

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DO
CONSUMIDOR E SUA EFETIVIDADE**

FÁBIO DE SOUZA TRAJANO

Itajaí [SC], 19 de abril de 2010.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DO CONSUMIDOR E SUA EFETIVIDADE

FÁBIO DE SOUZA TRAJANO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí [SC], 19 de abril de 2010.

Não deixe que a saudade sufoque, que a rotina acomode, que o medo impeça de tentar. Desconfie do destino e acredite em você. Gaste mais horas realizando que sonhando, fazendo que planejando, vivendo que esperando, porque embora quem quase morre esteja vivo, quem quase vive já morreu.

Luis Fernando Verissimo

AGRADECIMENTO

Ao orientador, Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão, pelos firmes ensinamentos ministrados;

À Professora Mestre Helena Pítsica, pela dedicação de seu tempo e conhecimento na revisão metodológica;

À professora Lucia Anilda Miguel, pela revisão ortográfica;

Aos professores do Programa de Mestrado, representados por seu Coordenador, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, pelo incentivo à pesquisa e pelas lições ministradas;

Aos funcionários da secretaria do Curso, representados pela servidora Jaqueline Moreti Quintero, pela presteza e atenção no convívio acadêmico;

Aos colegas e amigos da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (Mpcon), representados por seu Presidente, Rodrigo Terra, pela socialização das experiências e pela dedicação ministerial na defesa do consumidor;

Aos colegas e amigos do Instituto Brasileiro de Política e defesa do Consumidor (Brasilcon), representados por seu Presidente, Leonardo Roscoe Bessa, pelo compartilhamento dos ensinamentos e pela importância da entidade na consolidação da cultura consumerista;

Aos servidores da 29ª Promotoria de Justiça da Comarca de Florianópolis, pelo auxílio inestimável para a realização deste trabalho;

A Francisco Bissoli Filho, Marcelo Buzaglo Dantas, Rogério Zuel Gomes e Cleber de Oliveira, pela contribuição na concretização deste trabalho.

Aos colegas e amigos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, representado por Ricardo Morishita Wada, Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, pela convivência harmônica e fraterna e pela união de forças na defesa do consumidor;

A Escola da Associação Catarinense do Ministério Público pelo convênio celebrado com a Univali para a realização do Curso, representado por sua Diretora Walkyria Ruicir Danielski e pelo Presidente Rui Carlos Kolb Schiefler.

Ao Ministério Público catarinense, por intermédio dos ex-Procuradores-Gerais de Justiça José Galvani Alberton e Pedro Sérgio Steil, por propiciarem um crescimento profissional e pessoal no exercício do cargo de Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Consumidor, fundamental para a realização deste trabalho, e também a Gercino Gerson Gomes, atual Procurador-Geral de Justiça, pelo apoio para a realização do Curso.

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, por minha existência e por ter me dado saúde para a realização deste trabalho.

A minha esposa, Adriana Peres Trajano, pelo amor, apoio, incentivo e pela compreensão nos momentos de ausência para dedicação aos estudos.

Aos meus filhos, Mariana e Fabinho, como incentivo ao aprimoramento pessoal e intelectual.

A minha mãe, Quirina de Souza Trajano, pela firme condução no início de minha caminhada acadêmica e pelo incentivo e pela dedicação ao longo de toda minha vida.

Ao meu pai, Altamiro Antonio Trajano (*in memoriam*), pelo exemplo de ser humano e pela forte influência em minha opção acadêmica e profissional.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, [SC], 19 de abril de 2010.

Fábio de Souza Trajano
Mestrando

SUMÁRIO

RESUMO	X
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	17
EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	17
1.1 A NORMA CONSTITUCIONAL COMO NORMA JURÍDICA.....	17
1.2 NORMA JURÍDICA: PRINCÍPIOS E REGRAS	25
1.3 NORMAS CONSTITUTIVAS E REGULATIVAS	30
1.4 AS ESPÉCIES DE NORMAS REGULATIVAS E A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL.....	32
1.4.1 ESQUEMA SUBSUNTIVO OU CLASSIFICATÓRIO	34
1.4.2 ESQUEMA DE PONDERAÇÃO E ADEQUAÇÃO.....	37
1.4.3 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
1.5 DIREITOS CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO: AÇÕES CONSTITUCIONAIS	66
CAPÍTULO 2	85
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR	85
2.1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS	85
2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS.....	87
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A DEFESA DO CONSUMIDOR.....	89
2.3.1 REPUBLICANO	89
2.3.2 CIDADANIA.....	97
2.3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	100
2.3.4 CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA.....	114
2.3.4.1 Liberdade	114
2.3.4.2 Justiça.....	127
2.3.4.3 Solidariedade.....	134
2.3.5 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES.....	137
2.3.5.1 Princípio da sustentabilidade como princípio constitucional estruturante	140
2.3.5.2 Princípio da sustentabilidade como um princípio implícito do direito do consumidor e sua concretização	141

CAPÍTULO 3	150
A DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO COM OUTROS	
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	150
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS.....	150
3.1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	151
3.1.2 A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK.....	157
3.1.3 DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS EM FACE DO ESTADO NA VISÃO DE ROBERT ALEXY E JJ. GOMES CANOTILHO.....	163
3.1.3.1 Ações negativas.....	163
3.1.3.2 Ações positivas.....	166
3.1.3.3 Defesa do consumidor como direito e garantia fundamental	178
3.1.3.3.1 Normas de ordem pública e interesse social.....	184
3.1.3.4 A defesa do consumidor e o princípio da isonomia	189
3.1.3.4.1 O tratamento diferenciado a consumidores.....	193
3.1.3.5 A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e as limitações da publicidade.....	198
3.1.3.5.1 Publicidade de tabaco e de bebidas	200
3.1.3.5.2 Publicidade de alimentos e bebidas destinadas às crianças.....	203
3.1.3.5.3 Publicidades proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor.....	205
3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECIAIS	211
3.2.1 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO UM PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA	213
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	224
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	231

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo abordar os princípios constitucionais aplicáveis ao direito do consumidor e a efetividade daqueles e foi produzida, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-CPC/UNIVALI, na área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo, Linha de Pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional, junto ao Projeto de Pesquisa Hermenêutica e Neoconstitucionalismo. O tema tratado neste trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro deles é dedicado ao estudo da atual compreensão dos intérpretes e aplicadores do direito da Constituição Federal, sua importância para as postulações e decisões judiciais, as diferentes espécies de normas jurídicas e a sua relação com a argumentação judicial, além dos instrumentos para a efetivação dos direitos e das garantias constitucionais. O segundo Capítulo aborda os princípios constitucionais fundamentais da Constituição Federal relacionados com a defesa do consumidor, tendo como premissa servirem de fundamento, origem e farol para as normas de natureza constitucional e infraconstitucional que protegem o consumidor. O terceiro, e último, Capítulo analisa a defesa do consumidor e a relação com os princípios constitucionais gerais e especiais, demonstrando, com casos concretos, a importância de todos eles para a concretização da proteção do consumidor.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Consumidor. Efetividade.

ABSTRACT

This paper addresses the constitutional principles applicable to consumer law, and its effectiveness. It was produced for the Master's Degree in Legal Science of the postgraduate Degree in Legal Science-CPC/UNIVALI in the area of concentration Fundamentals of Positive Law, and the Line of Research Constitutional Hermeneutics and Constitutional Principle Studies, together with the Research Project Hermeneutics and Neoconstitucionalism. The theme is divided into three Chapters. The first is dedicated to the study of current understanding of the interpreters and enforcers of Federal Constitutional law, its relevance to the postulates and court decisions, the different kinds of legal rules and their relation to legal arguments, and the instruments for guaranteeing human rights and constitutional guarantees. The second Chapter addresses the fundamental principles of the Federal Constitution related to consumer protection, based on the premises that these serve as a basis, origin, and beacon for the constitutional and infraconstitutional rules for consumer protection. The third and final Chapter examines consumer defense and the relationship with the general and specific constitutional principles, demonstrating, through individual cases, the importance of all these for the implementation of consumer protection.

Key words: Constitutional principles. Consumer. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto a análise dos princípios constitucionais relacionados com a defesa do consumidor e a efetividade daqueles, procurará demonstrar a importância de o intérprete conhecer adequadamente os valores consagrados, no texto constitucional, para a perfeita compreensão dos fundamentos e das razões que ensejaram a necessidade de proteção do consumidor e contribuição para que, na solução de questões consumeristas, o norte principal do intérprete e aplicador da lei seja a Constituição Federal.

Esta dissertação foi produzida no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-CPC/UNIVALI, na área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo, Linha de Pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional, no Projeto de Pesquisa Hermenêutica e Neoconstitucionalismo.

O objetivo institucional da dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. O seu objetivo científico é sistematizar o saber jurídico constitucional das relações de consumo e demonstrar a importância dos princípios constitucionais relacionados à defesa do consumidor para solução dos litígios de consumo.

