A (DES)CONEXÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR E A LEI N° 12.414/2011: A INEFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO POSTO QUANDO COTEJADO COM O DIREITO PRESSUPOSTO. UM DIÁLOGO COM A DESIGUALDADE E A SUBVERSÃO DO ESTADO DE DIREITO, DE OSCAR VILHENA

Afonso Carvalho de Oliva[*]
Carolina Fonseca Garcia Oliva[**]
Kalyne Alves Andrade Santos[***]
Raquel Torres de Brito Silva[****]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da Lei nº 12.414/2011 – Cadastro Positivo de Crédito – e sua relação com a proteção constitucional do consumidor. A análise baseia-se na ineficácia social desta lei (direito posto) quando comparado com a expectativa da proteção do consumidor brasileiro e da criação de leis com base no desenvolvimento social (direito pressuposto). É apresentado um breve histórico da Lei nº 12.414/2011, com a análise comparativa entre o que fora posto à população e o que se esperaria de uma lei de cunho consumerista. Após, é feita uma breve análise da proteção constitucional do consumidor, demonstrando o atual estado de desconexão existente entre a Lei nº 12.414/2011 e a referida proteção – que deve ser entendida de forma ampla e não apenas limitada – aos dispositivos legais específicos para a proteção consumerista. Em seguida, apresenta-se um diálogo entre a desconexão da Lei nº 12.414/2011 e a proteção constitucional do consumidor com o artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, apresentando-se uma

* Orientador do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Mestre em Direitos Humanos (Unit-SE); Especialista em Direito do Consumidor; Professor de Direito do Consumidor na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). advogado.contato@afonsooliva.com.

** Especialista em Direito Constitucional; Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. carolinafg_85@yahoo.com.br.

*** Integrante do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Graduada em Saneamento Ambiental (IFS); Acadêmica de Direito na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). ka.lyne@hotmail.com.

**** Bolsista do projeto de pesquisa "Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros: do direito de registrar ao direito de esquecer"; Acadêmica de Direito na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese). raqueltorres.95@hotmail.com.

comparação da subversão lá tratada, que se reflete na própria Lei do Cadastro Positivo de Crédito. Outrossim, apresenta-se uma revisão das três categorias sociais apresentadas por Vieira, *invisíveis, demonizados e imunes*, comparando-os com os atores sociais influenciados pela Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de Dados. Proteção do Consumidor. Ineficácia Social. Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a (des)conexão existente entre a Lei nº 12.414/2011 – Lei do Cadastro Positivo de Crédito – e a proteção constitucional do consumidor brasileiro, traçando posteriormente um diálogo com o artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, buscando apresentar uma crítica à referida lei, em razão da falta de racionalização social para sua elaboração.

Defende-se que a Lei do Cadastro Positivo foi pensada e criada por um poder afastado do desenvolvimento social, razão pela qual se verifica a sua total ineficácia no plano fático, comprovada pela baixa adesão da população aos bancos de dados criados, bem como a ausência dos resultados prometidos quando da edição da Medida Provisória posteriormente convertida na lei em análise.

A metodologia do presente estudo é eminentemente bibliográfica, tendo-se realizado um levantamento histórico da criação da Lei de número 12.414/2011. Observando-se seus antecedentes históricos e a motivação para o surgimento do texto legal, passou-se a uma crítica acerca de sua apresentação midiática e da indução do consumidor em erro, apresentando ainda uma crítica fundada na diferenciação entre o direito posto pelo Estado e o direito pressuposto pela sociedade brasileira.

Ato contínuo, passa-se a uma breve análise acerca da proteção constitucional do consumidor brasileiro, demonstrando-se a necessidade de reconhecimento desta proteção como um direito fundamental do cidadão brasileiro, que não pode ficar restrito à legislação protetiva representada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim ser entendido como uma superestrutura normativa, haja vista a necessidade

de se reconhecer essa proteção em todo o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, quando do surgimento de proposituras legislativas apoiadas em interesses econômicos obscuros ao cidadão brasileiro.

Em seguida, apresentamos fundamentação acerca da ineficácia social da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, partindo do conceito de ineficácia social apresentada por Luís Roberto Barroso e por José Afonso da Silva, concatenando o estudo com a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, de Herrera Flores, para demonstrar a necessidade do reconhecimento dos processos culturais de criação do Direito, o que não foi respeitado quando da criação da Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

Voltando-se para a lição de Eros Grau sobre o direito posto e o direito pressuposto, demonstra-se, por fim, a forma como o poderio econômico influencia na tomada de decisões do Poder Público, o qual deixa de buscar a igualdade fática para a população, utilizando-se, tão-somente, do conceito de igualdade formal, tentando, com isso, demonstrar uma imparcialidade na aplicação da lei. O resultado, em verdade, é a continuação da desigualdade preexistente e lançando-se mão da lição de Bauman, a perpetuação do poder econômico a transformar o consumidor brasileiro em uma mercadoria a ser utilizada para a maximização dos lucros dos grupos econômicos.

