizadas pelo fabricante ou vendedor (5)

P2. Como você avalia a obrigatoriedade de fornecer informações ao consumidor por parte de fabricantes e vendedores de produtos e serviços hoje?

Extremamente necessária (1)

Muito necessária (2)

Moderadamente necessária (3)

Pouco necessária (4)

Nada necessária (5)

P3. Como você avalia a quantidade de informações ao consumidor fornecidas por fabricantes e vendedores de produtos e serviços hoje?

Demasiada informação (1)

Muita informação (2)

Suficiente informação (3)

Pouca informação (4)

Nenhuma informação (5)

P4. Como você avalia a simplicidade das informações ao consumidor fornecidas por fabricantes e vendedores de produtos e serviços hoje, como manuais, rótulos e contratos?

Extremamente simples (1)

Muito simples (2)

Moderadamente simples (3)

Pouco simples (4)

Para nada simples (5)

P5. Quando você se depara com a necessidade de comprar um dos bens e serviços presentes na seguinte lista, como você se informa sobre os detalhes contratados:

Compra ou alugar veículos motorizados **Leio o contrato por inteiro** **Não leio o contrato por inteiro**

Compra pela internet	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Seguro de vida, carro ou casa	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Plano de saúde	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Plano de celular (voz e/ou internet)	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Compra de imóvel na planta ou aluguel	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Cirurgia	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Abertura de conta bancária	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Cartão de crédito de lojas ou bancos	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Investimentos (tesouro direto, ações, fundos, cdb, lci, etc...)	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro
Perfil em mídias sociais	<input type="checkbox"/> Leio o contrato por inteiro	<input type="checkbox"/> Não leio o contrato por inteiro

P6. Quais foram os seus principais motivos de não ter lido o contrato por inteiro ou exigi-lo ao vendedor antes de finalizar a compra de algum bem ou serviço? (resposta múltipla)

- Tinha urgência em ter acesso ao produto ou serviço (1)
- Tinha confiança no vendedor ou na empresa (2)
- Já conhecia o produto ou serviço (3)
- Contratos são difíceis de entender (4)
- Não foi necessário assinar algum contrato (5)

ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL

P7. Em que estado do Brasil você mora?

(lista fechada)

P8. Em que cidade você mora?

(lista fechada por estado)

P9. Com qual gênero você se identifica?

- Homem (1)
- Mulher (2)

P10. Qual o seu grau de educação?

- Ensino Fundamental (1)
- Ensino médio (2)
- Ensino superior (3)

P11. Qual a sua idade?

- Menor de 18 (0) [fator de exclusão do indivíduo da pesquisa]
- De 18 até 24 anos (1)
- De 25 até 34 anos (2)
- De 35 até 44 anos (3)
- De 45 até 59 anos (4)
- De 60 até 100 anos (5)

P12. Você poderia me dizer em qual faixa de renda, aproximadamente, encontra-se a renda total de sua família por mês, somando-se todas as fontes (como salários, hora extras, renda de aluguéis, de todos que moram na casa, etc.)?

- R\$0 – R\$2.000 (1)
- R\$2.001 – R\$3.000 (2)
- R\$3.001 – R\$5.000 (3)
- R\$5.001 – R\$10.000 (4)
- Maior que R\$10.000 (5)

P13. Em quem você votou no primeiro turno da eleição presidencial de 2018?

- Alvaro Dias (1)
- Cabo Daciolo (2)
- Ciro Gomes (3)

Fernando Haddad (4)

Geraldo Alckmin (5)

Guilherme Boulos (6)

Henrique Meirelles (7)

Jair Bolsonaro (8)

João Amoêdo (9)

Marina Silva (10)

Outro/Branco/Nulo/não votei (11)

P14. Em quem você votou no segundo turno da eleição presidencial de 2018?

Fernando Haddad (1)

Jair Bolsonaro (2)

Branco/Nulo/não votei (3)

P15. Qual é a sua religião?

Agnóstico ou ateu (1)

Católico (2)

Evangélico (3)

Outra Religião (4)

P16. Você possui uma conta no Facebook?

Sim

Não

EQUIPE DO ATLAS POLÍTICO / ATLASINTEL

A seguir se elencam os membros da equipe de execução da pesquisa:

Luciana Veiga (não pertence à equipe do Atlas e participou como consultora científica eterna) possui mestrado e doutorado em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (2001) e pós-doutorado em Ciência Política pela Universidade da Califórnia - Irvine, 2013. Visiting Scholar em University of Illinois, janeiro e fevereiro de 2016, Visiting Scholar em York University, em 2010. Atualmente é professora associada da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Unirio, atuando no curso de graduação em Ciência Política. É coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UNIRIO (2017-2020). Atuou ainda nos programas de Pós-Graduação de Ciência Política (2009-2016) e de Sociologia (2005-2016) da UFPR; e atua ainda como pesquisadora colaboradora no Laboratório de Comunicação Política e Opinião Pública do IESP (desde 1995-). Membro do conselho consultivo do Centro de Estudos de Opinião Pública - CESOP/Unicamp (desde 2013-2017). Membro do Conselho Executivo da Associação Latino Americana de Ciência Política - ALACIP (desde 2013-2019). Foi coordenadora

do curso de Mestrado em Ciência Política da UFPR (2011 e 2012), após ser vice coordenadora do curso (2008-2010); diretora da Associação Brasileira de Ciência Política (2010-2012), após ser membro do conselho fiscal (2008-2010) da mesma associação, coordenadora da AT Representação Política da ABCP; presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política - Compolitica (2011-2013); vicecoordenadora do Grupo de Trabalho Partidos e Sistemas Partidários - Anpocs (2007 a 2011). É novamente diretora de projetos da ABCP (2016-2018) e coordenadora de GT da Anpocs, agora com Comportamento Político e Opinião Pública (2016-2018). Tem experiência e artigos publicados na área de Ciência Política, com ênfase em Comportamento Político, atuando principalmente nos seguintes temas: comportamento político, opinião pública, políticas públicas, partidos políticos e pesquisa qualitativa.

E-mail: luciana.veiga@unirio.br

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6225554673074879>

Leonardo Magalhães é Coordenador de Projetos para a América Latina e Caribe na AtlasIntel. Leonardo é Doutorando em Comunicação pela PUC-Rio. No campo da pesquisa em Internet e Política, Leonardo pesquisa sobre opinião pública e pautas políticas nas mídias (agenda-setting e framing), através do paradigma das ciências sociais computacionais. Leonardo é Pesquisador associado ao Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Democracia Digital (INCT.DD) e ao Grupo de Pesquisa em Comunicação, Internet e Política da PUC-Rio (COMP); é também Pesquisador Junior da Cátedra UNESCO de Políticas Culturais e Gestão da Fundação Casa de Rui Barbosa. No âmbito profissional, Leonardo é Coordenador de Projetos para a Ibero-América em Atlas Intel/Atlas Político. Leonardo possui uma consolidada trajetória internacional tendo atuado como consultor em comunicação, política e opinião pública em 9 países, entre eles: Inglaterra, Itália, Espanha, México, Angola, Equador, Argentina, Cuba e Brasil. Leonardo integra o Conselho Consultivo da "Red Verdad", do Instituto de Cultura e Comunicação e do Centro Universitário para a Informação e a Comunicación Sean MacBride, ambos da Universidade Nacional de Lanús (Argentina), e o Centro de Ciência, Tecnologia e Pesquisa (México). Atualmente, Leonardo é colunista e membro do conselho editorial do *Latinoamérica21* (LA21), que publica artigos de análise política nos mais importantes veículos de mídia em diversos países das Américas, como *Folha de S. Paulo* (BR), *El Clarín* (AR), *Página Siete* (BO), *El Observador* (UR), *La Tercera* (CL), entre outros. Leonardo é Mestre em Comunicação Social e Desenvolvimento pela Universidade Complutense de Madri (Espanha); pós-graduado em Comunicação Política e Institucional pela Fundação Ortega y Gasset (Espanha); com graduação em Ciências e Tecnologias da Comunicação e da Informação pela Universidade de Gênova (Itália).

E-mail: leonardo.magalhaes@atlaspolitico.com

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8623555088364656>

Andrei Roman é co-fundador e CEO do Atlas Político. Recebeu seu Ph.D. em Ciência Política pela Universidade de Harvard com a tese "Uma Teoria da Escalada de Protestos". Andrei trabalhou como consultor de gestão para a McKinsey & Company e foi analista de risco soberano na Goldman Sachs. Escreve artigos de opinião para o El País e oferece comentários para uma variedade de veículos na América Latina, Europa e Estados Unidos. Também continua desenvolvendo sua agenda de pesquisa focada na psicologia do comportamento político, em especial o estudo da construção das identidades políticas e a evolução do comportamento eleitoral em decorrência da reestruturação identitária.

E-mail: andrei.roman@atlasintel.org

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2151758927255467>

Thiago Costa é CTO da AtlasIntel. Seu trabalho tem como foco a exploração de dados relacionais e temporais, como também a construção de tecnologias e soluções de big data. Durante seu doutorado em Harvard, Thiago trabalhou desenvolveu uma teoria matemática que descreve as propriedades limitantes de redes muito grandes e desenvolveu uma estrutura inferencial escalável para explorar os aspectos aplicáveis desta teoria, como por exemplo a classificação e comparação de indivíduos dentro da topologia da rede. Isso pode ser usado, por exemplo, para modelar a identidade política dos indivíduos, classificar fontes de notícias em uma rede social, ou para identificar e classificar o impacto dos eventos do mundo real na dinâmica eleitoral.

E-mail: thiago.costa@atlasintel.org

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9286255260870981>