Para tanto, o Capítulo 1 tratará da efetividade dos direitos constitucionais, tendo sido subdividido em cinco tópicos. Tratar-se-á da natureza da norma constitucional, pois é indispensável o entendimento da posição, no atual cenário jurídico, dos enunciados constitucionais para a concretização dos valores constitucionais. Discorrer-se-á, também, sobre princípios e regras, distinguindo-se as normas constitutivas das regulativas, além da argumentação judicial e sua relação com as espécies de normas regulativas. Para as regras de ação, a argumentação judicial seguirá o esquema subsuntivo ou classificatório, bastando a verificação se o caso concreto se subsume ao caso geral tratado pela norma;

por outro lado, quando o caso analisado for tratado por princípios, conforme Alexy, é necessária a ponderação entre os valores conflitantes, prevalecendo aquele com maior peso no caso concreto, ou a aplicação do teste da razoabilidade proposto por Canotilho. Será analisada, ainda, a colidência entre direitos fundamentais, para resolver o impasse entre o direito do consumidor e outros princípios constitucionais, como ocorre com o princípio da liberdade do exercício da atividade profissional e sua limitação para proteção da saúde do consumidor; e o princípio da liberdade de expressão e a limitação da publicidade. O último tópico do Capítulo 1 tratará dos instrumentos para a efetivação dos direitos constitucionais, fazendo-se o destaque para o fato de que os princípios e as regras constitucionais ganham concretude por intermédio dos processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos.

No Capítulo 2, serão analisados os princípios fundamentais da Constituição Federal e a defesa do consumidor, tema de extrema relevância para a compreensão e concretização dos direitos dos consumidores, pois representam os valores constitucionais da mais alta hierarquia e servem de base, fundamento e justificativa para as demais normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o consumidor. No primeiro tópico, será observado o sistema constitucional de regras e princípios, destacando-se que a Constituição é formada por princípios estruturantes, subprincípios e regras concretizadoras dos referidos princípios. Na sequência, serão abordados os princípios constitucionais fundamentais, as mais importantes decisões políticas do Estado, como a forma, o regime o sistema de governo, a organização do poder político, e os objetivos fundamentais da República, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana, servindo os referidos princípios de base para toda a ordem constitucional. Em seguida, analisar-se-ão os princípios fundamentais relacionados, diretamente, com a defesa do consumidor: republicano, cidadania, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, liberdade, justiça, solidariedade e sustentabilidade.

O Capítulo 3 tratará da defesa do consumidor e da relação com outros princípios constitucionais, descendo, figurativamente, alguns degraus em uma escada que possui, nos princípios estruturantes, o mais alto nível, tendo

como principal preocupação de demonstrar a importância de todos eles para que seja concretizada a proteção do consumidor. Abordar-se-ão, inicialmente, os princípios constitucionais gerais e os aspectos gerais dos direitos fundamentais, destacando-se que, apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo. A relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado será abordada subsequentemente, sendo dada ênfase a teoria dos Status de Jellinek e os direitos positivos e negativos diante do Estado na visão de Robert Alexy e JJ. Gomes Canotilho. Já, a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental será tratada em seguida, recorrendo-se sobre os motivos que levaram à sua inclusão no referido rol, assim como suas consequências, como a consideração de todas as normas do Código de Defesa do Consumidor como sendo de ordem pública e interesse social, fazendo-se uma abordagem crítica da Súmula n. 381, do Superior Tribunal de Justiça, que proibiu o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. A defesa do consumidor e o princípio da isonomia também serão objeto de análise do Capítulo 3, destacando-se que a defesa do consumidor é um exemplo típico da igualdade “feita pela lei”, na “criação do direito”, conforme expressões de Alexy, pois tem com objetivo tornar mais igual uma relação jurídica tipicamente desigual, formada pela presença de um consumidor extremamente vulnerável com um fornecedor que ocupa uma posição de superioridade, analisando-se, ainda, a possibilidade, ou não, de tratamento diferenciado a consumidores. A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e as limitações da publicidade será objeto da análise seguinte, dando-se ênfase aos temas que admitem restrições de publicidade pela Constituição Federal, como a publicidade de tabacos e de bebidas; a de alimentos e bebidas destinadas às crianças; e as proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se, com exemplos concretos, a lei da ponderação de Alexy ou o teste da razoabilidade de Canotilho destacados no primeiro Capítulo. Descendo, um pouco mais, os degraus da escada figurada dos princípios constitucionais, chegar-se-á aos princípios constitucionais especiais, que tornam densos ou concretizam os constitucionais gerais, ou, na afirmação de Luiz Roberto Barroso, relacionam-se com um conjunto de normas que tratam de um determinado tema, capítulo ou título da Constituição,

tópico analisado na sequência. A defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica será o tema seguinte, iniciando-se a abordagem tratando-se dos objetivos da atividade econômica, dando-se destaque, também, a outros princípios relacionados com a defesa do consumidor, como o da livre concorrência, da soberania nacional, da propriedade privada e da defesa do meio ambiente.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os princípios constitucionais aplicáveis à defesa do consumidor e efetividade daqueles.

Para a elaboração da presente Dissertação, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) o conhecimento dos princípios constitucionais fundamentais, gerais e especiais aplicáveis ao direito do consumidor é fundamental para a perfeita compreensão dos fundamentos e razões que ensejaram a necessidade de proteção do consumidor e para contribuir para que, na solução de questões consumeristas, o norte principal do intérprete e aplicador da lei seja a Constituição Federal;

b) o conhecimento dos princípios constitucionais fundamentais, gerais e especiais aplicáveis ao direito do consumidor é de suma importância para a efetividade e consolidação dos direitos do consumidor;

c) a constitucionalização do direito do consumidor é fundamental para uma boa aplicação da legislação consumerista;

d) a interpretação da legislação infraconstitucional tratando de relações de consumo em conformidade com a Constituição Federal é imprescindível para uma proteção adequada do consumidor; e

e) a doutrina brasileira e os tribunais estão aplicando os princípios constitucionais relacionados à defesa do consumidor com muita timidez.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação , foi utilizado o Método Indutivo ; na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano ; e o Relatório dos Resultados expresso, na presente Dissertação, é construído na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente , da Categoria , do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica .

CAPÍTULO 1

EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O estudo dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito do consumidor e à sua efetividade exige uma compreensão adequada da posição, no atual cenário jurídico da Constituição Federal, como, por exemplo, a eficácia dos seus enunciados, os instrumentos para sua efetivação e o entendimento do papel dos princípios e das regras no texto constitucional. O intérprete é desafiado à correta avaliação do caso concreto, especialmente quando se verifica a presença de princípios antagônicos que não podem ser aplicados simultaneamente, necessitando que um deles seja sacrificado e considerando que os métodos de interpretação tradicionais, em muitas situações, são insuficientes para alcançar o entendimento e a aplicação das normas constitucionais.

Objetiva-se, assim, com o primeiro Capítulo, fornecer o suporte teórico indispensável para o entendimento e a concretização dos princípios constitucionais fundamentais, gerais e especiais relacionados ao direito do consumidor objeto dos capítulos seguintes, adotando-se, como base do trabalho, a doutrina tradicional que faz o sincretismo entre as doutrinas de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

1.1 A NORMA CONSTITUCIONAL COMO NORMA JURÍDICA

Conforme Luiz Roberto Barroso¹, “uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica”, conforme modelo americano de constitucionalismo, destacando as seguintes consequências relevantes:

¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196-197.

a) aplicabilidade direta e imediata da Constituição às situações que contempla, especialmente as relacionadas à proteção e promoção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas constitucionais passam a ter um papel fundamental na postulação de direitos e na fundamentação das decisões judiciais;

b) todas as demais normas jurídicas do sistema devem ser validadas pela Constituição, não devendo ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis; e

c) o intérprete e o aplicador do direito devem se orientar pelos valores e fins previstos na Constituição, quando forem determinar o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais, a fim de servir como base para a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Salienta Barroso que, para a realização da vontade constitucional, não se pode desprezar o método clássico de interpretação, baseado na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais continuam com um papel relevante para se buscar o sentido das normas e para a solução dos casos concretos. Todavia, algumas vezes, tais métodos não são suficientes para alcançar referido desiderato, enaltecendo a importância da criatividade do intérprete na concretização da norma constitucional:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No direito contemporâneo, mudaram o

papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.²

Paulo Bonavides, na mesma esteira, registra que os métodos tradicionais são inadequados e insuficientes para captar o sentido das normas constitucionais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação na resolução do problema. O autor invoca a tese da concretização desenvolvida por Konrad Hesse, surgindo a necessidade de uma operação valorativa, fática e material por parte do intérprete na compreensão da norma que vai concretizar.³

É importante salientar que o intérprete, anteriormente, tinha como missão descobrir a vontade daquele que elaborou a norma, limitando-se apenas a deixar claro sua mensagem, partilhando pressupostos e valores. Na visão de Emilio Betti⁴, analisada por Raquel F. Lopes Sparemberger⁵, o intérprete deveria deixar a forma representativa “falar”, subordinando-se ao criador, em uma atitude de humildade e resignação, para chegar a sua intencionalidade, dependendo o entendimento entre os “espíritos” de absoluta comunhão de valores e pressupostos, ou mesmo “concordância entre ambos”.

Não exercia o intérprete, assim, qualquer papel criativo ou construtivo, mas apenas um papel passivo de descobrir o sentido da forma representativa. O juiz seria reduzido ao papel de “boca da lei”, utilizando cânones hermenêuticos para garantia da correta interpretação e representando o texto um verdadeiro dogma.

² BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 307.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 619.

⁴ Emilio Betti (Camerino, 20 de agosto de 1890 - Camerino di Camerino, 11 de agosto de 1968) foi um jurista italiano, tendo se dedicado especialmente ao Direito Romano, além de filósofo e teólogo. Ele é mais conhecido por suas contribuições à hermenêutica, como consequência de seu interesse por interpretação [...]. In **Enciclopédia Wikipédia On-line**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.