No último tópico, realiza-se uma comparação entre a crítica apresentada à Lei nº 12.414/2011 e o artigo «A desigualdade e a subversão do estado de direito», de autoria de Oscar Vilhena Vieira, primeiramente para demonstrar que a subversão do Estado de Direito pode ser verificada *in concreto* com a Lei do Cadastro Positivo de Crédito, uma vez que ela não representa, como já exposto, o clamor social, mas sim a defesa de grupos econômicos capazes de distorcer o Estado de Direito, a ponto de satisfazer apenas os seus interesses, apresentando-os como clamores legítimos da sociedade como um todo. Além disso, mostra-se uma forma de incluir os atores sociais influenciados pela lei em análise nas categorias apresentadas pelo autor em seu artigo.

Tem-se como principal objetivo a apresentação de um pensamento crítico acerca de uma lei que, após 3 anos de sua publicação, não alcançou os objetivos que foram expostos quando de sua criação e que também não foi objeto de análise pela doutrina brasileira quanto aos seus efetivos objetivos. Conforme análise realizada, percebe-se que a lei abre caminhos para diversos abusos contra os consumidores brasileiros, em

claro desrespeito ao princípio constitucional da proteção do consumidor brasileiro.

É de se salientar, ainda, que não se trata de um estudo exaustivo sobre a matéria, mas de linhas gerais para um posterior aprofundamento do tema, haja vista sua complexidade, a demandar profunda análise sociológica sobre o caso, intercalando conceitos sobre a privacidade dos dados pessoais, a autodeterminação informacional e a própria proteção do consumidor.

1 A GÊNESE DA LEI Nº 12.414/2011 – CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO

A retórica midiática acerca da Lei do Cadastro Positivo – Lei nº 12.414/2011 – busca apresentá-lo como uma forma de garantir uma posição de superioridade do consumidor brasileiro perante as instituições financeiras, ao criar um banco de dados que seriam utilizados para garantir uma diminuição nas taxas juros dos "bons pagadores" quando da celebração de contratos de financiamento bancários.

Esta questão foi explorada na exposição de motivos que fundamentou a criação da Medida Provisória de número 518/2010, posteriormente convertida na lei ora analisada. Em seu tópico de número dois, é apresentado o fundamento de que a criação dos cadastros positivos poderia efetivamente resultar em redução no risco da concessão de crédito aos consumidores brasileiros, representando um ganho não apenas para os comerciantes como para os próprios consumidores.

Ainda em sua exposição de motivos, em seu tópico de número três, acrescenta-se que a criação do cadastro seria de utilidade ainda maior aos consumidores brasileiros de baixa renda, uma vez que estes são, em regra, vistos como "investimento de alto risco", razão pela qual, em geral, sofrem com as mais altas taxas de juros. Assim, aos que possuam um bom histórico de crédito seriam concedidas menores taxas de juros.

Todavia, é necessário aprofundar a análise do referido diploma legal para que se façam descortinar algumas incoerências entre o que foi *posto* e o que fora *pressuposto* quando da apresentação da referida norma.

Ponto crucial para o presente debate reside na diferenciação que se apresenta ao compararmos a nomenclatura midiática, Lei do Cadastro Positivo de Crédito, com o seu objeto, disposto em seu artigo 1º,

"disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento". Enquanto sua nomenclatura midiática trata de "cadastro", o verdadeiro objeto da norma versa sobre "banco de dados".

Muito embora ambos os termos guardem similitude entre si, não podemos confundi-los por sinônimos; a natureza deles pode-se ter como semelhantes, porém, a forma de "abastecimento" e sua finalidade são por demasiado diversas, o que macula gravemente a retórica que se busca dar à norma em análise. Sobre essa diferenciação, temos a lição de Roscoe Bessa (2011, p. 77-78) que aduz que:

> (...) a distinção (...) se faz a partir da *fonte* e do *destino* da informação. Os *bancos de dados*, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). No *cadastro*, a informação é obtida diretamente do consumidor para o uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando se solicitam dados pessoais (nome, endereços postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), independentemente de a compra ser à vista ou mediante crediário. No *Cadastro*, objetiva-se estreitar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo a fidelizá-los a uma marca ou estabelecimento. (...) Nos *bancos de dados*, (...) os dados são coletados para posterior disseminação entre inúmeros fornecedores com vistas a alguma necessidade do mercado.

De logo, percebe-se que a finalidade é bastante diversa entre o simples cadastro e o banco de dados: enquanto o primeira busca, tão-somente, estreitar o vínculo existente entre o consumidor e um fornecedor específico, que recebeu estes dados diretamente de seu consumidor cadastrado, o banco de dados é criado por meio do repasse de informações oriundas de um terceiro ente na relação, que coleta os dados, em regra, com a anuência do consumidor, repassando-os para o mercado de consumo, de modo que outras empresas possam deles se utilizar para direcionar vendas ou analisar e melhor prever o

comportamento de seus consumidores.

Percebe-se, também, que a nomenclatura midiática – Cadastro Positivo – foi acompanhada uma enorme campanha midiática, sempre induzindo o consumidor a entender que, ao fornecer seus dados para as empresas mantenedoras dos bancos de dados, estes refletiriam uma melhor situação de concessão de crédito, sempre com termos que sugerem a ideia de valorização do consumidor. Podemos exemplificar a criação de sítios eletrônicos com os seguintes endereços:

> http://www.consumidorpositivo.net/,
> http://cadastropositivoserasa.com.br/,
> https://www2.boavistaservicos.com.br/consumidorpositivo/.

Dessa forma, fica clara a indução do consumidor em erro, ao apresentar uma campanha midiática diversa da fundamentação legal prevista pela Lei nº 12.414/2011. Essa indução abre caminho para a discussão sobre o necessário respeito à proteção constitucional do consumidor, sobre a ineficácia social do diploma legal em análise, permitindo realizar um paralelo entre a atual sociedade consumista, com consumidores sendo transformados em mercadorias, e a situação de desigualdade que leva à subversão do Estado de Direito, no sentir de Oscar Vilhena Vieira.

2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XXXII, a proteção constitucional do consumidor brasileiro, reforçando tal proteção no artigo 170, inciso V, ao eleger a defesa do consumidor como princípio básico sob o qual se funda a ordem econômica brasileira.

A proteção constitucional do consumidor é complementada por meio da Lei de número 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – que vem a traçar diretrizes básicas, buscando dar uma maior efetividade à proteção constitucional, ao apresentar definições acerca das relações de consumo, além de conceituar efetivamente consumidor e fornecedor. O CDC, então, traz princípios, direitos e deveres para todas as partes envolvidas nas relações.

Todavia, não podemos nos furtar de entender que a proteção

constitucional do consumidor não pode jamais ficar restrita ao Código de Defesa do Consumidor, pois apresenta-se como direito e garantia fundamental do cidadão brasileiro, pelo que deve ser entendida como um direito imanente a todo o ordenamento jurídico brasileiro, que deve ser levado em consideração não somente quando da efetivação de uma relação consumerista, como também em toda e qualquer atividade estatal, em especial, quando criação de novas leis, de modo a garantir que estas não fujam da necessária proteção a ser conferida ao consumidor/cidadão brasileiro.

Acerca da definição da fundamentalidade do ato de consumir para a sociedade moderna, temos uma importante lição apresentada por Ricardo Henrique Weber (2013, p. 75):

> O ato de consumir nunca ostentou o destaque na sociedade como na atualidade. Passou a ser quase ou praticamente uma condição humana. Por isso foi realçada a direito fundamental do indivíduo e da coletividade. Tal direito atua no exercício de proteção da dignidade da pessoa que pratica o consumo, para impor limites ao livre mercado.

Ao serem analisados, de forma detida, os preceitos apresentados pela Lei nº 12.414/2011, é notório que a mesma não busca uma efetivação da proteção constitucional do consumidor. Em que pese apresente, em seu bojo, diversas regulamentações sobre a forma de captação e de cessão dos dados, peca ao não apresentar, de forma definitiva, quais os usos que surgirão dos dados coletados.

Em realidade, o que se pode abstrair da "Lei do Cadastro Positivo de Crédito" é que se reveste em mais uma forma de proteção ao fornecedor de produtos ou de serviços, complementando o escopo da previsão do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor – Bancos de Dados de Proteção ao Crédito –, o qual possui denotação claramente negativa, uma vez que pode apenas registrar dados referentes à falta de pagamento, por parte dos consumidores, dos bens e serviços por estes adquiridos, não sendo suficiente para formar um perfil de consumo. Não obstante, ao fomentar-se a criação de um "cadastro positivo", no qual serão registrados todos os pagamentos realizados pelos consumidores, pode-se complementar seus perfis, sabendo-se o que este consome, o que é

pago e o que não é pago.

É importante pensar na proteção constitucional do consumidor de modo macro, enxergando-os como direitos humanos a serem efetivamente protegidos pelo poder público e não como um direito disponível, a ser tutelado da forma que melhor convenha aos detentores do poderio econômico. Neste sentido é o ensinamento de Herrera Flores (2009, p. 195), ao afirmar que "os direitos humanos como produtos culturais antagonistas se situam no meio dessas propostas, evitando em todo momento ficar reduzidos a meras pautas jurídicas de decisão judicial ou elevar-se aos céus estrelados da 'indecisão' humana.".

Não se pode permitir que a legislação brasileira seja utilizada em claro descompasso com a proteção constitucional do consumidor, sendo esta esquecida em favor dos interesses econômicos dominantes do mercado de consumo.

3 DA INEFICÁCIA SOCIAL DA LEI Nº 12.414/2011 – CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO

Em abril de 2014, o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – divulgou notícia em sua revista, na qual, após investigação, constatou-se a ineficácia social da Lei do Cadastro Positivo, representada pelo total desconhecimento dos termos da lei, de sua utilidade e da forma de implementação, e por uma fatia ínfima de usuários que, sabendo do que se trata Cadastro Positivo de Crédito, efetivamente procederam ao seu cadastramento.