⁵ SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: **Hermenêutica e argumentação**. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003. p. 39-77.

Nas palavras de Raquel F. Lopes Sparamberger, analisando as propostas de Emilio Betti:

A interpretação, portanto, ocorre quando o sujeito se debruça sobre uma forma representativa, que contém em si aspectos de objetividade real e de objetividade ideal. Trata-se de uma forma em que um espírito inoculou sua subjetividade, que deve ser redescoberta por outro espírito. É um fenômeno triádico, no qual um espírito fala a outro por meio da forma representativa. A comunicação entre espíritos não é nunca direta, mas sempre mediada pelas formas. Há, no referido fenômeno, um suporte material perceptível ao intérprete, uma dotação espiritual neste trazida e fixada enquanto forma representativa e um espírito atual, vivo e pensante, chamado a encontrar e reconhecer tal forma.⁶

Outra forma de compreender a norma jurídica é a escola de Hans-Georg Gadamer⁷, objeto de estudo de Lênio Luiz Streck. Gadamer entende que a interpretação deve ser inserida em um contexto existencial ou tendo em conta a tradição histórica do intérprete, sem o estabelecimento de uma práxis de interpretação como princípio, conforme apregoava Emilio Betti, com o propósito de descobrimento da verdade e de certezas jurídicas. Ou seja, a compreensão depende da historicidade e faticidade do intérprete. Seria, assim, filosófica e não metódica. A condição do intérprete no mundo é que vai determinar a compreensão.⁸

A equiparação do intérprete ao criador do texto não seria possível, pois o processo hermenêutico é sempre produtivo e inovador, ao contrário do que sustentava Betti, que defendia a possibilidade de um sentido

⁶ SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: **Hermenêutica e argumentação**. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003. p. 47.

⁷ Hans-Georg Gadamer (Marburg, 11 de Fevereiro de 1900 – Heidelberg, 13 de Março de 2002) foi um filósofo alemão. É considerado como um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica, graças à sua obra mais significativa, "Verdade e Método" (Wahrheit und Methode, 1960). Foi aluno de Paul Natorp e de Martin. In **Enciclopédia Wikipédia On-line**. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org>. Acesso em: 7-9-2009.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 215-216.

autônomo do texto, encontrando o intérprete o sentido originário e a intenção do criador.⁹

Interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido, baseada no paradigma da linguagem. O intérprete deve aplicar a lei em cada caso. O juiz realiza a complementação do direito diante do sentido original de um dispositivo legal, dependendo sua compreensão do seu modo de ser no mundo, de seu modo de ser com os outros, dos fatos sociais, por isso, a hermenêutica será filosofia, e não método. Será existência. Será faticidade. A compreensão já é aplicação. Há uma fusão entre a questão de direito e de fato e vice-versa, em uma verdadeira síntese hermenêutica. A máxima fidelidade ao que diz o texto não garante sua adequada compreensão, porquanto a aplicação da norma depende da sua compreensão, que pressupõe uma pré-compreensão, e do caso concreto a ser aplicada.¹⁰

Nas palavras de Lênio Streck:

Dito de outro modo: a partir dessa revolução copernicana que penetra nas estruturas do imaginário dos juristas, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito. [...] Portanto, simplificada, é possível afirmar que, quando se fala “da norma que ex-surge do texto”, não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica – primeiro conheço, depois interpreto, por fim aplico). É evidente que não. Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois “acoplar” a respectiva norma. A “norma” não é uma “capa de sentido”, que existiria apartada do

⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 217.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 217, 219, 220, 221.

texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto ela já exsurge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo.¹¹

Konrad Hesse, na mesma linha, ao tratar das condições da interpretação constitucional, salienta que a concretização da norma depende da pré-compreensão do intérprete, acrescentando, como requisito indispensável a existência de um caso concreto a ser dirimido. O intérprete, para compreender o conteúdo da norma, não pode avaliá-la fora da existência histórica, mas somente na situação histórica concreta em que ele se encontra, onde formou seu saber e sua (pré) compreensão, destacando-se o seguinte ensinamento:

[...] Ele entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar a norma com certas esperanças, projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojeto que, então, em penetração mais profunda, carece de confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determina-se univocadamente a unidade do sentido. Por causa dessa capacidade de (pré)-juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo, para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de ideias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar para “as coisas mesmas” [...].¹²

Miguel Reale sustenta que a norma jurídica, bem como todos os modelos jurídicos, “não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes”, bem como da “totalidade do ordenamento em que ela se insere”,

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 222-224.

¹² HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 61-62.

o que, segundo o Autor, “torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (elasticidade normativa e semântica jurídica)”.¹³

Concluindo essa breve retrospectiva hermenêutica, salienta-se que toda interpretação jurídica vincula-se ao sentido dado pelo intérprete aos dispositivos constitucionais, conforme anotado por Lênio: “Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que, para o Direito, mais interessa, da Constituição).¹⁴

Voltando à análise da norma constitucional como norma jurídica, segundo lição de Canotilho¹⁵, a Constituição tem caráter vinculante em relação a todos os poderes públicos, por ser a lei fundamental, a norma das normas, ocupando um escalão normativo superior do ordenamento jurídico. A fiscalização, por parte do Judiciário, da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Estado é, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais importantes instrumentos de controle do cumprimento e da observância das normas constitucionais; a fiscalização da constitucionalidade é uma garantia da observância da Constituição, ao garantir, positivamente, “a dinamização da sua força normativa”, e, na forma negativa, reagindo por intermédio de sanções contra sua não observância, “como uma garantia preventiva, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente, violadores das normas e princípios constitucionais.”¹⁶

Mesmo as normas programáticas inseridas na Constituição Federal são vinculativas, na visão de Canotilho, obrigando todos os poderes públicos a uma tarefa de concretização positiva e “desenvolvimento do direito constitucional”, apesar de sua “eventual ‘abertura’ ou ‘indeterminabilidade’”, tendo

¹³ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed., rev. e reest., 7 tir. São Paulo: Saraiva. p. 16

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 216.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Livraria Almedina, 2003. p. 888.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 889.

os Tribunais a obrigação de “aplicar e a concretizar essas normas”, assim como as normas relacionadas aos direitos e às garantias fundamentais.¹⁷

Analisando a influência da Constituição Federal de 1988 no direito privado brasileiro e, por consequência, no direito do consumidor, destaca-se, desde já, a seguinte lição de Claudia Lima Marques, salientando-se que aprofundar-se-á o tema ao longo do trabalho:

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (força normativa da Constituição), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.78/90), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/92), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850).¹⁸

Vive-se, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar a constitucionalização do Direito, dependendo todas as normas jurídicas e decisões judiciais de sua adequação aos valores consagrados no texto constitucional, e não apenas a requisitos formais e procedimentais, conforme lição de Manuel Atienza ao responder a indagação da Professora Claudia Rosane Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo. Enfatizou o referido Autor que o positivismo jurídico conclui o seu ciclo, assim como o Direito Natural concluiu seu tempo histórico, em razão da “constitucionalização do Direito, preferindo o termo pós-positivismo a outros, por sugerir a ideia de uma fase posterior ao positivismo.

Esclarece Atienza, todavia, que, para referir-se à concepção de Direito de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou do próprio Atienza, está sendo utilizada a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 891.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman;; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

constitucionalista”, para exprimir a ideia que “estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição”, especialmente tendo em vista que a validade das normas depende de sua conformidade com a Constituição, não apenas considerando-se os critérios formais e procedimentais mas também critérios materiais. Os tribunais constitucionais têm grande importância em referido cenário, por desempenharem o papel de controle da constitucionalidade das leis.¹⁹

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal deve ser o norte para a edição de todas as normas, além de fundamento das postulações e decisões judiciais, não apenas levando-se em conta critérios formais e procedimentais, mas, especialmente, critérios materiais, tendo os enunciados constitucionais, assim, caráter de norma jurídica. Em outras palavras, os valores consagrados no texto constitucional devem pautar todas as ações dos operadores do direito, legisladores e autoridades do Poder Executivo, destacando-se, para alcançar tal objetivo, a importância da compreensão do novo significado de norma jurídica e da diferença entre regra e princípio, tema que será abordado na sequência.

1.2 NORMA JURÍDICA: PRINCÍPIOS E REGRAS

Canotilho, na obra *Direito constitucional e teoria da Constituição*, abandona a dicotomia entre regra e princípio adotada pela metodologia jurídica tradicional, seguindo a nova concepção que regras e princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre ambas é uma distinção entre dois tipos de normas.^{20 21}

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43-84.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1160.

²¹ Luiz Roberto Barroso, na mesma linha, salienta estar consolidado, na teoria do Direito, que a norma jurídica é um gênero que comporta, dentre outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios, ressaltando ser de fundamental importância tal distinção no que se refere às normas constitucionais. *In* BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 203.

Aponta o mestre lusitano as diferenças entre uma e outra, como o grau de abstração (princípios – relativamente elevado; regras – relativamente reduzido), grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (princípios – por serem vagos e indeterminados, precisam de “mediações concretizadoras” do legislador ou juiz; regras – suscetíveis de aplicação direta), caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito (princípios – normas de “natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes”, como os princípios constitucionais, “ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico”, como o princípio do Estado de Direito), proximidade da ideia de direito (princípios – “‘standards’ juridicamente vinculantes”, baseados nas “exigências de ‘justiça’” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz)); regras – “podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”) e natureza normogenética (princípios – fundamentos de regras, “isto é são normas que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética” fundamentante.²²

As regras são impositivas, permissivas ou proibitivas. Prescrevem uma exigência que é ou não é obedecida. Nas palavras de Dworkin, ressaltadas por Canotilho: *aplicable in all-or-nothing fashion*. Já os princípios possibilitam vários graus de concretização, vinculados aos condicionamentos fáticos e jurídicos. Os princípios convivem harmonicamente, sendo necessário fazer o balanceamento de valores e interesses entre princípios divergentes, já as regras antinômicas excluem-se. As regras obedecem à lógica do tudo ou nada. Na aplicação dos princípios, devem ser ponderados outros princípios conflitantes e seu peso no caso concreto.²³

Paulo Bonavides²⁴ salienta que a normatividade dos princípios provém, em grande parte, da Filosofia e Teoria Geral do Direito, para superação da antinomia Direito Natural/Direito Positivo, ressaltando que os

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1160-1161.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1161.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 276.

princípios, com Dworkin, foram “admitidos definitivamente por normas, são normas valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos”, providos, por isso, de mais alto peso nos sistemas jurídicos, “por constituírem a norma de eficácia suprema”, deixando claro o anacronismo da dualidade entre normas e princípios:

Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceituadamente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.²⁵

Utilizando os ensinamentos de Alexy, Bonavides aponta as diferenças entre princípios e regras, destacando que são inumeráveis, todavia o mais freqüente é a generalidade. Enquanto os princípios têm alto grau de generalidade relativa, as regras têm grau relativamente baixo de generalidade.²⁶

As decisões dos Tribunais Superiores baseadas no constitucionalismo contemporâneo e a proclamação da normatividade dos princípios em novas fórmulas conceituais, no dizer de Bonavides, corroboram a tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como “normas-chaves” de todo o sistema jurídico, retirando o seu conteúdo inócuo de programaticidade, por intermédio do qual era comum se “neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”.²⁷

Willis Santiago Guerra Filho, na mesma linha, diferencia normas que são regras de normas que são princípios, salientando que os princípios estão relacionados a valores, enquanto as regras “trazem uma descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles”. Daí se afirmar que as regras se fundamentam nos princípios, dependendo eles, para fundamentar uma ação, de uma norma concretizadora.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 276.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 277.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 286.

Explica o mesmo Autor que os princípios têm um grau mais alto de generalidade, relacionado ao segmento de indivíduos aos quais a norma se aplica, e abstração, relacionada ao tipo de fato a que a norma se aplica, em comparação com a mais geral e abstrata das regras. Em razão disso, pode-se dizer com mais facilidade, diante de um caso concreto, ao qual uma regra se aplica, se referida regra foi observada ou violada, e, em tal caso, como se poderia ter evitado sua violação. Enquanto os princípios são “determinações de otimização” (*Optimierungsgebote*), utilizando a expressão de Alexy, que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.²⁸

Outra diferenciação entre regra e princípio destacada por Willis Santiago Guerra Filho é quando há conflito entre ambos. O conflito entre regras resulta na perda de validade de uma das que estão em conflito, diante da antinomia. Já o conflito entre princípios é resolvido pelo acatamento de um, sem que o outro seja desrespeitado completamente. Havendo choque entre princípio e regra em uma situação concreta, deve prevalecer o princípio, salientando, na verdade, que o princípio prevalece em relação ao princípio em que a regra colidente se baseia.²⁹

Registre-se, todavia, que, havendo choque entre uma regra de natureza constitucional e um princípio que não seja constitucional, deverá prevalecer a regra constitucional, merecendo, assim, nesse particular, reparo o entendimento acima destacado, salientando-se, ainda, que a colisão entre princípio será aprofundada mais adiante³⁰.

Luiz Roberto Barroso, por sua vez, salienta que os princípios foram alçados ao centro do sistema jurídico, irradiando-se por todo o ordenamento e influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas, conforme lição abaixo:

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 51-52.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 52.

³⁰ Vide subitem 1.4.2.

[...] Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.³¹

O modelo ideal, segundo Canotilho, é constituído por princípios e regras. A existência somente de princípios redundaria em insegurança jurídica, diante da indeterminação, da inexistência de regras precisas, da coexistência de princípios antagônicos e da “dependência do possível fáctico e jurídico”. Já a existência apenas de regras levaria a um sistema jurídico de “limitada racionalidade prática”. Exigiria uma legislação exaustiva e completa - o que é denominado como legalismo -, “fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”, desprovida do balanceamento de valores e interesses, propiciando um “sistema de segurança”, todavia sem qualquer possibilidade de complementação e desenvolvimento de um sistema aberto. Não seria possível, por outro lado, em um sistema exclusivo de regras, “dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”.³²

Todo sistema jurídico exige regras jurídicas, todavia também necessita de princípios, ou valores, como liberdade, dignidade, democracia, Estado de direito. São, no dizer de Canotilho, “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Os princípios são os fundamentos das regras e “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”, tendo, assim, uma função normogenética e uma função sistêmica.³³

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 203-204.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1.162.

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1.163.

Compreendido que princípios e regras são espécies de normas jurídicas e a principal diferença entre eles, abordar-se-á, na sequência, a tipologia das normas constitucionais.

1.3 NORMAS CONSTITUTIVAS E REGULATIVAS

Para a utilização do adequado critério de interpretação da norma jurídica, é importante identificar sua característica, distinguindo, inicialmente, normas constitutivas de regulativas e diferenciando as subespécies destas, quais sejam, a norma que representa um princípio em sentido estrito, uma diretriz, ou uma regra de ação, ou uma de fim. O texto utilizado como base para o desenvolvimento do presente tópico foi de Ruan Ruiz Manero.

As normas jurídicas constitutivas conferem poderes aos órgãos do Estado, estabelecem condições para o seu exercício e propiciam o alcance dos resultados institucionais que justificaram sua criação, fixando suas competências. Já as normas regulativas cuidam da fixação de limites e diretrizes para o exercício dos poderes dos órgãos do Estado, estabelecendo obrigações, proibições e permissões.

As normas regulativas, via de regra, não necessitam de uma relação sistemática com outras normas, especialmente com normas que conferem poderes. Já as normas constitutivas, que conferem poderes, exigem uma relação com outras normas. A título exemplificativo, destaca-se a competência para promulgação de novas normas e derrogação das antigas, porquanto tal competência só tem sentido se se promulgarem ou derrogarem normas regulativas. A norma constitutiva que fixa competência para imposição de sanção por violação de norma também exige uma norma regulativa.

São imprescindíveis em uma Constituição normas constitutivas, especialmente de normas que confirmam poderes aos organismos do Estado. Como as normas regulativas disciplinam o uso da competência de tais órgãos, dependem de seu prévio estabelecimento. Se o texto constitucional não contiver normas regulativas com tal finalidade limitar-se-á a ser a fonte das fontes

do Direito. Já, se a Constituição incorporar normas regulativas, será ela própria a fonte do Direito.³⁴

A divisão entre normas constitutivas e regulativas está associada à concepção de sistema jurídico dinâmico, de Hans Kelsen, e à concepção de Direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Para Kelsen, o sistema jurídico é visto como uma unidade, em que todas as normas, sentenças judiciais e resoluções administrativas recebem validação de uma norma superior, que autorizou sua produção de determinada maneira, e não em razão do seu conteúdo. O importante seria, assim, a competência da autoridade que elaborou a norma e não o seu objeto. A unidade do sistema implica que todos os atos de produção normativa têm como fonte a mesma Constituição, ou seja, decorrem de uma mesma norma fundante.

Conforme observado por Manero, para Dworkin, a concepção de Direito e de sistema jurídico é um conceito interpretativo e não um produto acabado por decorrer de uma determinada fonte, pertence ao gênero das classes sociais. Para uma melhor compreensão, traça um paralelo entre o Direito e as obras de arte, sendo necessário olhar o objeto, verificar o seu propósito. O produto interpretativo de todos os operadores do Direito seria o que Dworkin entende por Direito.

A visão diferente do sistema jurídico, por sua vez, implicaria na diferente maneira de ver a Constituição. Kelsen entende que o aspecto principal do texto constitucional são os dispositivos que regulam a produção das normas jurídicas, isto é, que definem a competência dos órgãos do Estado, sendo contrário a inclusão de princípios nas constituições, tais como: equidade, liberdade, igualdade, justiça, moralidade etc. Já, para Dworkin, o mais importante são os princípios substantivos básicos que justificam o exercício do poder. Para Dworkin, a correta interpretação e aplicação da Constituição coloca a “moralidade

³⁴ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la constitucion**. Madrid: Lustel, 2007. p. 64-67.

política” no centro do Direito Constitucional, dando ao intérprete um papel de destacada importância, ao contrário de Kelsen.³⁵

Como as normas constitutivas não obrigam ninguém a agir ou deixar de agir de determinada forma, conforme lição de Manuel Atienza³⁶, dependendo, para alcançar tal desiderato, das normas regulativas e considerando que o mais importante, em uma Constituição, são os princípios fundamentais que justificam o exercício do poder, conforme destacado por Dworkin, na sequência, dar-se-á ênfase às diferentes espécies de normas regulativas e sua relação com a argumentação judicial, até porque são as normas que interessam para o desenvolvimento do tema proposto no presente trabalho.