A maior parte da população brasileira desconhece a existência do Cadastro Positivo de Crédito e, ainda assim, entre os que conhecem, existem diversas dúvidas acerca do seu funcionamento, de como se dará a proteção dos dados pessoais armazenados nestes bancos de dados, etc. Não se verifica também, até o momento, qualquer benefício imediato ao consumidor, que continua sem poder usufruir de melhores taxas de juros ante a autorização de acesso aos seus dados pessoais.

Não se questiona, no presente estudo, a validade jurídica da Lei nº 12.414/2011, haja vista ser a mesma emanada de órgão competente, promulgada, publicada e, posteriormente, regulamentada, encontrando aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que já se verifica a criação dos bancos de dados lá previstos.

Todavia, adota-se a concepção de Luís Roberto Barroso (2013, p. 65) sobre eficácia social, ou efetividade:

> [...] que se refere, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ou ao "reconhecimento" (AnerKennun) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento**. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos** (grifo nosso).

Ou seja, ao avaliar a eficácia social, ou efetividade, da Lei nº 12.414/2011, percebe-se o distanciamento existente entre os preceitos normativos, o princípio da proteção constitucional do consumidor e o conhecimento efetivo da população acerca da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, bem como de sua utilidade.

Não se pode aceitar que uma lei possua tamanho distanciamento social. Trata-se, em realidade, de uma lei criada sem a necessária fundamentação social, baseando-se, tão-somente, em poderes econômicos superiores, que buscam um maior controle sobre a população consumidora.

Nesse sentir, temos de nos socorrer, mais uma vez, dos ensinamentos de Herrera Flores (2009), ao descrever a necessidade de se entender o direito como um produto cultural da sociedade em que está inserido. Nessa linha, podemos constatar o descompasso entre o direito pressuposto pela Sociedade e o direito posto pelo Estado.

Para tanto, utilizamos as palavras de Eros Roberto Grau (1991), ao delinear o descompasso anteriormente apontado, assim definindo: "Legítimo será o Direito posto que consubstancie forma de desenvolvimento das forças sociais produtivas; ilegítimo, aquele que consubstancie entrave ao seu desenvolvimento". O direito posto (Lei do Cadastro Positivo de Crédito) é ilegítimo, pois em nada representa o direito pressuposto (produto cultural).

Em realidade, percebemos que a ilegitimidade do direito posto é consubstanciada ao revelar-se como um verdadeiro entrave ao desenvolvimento creditício da população brasileira, uma vez que representa mais uma forma de classificação e estratificação da sociedade,

o que será explorado, a seguir, em um estudo comparativo com a obra de Oscar Vilhena Vieira, no qual, para que haja um "pleno" poderio creditício, é necessário que se conceda acesso a toda sua vida de consumo econômico, de modo a não pairar dúvida quanto à segurança da concessão de crédito àquele cidadão.

Em contrapartida, o direito pressuposto pela sociedade alinha-se no sentido de questionar a atual forma do mercado de consumo, segundo a qual, em nome de uma suposta insegurança do mercado, apresentam-se taxas de juros cada vez maiores, envolvendo o cidadão brasileiro em uma verdadeira "espiral de crédito e juros", cujo fim somente se vislumbra com seu superendividamento, padecendo por completo ante os deleites do poder econômico dominante, que passa a definir o destino desse cidadão.

Percebe-se que, da forma posta, o direito não busca restabelecer a igualdade entre as partes envolvidas nas negociações de crédito, já tão severamente abaladas ante a discrepância econômica existente. O Estado fomenta, com isso, o desenvolvimento da desigualdade enquanto fator primordial do Estado de Direito, utilizando a lei para garantir o desequilíbrio. Garantindo-se a desigualdade, permanece a possibilidade de domínio social pelos grupos políticos, que são, em última análise, dominados por grupos de grande poder econômico. O Estado de Direito passa, então, a servir de ferramenta para a concretização das necessidades dos grupos de poder, travestindo a vontade por lei, tentando mostrá-la como algo necessário à população.

Sobre esse fato reforça Faria (1994, p. 18): "Com a progressiva concentração oligopolista dos setores produtivos, forjando mecanismos próprios para a autorresolução de seus conflitos; com a transformação do Executivo num poder simultaneamente provedor, interventor, regulador e planejador [...]".

Ainda sobre o deturpação do Estado de Direito pelos poderes econômicos, temos Campilongo (*in* FARIA, 1994, p. 37):

> Os grupos privados com maior poder de barganha e negociações políticas – algumas vezes, os "novos atores"; geralmente, os velhos beneficiários de uma estratificação social iníqua – "flexibilizam" os ordenamentos e atribuem às normas, não raras vezes, significados absolutamente diversos dos originais.

Sobre a desigualdade, pondera Faria (1994, p. 105):

> [...] os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade*, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios[...]