1.4 AS ESPÉCIES DE NORMAS REGULATIVAS E A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL

Toda norma jurídica regulativa está relacionada com um antecedente (condições genéricas de aplicação) e um consequente (solução normativa) em que se prescreve deontologicamente uma certa conduta. Os diferentes tipos de normas regulativas – constitucionais ou não – obedecem às diferentes maneiras de configuração do caso e da solução normativa.

A primeira possibilidade relacionada ao caso é a aplicação da norma independentemente de razões a favor ou contra a conduta objeto da norma. Quando determinadas condições ocorrem geram um dever ao destinatário da norma em agir, conforme determinado pela solução normativa.

A segunda possibilidade é que a norma faça referência a uma oportunidade para realização da conduta prescrita, todavia gera apenas um

³⁵ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la constitucion**. p. 71-72.

³⁶ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitucion**. p. 147.

dever *prima facie* de realizar tal conduta, que exigirá uma análise do peso de suas razões para contrapor a eventuais razões em sentido contrário.³⁷

Considerando tais premissas, conforme Ruiz Manero, pode-se ter quatro tipos de normas regulativas; duas delas consideradas regras (regras de ação e regras de fim), e as outras consideradas princípios em sentido amplo (princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas).³⁸

O conhecimento de tais classificações é importante para a resolução de casos concretos envolvendo relações de consumo, que, conforme Cláudio Bonato e Paulo Valério Dal Pai Moraes³⁹

É o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa.

Na maioria das vezes, bastará a verificação da ocorrência ou não da hipótese tratada pela regra para sua aplicação, todavia, em algumas situações, na falta de uma regra específica, será necessário fazer a ponderação entre princípios antagônicos para se chegar a uma solução adequada.

Salienta-se, ainda, que eventual análise de inconstitucionalidade da regra existente poderá passar também pela ponderação entre os princípios constitucionais antagônicos, como, por exemplo, a limitação da publicidade⁴⁰ (artigos 37, §§ 1º e 2º do CDC⁴¹) em decorrência do princípio da

³⁷ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la constitucion**. p. 73.

³⁸ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitucion**. p. 74-75.

³⁹ BONATTO, Cláudio e DAL PAI MORAES, Paulo Valério. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 63.

⁴⁰ Segundo doutrina majoritária, publicidade e propaganda tem significados diferentes. A publicidade, por ter cunho econômico, sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor. Já a propaganda, por ter cunho ideológico, não se sujeita ao Código de Defesa do Consumidor. Algumas vezes os vocábulos são usados com o mesmo sentido, como no artigo 56, XII, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da contrapropaganda, ou no artigo 220, § 3º, II, e §

defesa do consumidor e a liberdade de expressão, ambos considerados direitos e garantias fundamentais, registrando-se que esse tema será desenvolvido na sequência.

Registre-se, por final, que se a norma infraconstitucional colidir com princípio ou regra constitucional deverá simplesmente ser declarada inconstitucional, não havendo, nesse caso, qualquer ponderação de valores. Apenas quando houver colidência entre princípios constitucionais é que se faz necessário a ponderação, conforme exemplos destacados anteriormente.

1.4.1 Esquema subsuntivo ou classificatório

Conforme ensinamento de Manuel Atienza, a argumentação judicial, como regra, segue um esquema subsuntivo, ou classificatório, e apenas excepcionalmente obedece a um esquema de ponderação e adequação, dependendo do tipo de norma regulativa em aplicação. Para regras de ação ou de fim, será aplicado o esquema subsuntivo ou classificatório, enquanto que, para os princípios em sentido genérico (princípio em sentido estrito e diretrizes), será aplicada a ponderação e adequação.⁴²

A argumentação subsuntiva é aplicada quando o intérprete se depara com uma regra de ação, ou seja, uma regra que estabelece que, se existem determinadas condições de aplicação (um caso genérico), então, o sujeito deve, pode realizar uma determinada ação, ou está proibido de fazê-la. Necessário, assim, avaliar se o caso concreto se subsume ao caso geral tratado pela regra. Esquemáticamente, Atienza representa a argumentação subsuntiva da seguinte maneira:

⁴⁰, da Constituição Federal, que trata da propaganda de produtos, prática e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, e da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, ou, ainda, na Lei n. 9.294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

⁴¹ Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

⁴² AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la Constitución**. p. 146-147.

- Se há uma série de propriedades, X (que configuram um caso genérico), então é obrigatório (proibido, permitido) realizar a ação Y. - Neste caso existem as propriedades X (ou seja, caso concreto se subsume no caso geral). - Portanto, é obrigatório (proibido, permitido) realizar a ação Y.^{43 44}

Conforme lições de Alexy, destaca-se que a diferença entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo da subsunção e da ponderação, enumerando o referido Autor as características das regras e dos princípios, destacando-se, por ora, aquelas relacionadas às regras, salientando ter sido seguido por vários autores, conforme, aliás, verifica-se ao longo deste trabalho:

A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado, da subsunção e, por outro, da ponderação. Regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são mandamentos definitivos. A maioria das regras ordena algo para o caso que determinadas condições sejam cumpridas. Elas são, então, normas condicionadas. Mas também regras podem adquirir uma forma categórica. Um exemplo seria uma proibição de tortura absoluta. Decisivo é que então, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado definitivamente fazer rigorosamente aquilo que ela pede. Se isso é feito, a regra está cumprida. Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas [...]⁴⁵

Luis Roberto Barroso, na mesma linha, ao tratar do diferente modo de aplicação entre regra e princípio e baseado em Dworkin, esclarece que a norma será violada se não for aplicada a hipótese prevista na regra. O intérprete não fará qualquer elaboração teórica ou valoração para aplicar a regra. A aplicação da regra depende da ocorrência do fato nela descrito, por subsunção,

⁴³ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 149. “- Si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico) entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.- En este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general). - Por lo tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.”

⁴⁴ Todas as traduções foram efetuadas pelo autor da presente Dissertação.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2007. p 131.

enquadrando o fato na norma e deduzindo uma conclusão objetiva. “Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos”.⁴⁶

Quando a regra a ser aplicada é de fim, a argumentação judicial dar-se-á na forma de adequação, conforme classificação de Manuel Atienza, por vezes denominado argumento finalista ou simplesmente raciocínio prático, representando o referido Autor, esquematicamente, da seguinte forma:

- Nas circunstâncias X, é obrigatório (ou está justificado) procurara alcançar o fim F. - Se se realiza a ação M, então alcançará F. M é preferível a outros cursos de ação. (M1, M2...Mn) que também conduziriam a F. - Portanto é obrigatório (ou está justificado) realizar a ação M.⁴⁷

A diferença fundamental entre ambos os esquemas é que, nas regras de fim, há uma maior discricionariedade do juiz, porquanto essas estão voltadas para o futuro, sendo, assim, menos previsível sua aplicação.⁴⁸

A título exemplificativo, destacam-se as regras previstas no artigos 42, *caput*, e 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹. O primeiro afirma que, na cobrança de dívidas, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, enquanto o segundo possibilita a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição da associação autora da ação civil pública, no caso de haver “manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Verifica-se que a finalidade do primeiro dispositivo legal destacado é evitar a exposição a ridículo do consumidor, enquanto que no

⁴⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 207.

⁴⁷ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 150. “- Em las circunstancias X, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar el fin F. - Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F. - M es preferible a otros cursos de acción (Ma, M2...Mn) que también conduciran a F. - Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción M.”

⁴⁸ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 150.

⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 10-12-2009.

segundo é possibilitar que causas de relevância social sejam movidas por associação legitimadas que não tenham o prazo de constituição regular exigida pela lei (um ano), devendo, assim, a argumentação judicial ser pautada em tais finalidades.

No próximo subitem, analisar-se-á a forma de argumentação judicial nos casos concretos envolvendo princípios, aplicando-se a técnica da ponderação e da adequação.

1.4.2 Esquema de ponderação e adequação

Quando o caso analisado é tratado apenas por princípios, por estarem relacionados a valores, contém um alto grau de generalidade e abstração, dependendo, sua aplicação, da edição de uma norma concretizadora e do balanceamento com princípios antagônicos, prevalecendo aquele com maior peso.

O constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, ao traçar as diferenças entre regras e princípios, aponta o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, salientando que os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de “mediações concretizadoras” do legislador ou do juiz, enquanto as regras têm aplicação direta.^{50 51}

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Livraria Almedina. p. 1160.

⁵¹ Willis Santiago Guerra Filho, da mesma forma, diferencia normas que são regras de normas que são princípios, destacando que os princípios estão relacionados a valores e dependem de uma regra que o concretize e acrescenta, invocando lição de Alexy, que os princípios se cumprem na medida das possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto apresenta: “As regras trazem uma descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores”. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização” (Optimierungsgebote), na expressão de Alexy, que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente. *In* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 51-52.

Alexy, após falar do esquema subsuntivo, próprio das regras, faz a abordagem do esquema de ponderação dos princípios, destacando suas características e concluindo que a medida do cumprimento dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas, determinadas as últimas pelas regras e pelos princípios em sentido contrário. Nas palavras do mestre:

[...] Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário.⁵²

Norberto Bobbio, ao tratar do significado de sistema jurídico, diz que um ordenamento jurídico “constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “‘sistema’, equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”.⁵³ Como compreender, assim, em um ordenamento jurídico a existência de princípios em sentido contrário, conforme lições de Alexy acima destacada? Qual a solução encontrada por Bobbio para a resolução dos casos envolvendo princípios antagônicos?