Complementando a total ausência de subsídio fático e de juízo valorativo da Sociedade, o Estado Brasileiro, consoante ensina Alaôr Caffé Alves (2002, 2011), reforçou a função ideológica do Direito na Sociedade Moderna, na qual, por meio das ferramentas propostas pelo próprio Estado de Direito, promove-se a desigualdade, apelando justamente para uma igualdade formal na criação do Direito. Reconhece o autor, então, que (ALVES, 2002, p. 32-33):

> A ordem jurídica nesse sentido funciona, ela mesma, como expressão direta e imediata da organização econômico-social básica. Para considerar, portanto, essa ordem como sendo a própria estrutura social, posta por decisão estatal positivada com base nos valores do bem comum e do interesse geral, há apenas um passo. É assim que o Estado, através da objetivação e formalidade jurídica, sobressai como produto imaginário da vontade constitucional e como sujeito ideal destacado da sociedade, figurando como ente político autônomo, racional, neutro, organizador do consenso geral e responsável pela coesão social.

Nesse mesmo sentido, Bauman (2008, pp. 15-16) reconhece a influência do poder econômico nas decisões do Estado de Direito, que trabalha para manter a continuidade da desigualdade existente entre os poderes sociais e econômicos:

> Além disso, a capacidade e a disposição do capital para comprar trabalho continuam sendo reforçadas com regularidade pelo Estado, que

> faz o possível para manter baixo o "custo da mão de obra" mediante o desmantelamento dos mecanismos de barganha coletiva e proteção do emprego, e pela imposição de freios jurídicos às ações defensivas dos sindicatos – e que com muita frequência mantêm a solvência das empresas taxando importações, oferecendo incentivos fiscais para exportações e subsidiando os dividendos dos acionistas por meio de comissões governamentais pagas com dinheiro público.

Ainda conforme Alves (2011), percebe-se que o direito posto (Lei do Cadastro Positivo de Crédito) foi proposto por um poder asséptico nos limites estabelecidos pelo sistema normativo racional-formal, de forma a defender uma suposta eficácia social do direito posto, uma vez que o mesmo foi criado por meio dos representantes eleitos nos moldes do Estado de Direito – representantes da forças sociais que, efetivamente, mostram-se desconsideradas quando da positivação do direito em análise.

A Lei do Cadastro Positivo de Crédito, estabelecida no nível hegemônico do Estado, demonstra o seu ineficaz resultado, operacionalizando o sistema de mercado e a possibilidade da exploração econômica, mantendo essa operacionalização revestida sob um manto de legalidade fundada em uma racionalidade estatal, inerente à própria condição do Estado de Direito, sendo capaz de explicar e justificar toda a realidade do direito (Alves, 2011, p. 27).

Ademais, submergem, no plano das aparências, as relações econômico-sociais antagônicas, reforçando a desigualdade fática e econômica já existente, precisamente no sentido de mantê-las e de reproduzi-las por meio de acesso aos dados pessoais dos consumidores, de modo a aprofundar o conhecimento dos fornecedores acerca de seus consumidores, não só como modo de oferecer outros produtos e serviços que possam se "encaixar" no perfil de consumo apresentado, como também de efetivar e de potencializar a transformação dos consumidores em mercadorias dos fornecedores, haja vista que, em nossa atual sociedade de consumidores, é necessário se tornar uma mercadoria desejável, pois, somente desta forma, serão abertas novas possibilidades de consumo, matéria primordial para a vida nesta sociedade. Como

adverte Zygmunt Bauman (2008, p. 74):

> Bombardeados de todos os lados por sugestões de que precisam se equipar com um ou outro produto fornecido pelas lojas se quiserem ter a capacidade de alcançar e manter a posição social que desejam, desempenhar suas obrigações sociais e proteger a autoestima – assim como serem vistos e reconhecidos por fazerem tudo isso –, consumidores de ambos os sexos, todas as idades e posições sociais irão sentir-se inadequados, deficientes e abaixo do padrão a não ser que respondam com prontidão a esses apelos.

Assim, fica claro o movimento econômico que vem se desenhando no sentido de, cada vez mais, orientar o mercado a dominar todas as informações dos consumidores brasileiros, utilizando como fundamento um suposto poder asséptico do Estado, que age nos limites de suas competências legislativas, sempre baseando-se em movimentos que possam garantir uma suposta igualdade de tratamento legislativo.

4 (DES)CONEXÃO ENTRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 12.414/2011 – UM DIÁLOGO COM OSCAR VILHENA

O artigo "A desigualdade e a subversão do estado de direito", de autoria de Oscar Vilhena Vieira, busca analisar a forma como as diferenças socioeconômicas são capazes de subverter preceitos básicos do Estado de Direito, em especial, o conceito de igualdade, sendo tal fato ressaltado pela criação de três categorias de cidadãos; *invisíveis, demonizados e imunes*.

Em que pese o fato de Vieira (2007) reconhecer a subversão do Estado de Direito com base no conceito econômico da sociedade, é possível aprofundar a desigualdade por ele apresentada, demonstrando como a mesma subversão pode ser observada especificamente no tratamento dispensado pelo Estado quando da proteção do consumidor brasileiro. Podemos, então, aplicar perfeitamente as categorias traçadas por Vieira no trato existente entre os consumidores brasileiros, os fornecedores de

produtos e serviços e a relação destes com a Lei do Cadastro Positivo de Crédito.