Ao tratar das normas incompatíveis, denominadas como antinomias, Bobbio salienta que “o Direito não tolera antinomias”⁵⁴. Ao tratar de o ordenamento jurídico ser inspirado em valores contrapostos, como, por exemplo, o valor da liberdade e o valor da segurança, ocasionando a garantia da primeira em prejuízo da segunda, diz que se pode falar de “antinomias de princípios”,

⁵² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 131-132.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 80.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 81.

todavia “não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. Enquadra tal situação como uma “antinomia imprópria”.⁵⁵

Firmado o posicionamento de que princípios são espécies de normas jurídicas, entende-se não se justificar mais considerar a colidência de princípios como antinomias impróprias, sendo, assim, necessário encontrar uma solução adequada para resolução de tais antinomias.

Bobbio, para solucionar as antinomias entre regras⁵⁶, propõe três critérios: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade⁵⁷, salientando, todavia, que, algumas vezes, tais critérios não ajudam, pois a antinomia ocorre entre normas contemporâneas, do mesmo nível, ambas gerais.⁵⁸

Nesses casos, explica o referido Autor não haver um critério válido, fazendo referência apenas ao tirado da forma da norma, dando preferência, entre uma norma imperativa ou proibitiva e outra permissiva a interpretação “favorabilis” (“aquela que concede uma liberdade, ou faculdade, ou direito subjetivo”) sobre a “odiosa” (“aquela que impõe uma obrigação, seguida de uma sanção”). Consigna, todavia, que, por ser a norma jurídica bilateral, acabará sempre favorecendo um e prejudicando outro, ou seja, seria favorável em relação a um e odiosa em relação a outro, o problema real, não seria, assim, priorizar a norma permissiva diante da imperativa, ou vice-versa, mas quais dos sujeitos da relação jurídica é mais justo proteger, isto é, quais dos interesses em conflito deve prevalecer. A diferença formal entre as normas não auxilia o intérprete nessa decisão.⁵⁹

Já o conflito entre uma norma imperativa e outra proibitiva seria resolvido na anulação de ambas as normas contrárias, admitindo-se, por

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 89-90.

⁵⁶ Embora faça referência a conflito entre normas, conclui-se tratar apenas de regras, porquanto, trata a antinomia entre princípios como imprópria.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 92.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 97.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 99.

consequência, o comportamento ordenado ou proibido, por ser considerado permitido ou lícito.⁶⁰

Conclui Bobbio no sentido de que a solução das antinomias pela forma da norma não tem a mesma legitimidade dos critérios hierárquico, temporal ou da especialidade, cabendo, na verdade, ao intérprete resolvê-las, podendo-se falar, segundo ele:

[...] de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas de hermenêutica usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra.⁶¹

Entende-se que o conflito entre princípios constitucionais se enquadra em tais hipóteses, porquanto nenhum dos critérios propostos por Bobbio é adequado para a resolução dos conflitos entre eles, cabendo ao intérprete um papel destacado na aplicação daqueles, ponderando adequadamente o peso de cada um e fazendo prevalecer o mais importante no caso concreto, não deixando de levar em consideração a forma da norma, dando preferência, como regra, à interpretação “favorabilis” sobre a odiosa, adotando como grande norte os valores consagrados no texto constitucional e levando em conta os fatos e valores que condicionaram o seu advento, assim como os fatos e valores supervenientes, conforme lições já destacadas de Miguel Reale e Lenio Streck.

Claudia Lima Marques, discorrendo sobre a hierarquia entre os critérios de solução dos conflitos, conforme proposto por Bobbio, salienta não ser muito clara, pois baseiam-se em presunções, “presunções não absolutas que não dispensam o esforço casuístico do intérprete”. Sugere, então, para a solução de tais casos, que tem inteira aplicação na antinomia de princípios visto acima, a utilização da Constituição, “que, como guia máxima do sistema poderá fornecer valores e linhas de razoabilidade para a escolha a ser efetuada pelo aplicador da

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 100.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p.100.

lei”, o que corresponde, na verdade, a busca de uma interpretação ‘conforme a Constituição’ das normas colidentes para a extração da norma prevalente e resolução da antinomia.⁶²

Canotilho dá especial destaque à “ponderação de bens”, deixando claro sua importância logo no título do tópico: “O relevo da ponderação no direito constitucional”, enumerando as razões para essa “viragem metodológica”: 1 – falta de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, fazendo-se necessária uma “operação de balanceamento” desses bens para obtenção de uma norma adaptada às circunstâncias do caso concreto; 2 – “formatação principal de muitas das normas de direito constitucional”, especialmente das normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais, necessitando, em caso de colisão, “tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios, afastando-se das alternativas de “tudo ou nada”, típica das regras; 3 - “fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens”, sendo necessária uma acurada análise dos bens presentes e uma fundamentação severa do balanceamento realizado para a solução dos conflitos.⁶³

Atienza registra que os princípios contêm razões *prima facie*, não peremptórias, que merecem ser consideradas com outros princípios e outras regras, sendo, assim, necessária a aplicação dos princípios em duas fases: a primeira seria a conversão do princípio em regra, por intermédio do que se denomina ponderação; e a segunda seria a aplicação da regra criada segundo o modelo subsuntivo ou finalista.

Adverte Atienza, todavia, a existência de dois tipos de ponderação, uma para os princípios em sentido estrito, ou seja, normas de ação, e outra para as diretrizes.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2002. p. 536.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1237

A ponderação para os princípios em sentido estrito se divide em vários estágios. O primeiro seria a constatação de que, em um determinado caso concreto, existem princípios colidentes, como, por exemplo, o direito à honra e o direito à liberdade de expressão, sendo impossível atender a ambos simultaneamente; na sequência, é estabelecida a prioridade de um princípio em detrimento do outro, em razão de certas circunstâncias, explicitando-se as razões respectivas; finalmente, a regra de ação é construída, traduzindo em termos deontológicos a prioridade de um princípio sobre o outro e que será a premissa da subsunção correspondente. A ponderação ocorre por intermédio de um processo de construção de uma taxonomia com a formação de casos genéricos e as correspondentes regras, respeitando-se alguns princípios como o da universalidade, consistência, coerência e adequação das consequências.⁶⁴

Esquemáticamente, Atienza representa o processo de ponderação da seguinte forma:

- Na situação concreta S, o princípio P1 e o princípio P2 - que têm condições de aplicação abertas - estabelecem exigências normativas contrapostas (por exemplo, permitindo q e proibindo q).
- Na situação concreta, dadas às circunstâncias C, um princípio prevalece sobre o outro (por exemplo, P2 sobre P1).
- Portanto, nessa situação e dadas essas circunstâncias, está justificado ditar uma norma que estabelece que se p (um conjunto de propriedades que inclui as derivadas das circunstâncias C), então está proibido q.⁶⁵

Para as diretrizes, a ponderação ocorre de maneira diferente, pois o fim colimado é a concretização de um objetivo exigindo, para alcançar tal desiderato, que outros objetivos também importantes sejam sacrificados, ou atingindo os limites fixados pelos princípios em sentido estrito.

⁶⁴ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 151-152.

⁶⁵ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 153. “Em la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 – que tienen condiciones de aplicación abiertas – establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q). - En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1). - Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.”

Essa ponderação, em razão do alto nível de discricionariedade, é típica dos legisladores e órgãos administrativos, faltando aos juízes competência para realizar tal ponderação. O que os juízes fazem, em tal caso, é verificar se a ponderação foi realizada de maneira correta, ou seja, se não violou os limites estabelecidos pelas regras e pelos princípios em sentido estrito. Esquemáticamente, Atienza representa a referida ponderação da seguinte forma:

- A diretriz D - cujas condições de aplicação são abertas - estabelece a obrigação de obter o fim F. - Se obtêm-se os fins F'1, F'2...F'n, então se obterá o fim F. - Se estabelecem-se as normas N1, N2...Nn, então se alcançarão os fins F'1, F'2 ...F'n. - Se estabelecem-se as normas N1, N2...Nn, então não ficam afetados de maneira essencial outros fins (distintos de F) ou valores de ordenamento. - Portanto, está justificado estabelecer as normas N1, N2...Nn.⁶⁶

A segunda fase da ponderação, aqui, realizada, normalmente, por um órgão diferente do que realizou a primeira, assume a forma de subsunção (se a justificativa é editar uma regra de ação), de argumento finalista (se o justificado é uma regra de fim), ou pode ocorrer que não exista uma segunda fase (se o que se justifica na primeira fase é a adoção de uma medida concreta, pois neste caso não se trata mais de aplicá-la, mas simplesmente, cumpri-la ou não cumpri-la, como ocorre com o comando de uma sentença).⁶⁷

Alexy, lembrando que os princípios “exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como às jurídicas”, salienta que a ponderação é realizada apenas no campo das possibilidades jurídicas. Na análise das possibilidades fáticas, o intérprete deverá avaliar se a interferência em determinado direito fundamental, com custos para

⁶⁶ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución.** p. 156. “- La directriz D – cuyas condiciones de aplicación son abiertas – establece la obligación de obtener en fin F. - Si se obtienen los fines F'1, F'2...F'n, entonces se obtendrá en fin F. - Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces se alcanzarán los fines F'1, F'2...F'n. - Si se establecen las normas N1, N2...Nn, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines (distintos de F) o valores del ordenamiento. - Por lo tanto, está justificado establecer las normas N1, N2...Nn.”

⁶⁷ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución.** p. 156-157.

outro princípio, é necessária, aplicando, para chegar a tal conclusão, os princípios parciais da idoneidade e da necessidade, integrantes do princípio da proporcionalidade⁶⁸ (segundo o Autor, “o princípio de direito constitucional material mais importante”), não se tratando, aqui, de ponderação, mas de evitar tais intervenções em direitos fundamentais, que seriam evitáveis sem custos para outros princípios. Integra o princípio da proporcionalidade, ainda, a proporcionalidade em sentido estrito. É este último princípio, chamado simplesmente de “princípio da proporcionalidade”, que trata “da otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Esse é o campo de ponderação. Somente essa deve aqui interessar”. E prossegue o mesmo Autor sustentando que o ponto central da ponderação é a lei da ponderação, que diz: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁶⁹, dividindo a lei da ponderação em três passos, da seguinte forma:

A lei da ponderação deixa reconhecer que a ponderação deixa decompor-se em três passos parciais. Em um primeiro momento deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.⁷⁰

Respondendo as críticas de Habermas e Schlink à ponderação, Alexy afirma que “eles devem impugnar que sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis”, dando como exemplo a obrigação de os produtores de tabaco colocarem em seus produtos referências aos perigos do fumo para a saúde, o que seria uma

⁶⁸ Guerra Filho afirma que não há princípio que deva ser acatado de forma absoluta, em todas as hipóteses, pois uma obediência total a uma pauta valorativa redundaria na infringência de outra, propondo a aplicação do princípio da proporcionalidade para resolução da colidência entre princípios. In GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 53.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 133-134.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 133.

intervenção mínima ao direito de liberdade de profissão, enquanto a proibição do fumo seria uma intervenção grave. Já uma interferência média seria a limitação de venda de produtos de tabaco a determinados estabelecimentos comerciais. Qualquer sentença entendendo de maneira diferente os graus de interferência, segundo o Autor, não seria fácil “levar a sério”.⁷¹

Em contrapartida, também, a possibilidade de escalação de três graus está presente nos fundamentos em sentido contrário. No mesmo exemplo, o fundamento para a advertência é a associação do fumo ao câncer, a doenças cardíacas e vasculares, merecendo, por isso, ser considerado o peso dos fundamentos justificadores alto, ou seja, pesam gravemente, justificando-se, assim, a intervenção leve. Nas palavras de Alexy:

[...] Se está fixado, desse modo, primeiro, uma vez, a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância do fundamento da intervenção como alto, então o resultado é fácil reconhecer. O fundamento da intervenção grave justifica a intervenção leve. O dever de colocar referências de advertência em produtores de tabaco, garantida pelo artigo 12, alínea 1, da lei fundamental. Esse resultado de exame de proporcionalidade em sentido restrito não é só, de alguma maneira, plausível. Em vista da intensidade mínima de intervenção e do peso alto do fundamento da intervenção pode-se, sem mais, com o tribunal constitucional federal designá-lo como “manifesto”.⁷²

Atienza, analisando os estudos de Alexy, diz que a fase mais difícil é a que define o princípio com maior peso e que o referido Autor, para a definição do princípio prevalente, conforme visto anteriormente, leva em conta três elementos: a lei da ponderação, a fórmula do peso e as cargas de argumentação. A concreção da fórmula da ponderação ocorre com as três variáveis na forma do peso: o grau de afetação dos princípios no caso concreto; o peso abstrato dos princípios relevantes (conforme os valores sociais); e a

⁷¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 133 e 135.

⁷² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 134.

segurança das apreciações empíricas. Se o peso dos princípios forem iguais, Alexy considera, então, a relevância das cargas de argumentação.⁷³

Luiz Roberto Barroso, citando lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, na mesma linha, esclarece que os princípios, por terem o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a preponderância de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; são aplicados na medida do peso a ele atribuído na análise do caso concreto, cabendo ao intérprete efetuar a ponderação dos princípios colidentes e fatos relevantes, e não a mera subsunção do fato a uma determinada regra. Essa a razão para se dizer que os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, tendo em conta os demais elementos jurídicos e fáticos⁷⁴ que a hipótese contemplar. “Daí decorre que os direitos nele fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível”. Destaca-se que um dos exemplos trazidos pelo Autor de colisão de princípios constitucionais foi o da livre iniciativa com a proteção do consumidor, que será tratado mais adiante.⁷⁵

Canotilho esclarece que a ponderação “não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça ‘casuística’, ‘impressionística’ ou de ‘sentimentos’, não dispensando, precisamente por isso, “de uma cuidadosa topografia do conflito nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação”⁷⁶, definindo “topografia de conflitos” da seguinte forma:

Em termos tendenciais, designa-se por **topografia de conflitos** a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico, no âmbito (área, esfera) de direitos ou bens conflitantes. A

⁷³ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 154-155.

⁷⁴ Destaca-se que, segundo Robert Alexy, a ponderação ocorre apenas no campo das possibilidades jurídicas, conforme registrou-se anteriormente (p. 29). Já Barroso, nesse particular, baseado em Dworkin, entende que a ponderação ocorre no campo das possibilidades jurídicas e fáticas, fazendo, na verdade, um sincretismo entre as duas teorias.

⁷⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 208.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1238-1239.

análise da topografia do conflito exige, assim, que se esclareçam dois pontos: (1) se e em que medida a área ou esfera de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido; (2) qual o espaço que “resta” aos dois bens conflitantes para além da zona de sobreposição.⁷⁷

Ainda, segundo Canotilho, a aplicação da ponderação exige que inicialmente seja aplicado o “teste da razoabilidade”, o qual permitirá, “por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de protecção e em conflito com outros”. O teste da razoabilidade pode também ser utilizado como um “esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar “enquadrado” na esfera de protecção de uma norma constitucional”.⁷⁸

O teste da razoabilidade, em muitos casos, não se distinguirá da interpretação em sentido estrito, pois o que se verifica é a delimitação do âmbito de protecção de uma norma constitucional, sendo estabelecido um tipo de linha demarcatória entre o que se enquadra nesse âmbito e o que não se enquadra. “É o que a doutrina americana designa por **definitional balancing** (‘balanceamento por definição’) e que, no esquema metódico anteriormente referido, corresponde ao recorte do chamado ‘âmbito normativo’.”⁷⁹

Canotilho afirma que o balanceamento por definição não é um modelo de ponderação, pois enquadra-se no procedimento interpretativo que tem como escopo determinar o âmbito de protecção das normas garantidoras de direitos constitucionais, exemplificando o *definitional balancing* com os casos da jurisprudência americana, destacando-se aqui o princípio da liberdade de expressão, por ter relação com a protecção do consumidor:

Não cabem na liberdade de manifestação de pensamento certos “comportamentos expressivos” mas estranhos à esfera de

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1239.

⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1239.

⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1239.

protecção como a “propaganda subversiva”, a “instigação”, as manifestações sediciosas, as expressões de “baixo valor”.⁸⁰

Em relação à protecção do consumidor, aplicando-se o teste da razoabilidade de Canotilho ou do balanceamento por definição, pode-se afirmar que não caberia na liberdade de expressão a publicidade enganosa ou abusiva, ou, no livre exercício da atividade profissional, fornecer produto sem a correta informação ao consumidor acerca das características, da qualidade, da composição, do preço e da origem, entre outras, embora ambas as condutas já estejam proibidas pelos artigos 37, §§ 1º e 2º, e 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.⁸¹

Claro que o juiz, aplicando a “lei da ponderação” de Alexy, poderia compreender que as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, limitadoras dos princípios da liberdade de expressão e do livre exercício da atividade profissional, são inconstitucionais, por violarem princípios constitucionais com maior peso, o que, obviamente, não é o caso analisado, pois, conforme visto, as referidas ações não estavam sequer no âmbito de protecção dos princípios constitucionais em estudo.

Utilizando-se ainda os ensinamentos de Canotilho, para a realização da ponderação propriamente dita, são necessários os seguintes pressupostos básicos: 1 - presença de, pelo menos, dois bens ou direitos protegidos pela norma jurídica, que, diante das circunstâncias do caso, não podem ser realizados ou otimizados em todas as suas potencialidades; 2 - inexistência de regras abstractas de preponderância, pois, havendo, deverá prevalecer o balanceamento abstracto já feito pela norma constitucional. Excluem-se, pois, relações de preferência *prima facie*, “pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor reforçado ou até absoluto”; e 3 – “Finalmente, é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo-se ter-se em conta sobretudo os princípios

⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1240.

⁸¹ Voltar-se-á ao tema mais adiante, subitens 2.3.5.1 e 3.1.3.5.

constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica”, além das regras de competência definidas pela Constituição.⁸²

Atienza, quanto à possibilidade de estabelecer alguma hierarquia entre as razões de justificação para definição do princípio prevalente, fazendo referência a Summers, distingue dois grandes tipos de razões justificativas: razões formais ou autoritárias (relacionadas à autoridade do legislador, do precedente etc.) e razões substantivas (relacionadas a considerações de caráter moral, econômico, político etc.), subdividindo-se estas últimas em finalistas (justificam uma decisão que contribuirá para atingir um fim valioso) ou de correção (decorrem sua força justificativa da aplicação de uma norma sócio-moral válida).