O texto divide-se em duas partes. Na primeira, realiza-se uma análise da concepção do Estado de Direito e das razões que levam tanto os governantes quanto os governados a seguirem as leis. Já na segunda parte, é apresentada uma análise da subversão do Estado de Direito, culminando com a criação das três espécies explicitadas anteriormente.

Vieira (2007, pp. 31-32), utilizando a definição de Hayek, conceitua o Estado de Direito como uma união dos seguintes elementos:

> (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não pudesse arbitrariamente escolher uma pessoa para ser alvo de sua coerção ou privilégio; (b) a lei deveria ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos – Hayek defende que esse é um dos principais fatores que contribuíram para a prosperidade no Ocidente; (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos, a fim de que os incentivos para editar leis injustas diminuíssem; (d) deveria haver uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las, sejam juízes ou administradores, para que as normas não fossem feitas com casos particulares em mente; (e) deveria haver a possibilidade de revisão judicial das decisões discricionárias da administração para corrigir eventual má aplicação do Direito; (f) a legislação e a política deveriam ser também separadas e a coerção estatal legitimada apenas pela legislação, para prevenir que ela fosse destinada a satisfazer propósitos individuais; e (g) deveria haver uma carta de direitos não taxativa para proteger a esfera privada.

Todavia, na união acima apresentada, em conclusão apresentada por Vieira (2007), seguida no mesmo sentido por Alves (2011), é que o Estado de Direito acaba se tornando refém dos interesses políticos dominantes, que exaltam apenas as virtudes que sejam favoráveis ao grupo no poder,

tal como anteriormente demonstrado, utilizando-se de uma suposta assepsia do poder legiferante para garantir a subsistência da desigualdade.

Demonstra ainda Vieira (2007, p. 35) que "a aplicação imparcial da lei, como virtudes internas do Estado de Direito, estão diretamente associadas à noção de igualdade perante a lei obtida pela expansão da cidadania" (*sic*). Tal entendimento busca legitimar a aplicação do direito e a obrigatoriedade do respeito à lei, demonstrando à população que foram elas criadas em consonância com uma força maior, de modo a ficar claro que não estão adstritas às vontades de grupos economicamente dominantes. Porém, devemos entender que a aplicação imparcial da lei não é suficiente para garantir a igualdade, como reforça o autor (2007, p. 36) "a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos".

Ao analisar a Lei do Cadastro Positivo de Crédito, percebe-se claramente a existência dos fatos narrados por Vilhena Vieira, a discrepância entre o valor social de uma norma e dos interesses econômicos existentes em planos não aparentes da mesma lei.

Vieira (2007, p. 40) seguindo Rousseau, apresenta como "causa do declínio da democracia [...] a distorção na aplicação de leis gerais feita por magistrados que tendem a defender seus próprios interesses privados em detrimento da vontade geral expressa pela lei", desaguando na efetiva desigualdade entre as partes tuteladas, reforçada pela desigualdade econômica, que "mitiga a compreensão e o conhecimento de conceitos jurídicos básicos; ela subverte a aplicação das leis e o uso da coerção; e por fim atua contrariamente às construções de reciprocidade, tanto em termos morais, quanto em termos de mútua vantagem" (VIERA, 2007, p. 40).

Reforça-se o caráter desigual da Lei do Cadastro Positivo quando se reconhece que a lei não passaria pelo teste de generalidade de Hayek (VIEIRA, 2007, p.41), uma vez que, como anteriormente demonstrado, não advém de um plano de valoração social e busca claramente beneficiar um determinado grupo econômico, inclusive, pela sua própria origem, que remonta a uma Medida Provisória do Poder Executivo e não a uma proposição do Poder Legislativo devidamente legitimado.

Oscar Vilhena Vieira (2007) apresenta três categorias diferentes de cidadãos expostos à pobreza ou exclusão social e econômica: os *invisíveis,*

aqueles cujo sofrimento não causa qualquer reação social ou política dos demais grupos; *demonizados*, aqueles considerados como inimigos públicos, os quais, por esta razão, *não merecem proteção do Estado de Direito;* e, *imunes*, que podem ser entendidos como aqueles que violam sistematicamente os direitos humanos, envolvidos em atos de corrupção, ou mesmo aqueles que possuem alguma vantagem econômica.

Para a presente análise, buscamos relacionar estas três categorias com os atores sociais presentes na relação de consumo e na utilização da Lei do Cadastro Positivo de Crédito. Nesse sentido, teríamos então, novamente, a representação dos *invisíveis,* a coletividade dos consumidores que, uma vez incluídos na sociedade consumista, passam a ser vistos, *tão*-somente, como mais uma mercadoria à disposição dos fornecedores e que estariam dispostos a permitir livre acesso a seus dados pessoais em troca de inclusão nessa sociedade; *demonizados*, aqueles consumidores que lutam contra o sistema posto, negando-se a serem parte dos cadastros de consumo, não permitindo o acesso a seus dados pessoais; *e imunes*, que seriam as empresas, que se colocam em patamar de superioridade, em razão do seu poderio econômico, sendo capazes, inclusive, de financiar a criação de leis específicas para proteção dos seus interesses, de modo a subverter o Estado de Direito.

Seriam *invisíveis* todos os consumidores que nada questionam acerca de seu papel na sociedade consumista, aqueles que efetivamente já estão ali incluídos. Cada vez mais, esses consumidores são levados a compartilhar mais informações pessoais, garantindo o acesso pelos fornecedores a todos os seus dados. Como leciona Germaine (*apud* BAUMAN, 2008, p. 21): "na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte", ou seja, ao mesmo tempo em que se tornam visíveis por abrirem mão de suas informações mais íntimas, os consumidores passam a adotar o papel de invisibilidade, haja vista não serem mais levados em consideração quando da formulação das políticas públicas das relações de consumo, passando a ser peças meramente.

Já os *demonizados* seriam aqueles que buscam subverter a ordem do direito posto, no momento em que lutam e tentam se manter à margem da sociedade consumista estabelecida, buscando não abrir mão de todos os seus dados pessoais, de modo a ter algum controle sobre as suas decisões. Entretanto, são de imediato marginalizados, tidos como não dignos de receberem o mesmo tratamento dos *invisíveis*, que apenas concordam em

seguir com as ordens postas para a Lei do Cadastro Positivo de Crédito – cuja participação não é obrigatória, frise-se. Tornam-se *demonizados* aqueles que optam por se manterem fora destes bancos de dados, sendo vistos como párias que possuem algo a esconder, estando sujeitos a pagarem taxas de juros mais altas do que aqueles que optam por ceder seus dados pessoais para uso dos fornecedores de produtos e serviços.

Por fim, temos a personificação dos *imunes* nas empresas que se utilizam dos bancos de dados de histórico de crédito, sejam os positivos, objeto do presente estudo, sejam os negativos, já regulamentados pelo Código de Defesa do Consumidor, pois estes sistematicamente ferem os direitos fundamentais, tais como a proteção constitucional do consumidor. Para tanto, utilizam-se de sua posição de superioridade econômica, capaz de se refletir até mesmo nos caminhos legislativos adotados pelo Estado de Direito, que, em nome de uma suposta igualdade de tratamento, acaba por reforçar a ideia da desigualdade, de modo a sempre garantir as maiores vantagens aos *imunes*. Através da Lei do Cadastro Positivo de Crédito, em nome de uma suposta igualdade entre consumidores e fornecedores, em razão do que poderiam ser concedidas maiores vantagens econômicas aos consumidores, reforça-se a desigualdade inerente àqueles que não desejam expor seus dados pessoais de consumo perante aqueles que não questionam a eficácia da lei e acabam por abrir mão de informações essenciais sobre sua vida de consumo.

Ademais, os *imunes* subvertem a ordem estabelecidas do Estado de Direito e passam a se utilizar dela para alcançar os seus interesses econômicos, disfarçando de sociais interesses puramente comerciais, que posteriormente serão revertidos em financiamento aos representantes dos poderes Legislativo e Executivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado, o presente artigo não busca exaurir o estudo sobre a matéria, extremamente ampla e com influências em diversas áreas dos conhecimento do Direito e da Sociologia. Foram traçados conceitos sobre a privacidade, autodeterminação informativa, proteção dos dados pessoais e proteção do consumidor brasileiro.

Todavia, desta parcial análise podemos trazer algumas conclusões:

(i) muito embora seja apresentada por um poder legítimo, a Lei nº 12.414/2011 não representa um clamor da população brasileira, sendo posta em defesa de interesses econômicos alheios à população consumidora, o que faz com que apresente um déficit de legitimação social;

(ii) a Lei do Cadastro Positivo de Crédito reforça a "coisificação" do consumidor brasileiro, transformando-o em mercadoria, uma vez que a negociação das suas informações pessoais, por meio dos bancos de dados de crédito positivo, representa um rentável negócio;

(iii) a proteção constitucional do consumidor sofre grave golpe ao se permitir que os poderes econômicos definam a forma que o Estado de Direito irá tomar, uma vez que se prestigiam, ainda que em um plano não aparente, as vontades dos que possuem maior poder de barganha econômica, fazendo com que o Estado de Direito passe a trabalhar para estes, garantindo a sua perpetuação;

(iv) ainda, a proteção constitucional do consumidor deve ser entendida como fundamento básico do Estado brasileiro. Não se limitando apenas aos preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, essa proteção deve ser pensada não somente em um nível legislativo, mas também em um nível principiológico, como fundamento imanente à sociedade brasileira, norteando todas as tomadas de decisões por parte do Poder Público; e, por fim,

(v) a visão de Oscar Vilhena Vieira acerca da subversão do Estado de Direito pode ser observada em diversos atos do Poder Público, não apenas em atos criminalizadores ou em violações explícitas aos Direitos Humanos; compreende um conjunto de decisões orientadas para o mercado e para as grandes corporações, fazendo com que os cidadãos e o próprio Estado acabem como reféns do mercado que ajudaram a criar.

É necessário um pensamento crítico em relação aos atos aparentemente inocentes e até benéficos lançados pelo Poder Público, pois, como se buscou demonstrar nesse breve estudo, muitas vezes eles podem acabar por revelar severas violações ou restrições a direitos fundamentais da sociedade brasileira, na medida em que servem a objetivos escusos dos poderes dominantes, e acabam por restringir o direito de liberdade e escolha do cidadão brasileiro, indo de encontro à proteção constitucional do consumidor, direito fundamental de nossa sociedade.

Deve-se analisar, portanto, não apenas a letra fria da lei e seus supostos

resultados, mas todo o "ecossistema" que será sustentado por essa lei. Numa análise sistemática, não podemos deixar de observar a fonte que fundamentou o surgimento da proposta legislativa e quais as vantagens econômicas que podem surgir para grupos específicos de dominação social.

___

A (DIS)CONNECTION BETWEEN THE CONSTITUTIONAL CONSUMER PROTECTION AND LAW N° 12.414/2011: THE SOCIAL INEFFECTIVENESS OF THE LAW AS PRESENTED WHEN COLLATED WITH THE LAW ASSUMPTION. A DIALOGUE WITH INEQUALITY AND THE SUBVERSION OF THE RULE OF LAW, BY OSCAR VILHENA

ABSTRACT: The present paper aims to study the Law no. 12.414/2011 - Positive Credit Register and its relationship with the constitutional safeguards of consumers. The examination is based on the social inefficacy of the law when compared to the expectation of the Brazilian consumer protection and the creation of laws based on the social development (law presupposition). It presents a brief background of Law no. 12.414/2011 with the comparative analysis between what was laid to the population and what would be expected from an essentially consumerist law. In the following, it is made a brief analysis of the consumers' constitutional protection, demonstrating the present state of disconnection between the Law no. 12.414/2011 and the referred protection, which must be understood extensively and not only limited to the specific legal dispositions for the consumerist protection. Then, a dialogue will be developed between the disconnection of Law no. 12.414/2011 and the constitutional protection of consumers to the paper "*Inequality and the subversion of the Rule of Law*", authored by Oscar Vilhena Vieira, in which there is a comparison of subversion presented there, which is reflected in the Positive Credit Register Law itself, as well as it presents a review of the three social categories risen by Vieira, *invisible*, *demonized* and *immune*, by comparing them with the social actors affected by the Positive Credit Register.

KEYWORDS: Database. Consumer protection. Social inefficacy. Fundamental rights.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. A função ideológica do direito. In: ARIENTE, Eduardo Altomare (Org.). *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Imprensa Oficial SP, 2002.
ALVES, Alaôr Caffé. A função ideológica do Direito na Sociedade Moderna. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional*: Teoria Geral do Estado. Coleção doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 2 v. p. 25–34.
BARRETO. Luiz Paulo Teles Ferreira; MANTEGA. Guido. *Exposição de Motivos Interministerial n° 171/2010 - MF/MJ.* , 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 6 jan. 2014.
BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2009. 432 p. 9788502075313.
BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522 p. 9788577006403.
BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199 p.
BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo*: comentários à Lei 12,414, de 09 de junho de 2011. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 160 p. 9788520340769.
BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 286 p. 8520324673.
BRASIL. 8.078. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor.* , 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2013.
BRASIL. 12.414. *Lei do Cadastro Positivo de Crédito.* 9 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 28 fev. 2014.
COSTA, Carlos Celso Orcesi Da. *Cadastro positivo*: Lei n. 12.414/2011: comentada artigo por artigo. Sao Paulo: Saraiva, 2012. 327 p. 9788502136656.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; OLIVA, Afonso Carvalho de. *A (des)conexão entre a proteção constitucional do consumidor e a Lei n° 12.414/2011*: a ineficácia social do direito posto quando cotejado com o direito pressuposto. Apresentação de Resumo (Tese Independente) apresentado em XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. Gramado/RS, 13 maio 2014. Disponível em: <http://brasilcon.org.br/brasilcon/apresentacao>

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 18 p. 8571475628.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 272 p. (Biblioteca de direito do consumidor, 18).8520321259.

GRAU, Eros Roberto. O direito pressuposto e o direito posto. *Revista dos Tribunais*. v. 80, n. 673, p. 21–26 , nov. 1991.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos*: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 8537506478 9788537506479.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade Reexaminada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012. 9788501057051.

SILVA, J. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 9788502077256.

Um tal "Cadastro Positivo". *Revista do IDEC* n. 186, p. 16–16, abr. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 4, n. 6, p. 28–51 , jan. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452007000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 4 jun. 2014.

WEBER, Ricardo Henrique. *Defesa do Consumidor*: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013. 164 p. 9788536243740.