Os princípios, conforme Atienza, têm determinado ingrediente autoritário, todavia, no essencial, aparecem como razões substantivas, ou, utilizando uma outra terminologia, dependendo do conteúdo. Os princípios em sentido estrito relacionam-se com razões de correção, enquanto as diretrizes, com razões finalistas. É possível afirmar que as razões substantivas têm certa prioridade sobre as autoritárias e, considerando as substantivas, a de correção em relação as finalistas, todavia, não é possível estabelecer uma hierarquia estrita. Com efeito, as razões de correção podem, em circunstâncias especiais, ceder a razões de fim; e as razões substantivas podem ser derrotadas por razões institucionais, ou seja, razões baseadas na necessidade de preservar a ordem jurídica ou algumas de suas instituições, como, por exemplo, a divisão de poderes justificar a impossibilidade – ou possibilidade limitada – de um juiz constitucional modificar uma norma para torná-la mais justa, mas em conformidade com as razões de correção e finalistas aplicáveis ao caso.⁸³

Finalizando, Canotilho traça a diferença entre ponderar e harmonizar princípios. Ponderar significa sopesar objetivando decidir qual dos princípios conflitantes, em determinado caso concreto, tem maior peso ou valor.

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1240-1241.

⁸³ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la Constitución**. p. 163-165.

Harmonizar princípios corresponde a uma “contemporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito.”

A ponderação, por isso, implica a criação de “uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes.” Hierarquia, por se tratar do estabelecimento “de um ‘peso’ ou ‘valor’ maior ou menor entre princípios. Móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso”.

A importância atribuída à ponderação, ainda segundo Canotilho, tem o fundamento “na natureza tendencialmente principal de muitas normas jurídico-constitucionais”. A ponderação é uma forma de decisão justa de conflitos entre princípios, de aplicação do direito sempre que as normas aplicáveis tenham a natureza de princípios. “A dimensão de ponderabilidade dos princípios justifica a ponderação como método de solução de conflito de princípios”.⁸⁴

Konrad Hesse propõe outro princípio hermenêutico para solução de casos concretos envolvendo princípios antagônicos, denominado princípio da concordância prática⁸⁵, salientando que em razão de ponderação de bens e valores não pode um ser realizado em detrimento do outro. Ambos os princípios terão eficácia plena se fixados limites, de forma proporcional, em respeito ao princípio da unidade da Constituição. Os limites “não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos”⁸⁶.

Proporcionalidade, no princípio da concordância prática, expressaria “uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que

⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1241.

⁸⁵ A respeito da concordância prática, manifesta-se Canotilho: “As ponderações subjacentes ao balanceamento *ad hoc* estão já presentes noutros esquemas hermenêuticos anteriormente referidos. É o caso, Por exemplo, da concordância prática e da observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1241.

⁸⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 66-67.

satisfaz melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação de ‘finalidade’ constante e um ‘meio’ variável ou vários”.

Como exemplo, prossegue Hesse afirmando que a ‘ação recíproca’ (a seu ver equivocadamente indicada) entre liberdade de opinião e a lei geral limitadora do artigo 5º da Lei Fundamental alemã. Diz tratar-se de “concordância prática pela coordenação ‘proporcional’ da liberdade de opinião por um lado, dos bens jurídicos protegidos por ‘leis gerais’ (de natureza constitucional), por outro”. O princípio em tela indica, como diretiva da própria Constituição e, em razão disso, obrigatória, “a direção e ele determina o procedimento no qual uma resolução constitucional somente deve ser procurada.” Ponderação de bens não teria tal diretiva, faltando um “apoio sustentador” e oferecendo o risco de ferir a unidade da Constituição.

Entende-se que o princípio da “concordância prática” para solução de casos concretos envolvendo princípios antagônicos, proposto por Konrad Hesse, se assemelha bastante ao “teste da razoabilidade” proposto por Canotilho, pois ambos delimitam o âmbito de proteção da norma constitucional, enquanto no primeiro a delimitação decorre de norma geral de natureza constitucional, o segundo decorre de uma limitação intrínseca do próprio princípio.

Por outro lado, pensa-se que a solução de casos envolvendo princípios conflitantes deve, inicialmente, pelo menos em caráter preliminar, passar pelo teste da razoabilidade proposto por Canotilho, delimitando, assim, o âmbito de proteção do princípio aplicável, todavia, diante da subjetividade de tal conclusão, não se poderia, em algumas situações, deixar de avançar para a segunda fase, ou seja, fazer a ponderação entre os princípios proposta por Alexy. Registre-se, conforme já consignado, que, algumas vezes, quando a situação analisada não despertar qualquer dúvida, não será necessário ponderar, como, por exemplo, na liberdade de expressão e propaganda subversiva.

Um ponto que parece importante discorrer sobre ele seria a relação existente entre interpretação e ponderação, utilizando-se, para desenvolvimento desse tópico, especialmente, as lições de Manuel Atienza, que

inicia fazendo as seguintes indagações: “Porém como se relacionam entre si interpretar e ponderar? Em que sentido são compatíveis? A interpretação é, simplesmente, um tipo ou um momento da ponderação? Trata-se de operações realmente distintas?”⁸⁷

Salienta o referido Autor a dificuldade de responder a tais questionamentos em razão do fato de que, na Teoria do Direito, a interpretação parece se conceber de duas maneiras distintas.

A primeira delas (a mais influenciada pela hermenêutica) pode ser exemplificada na obra de Dworkin, que considera o Direito uma prática interpretativa, sendo, neste caso, a ponderação entre princípios um momento, uma fase da interpretação.

Destaca Atienza que a concepção de Direito de Dworkin baseia-se nos casos difíceis, naqueles em que há necessidade de se recorrer a princípios e valores constitucionais, sendo, assim, interpretação. O Direito constitui uma prática social, e a interpretação é realizada segundo um modelo construtivo. Como exemplo, traz à colação caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão que entendeu que não têm direito à vida os embriões, mas apenas os seres humanos nascidos. Nesse caso, não se cuida de resolução de um problema semântico ou um problema puramente moral, mas o resultado de uma atividade interpretativa, concluindo-se que, ao menos nos casos difíceis, é mesmo interpretação, isto é, gera-se ao ser interpretado.⁸⁸

A outra forma de ver a interpretação, que Atienza define como analítica, seria muito diferente da anterior. Consistiria a interpretação em propor, ou criar, um significado tendo como base um texto. O problema interpretativo surgiria quando o significado fosse duvidoso, podendo-se atribuir mais de um significado a um mesmo enunciado.

⁸⁷ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 157. “Pero como se relacionan entre sí interpretar y ponderar? Em qué sentido son compatibles? Es la interpretación, sencillamente, um tipo o um momento de la ponderación? Se trata de operaciones realmente distintas?”

⁸⁸ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 158.

O artigo 15 da Constituição espanhola proclama que “Todos têm direito à vida”. O vocábulo “todos” poderia ser compreendido como “todos os seres humanos”, incluídos os embriões desde o momento da concepção, ou somente a “todos os seres humanos nascidos”. A resolução do problema consiste em passar do enunciado a interpretar ao enunciado interpretado, sendo, necessário, para atingir tal desiderato, aduzir argumentos favoráveis a uma e a outras das opções possíveis, explicando-se que tais argumentos se revestem de diversas formas lógicas (a *simili*, a contrário, etc.) e se apoiam em diversos critérios (regras, cânones) de interpretação, que podem ser classificados em cinco categorias, quais sejam: critérios linguísticos, sistemáticos, pragmáticos, teleológicos e axiológicos.

Adverte Atienza, todavia, que o ponto principal para a solução de um problema interpretativo não está nos critérios acima destacados, mas nos critérios de segundo grau que definem que critérios, e em que ocasiões, prevalecem em relação a outros, porquanto a utilização de uma ou outra regra interpretativa pode ocasionar, em muitos casos, resultados antagônicos, o que, por sua vez, exige se remontar alguma teoria da interpretação (formalista, realista, subjetivista, objetivista etc.) e, no fundo, uma teoria do Direito.

Conclui Atienza que esta segunda forma de ver a interpretação não é tão diferente da proposta por Dworkin e que a solução dos problemas interpretativos depende da forma como se entende o fenômeno do constitucionalismo. Destaca, ainda, que os autores denominados ‘constitucionalistas’ (Dworkin, inclusive) estão de acordo quanto aos critérios para a interpretação da constituição e todo o ordenamento jurídico, ou seja, de que o ordenamento jurídico deve ser interpretado tendo em vista sua concordância com a Constituição, como consequência natural da primazia da Constituição. Salienta o Autor que deve ser priorizado o máximo o desenvolvimento dos valores e direitos fundamentais e o elemento valorativo do Direito sobre o autoritário, quer

dizer, a concepção regulativa ao invés da concepção constitutiva, conforme lições anteriores de Juan Ruiz Manero⁸⁹.⁹⁰

Atienza, voltando à relação entre interpretação e ponderação, entende que, como na formulação dos princípios, são utilizadas expressões de significados abertos, imprecisos, como ‘dignidade’, ‘honra’, ‘liberdade’, ‘igualdade’, sua utilização exige um trabalho de interpretação. Por outro lado, necessário, também interpretar expressões como ‘peso abstrato’, ‘afetação grave’, etc., se a concepção de ponderação de Alexy for aceita. Arremata afirmando Atienza: “Digamos que a ponderação é um esquema ou uma operação que envolve diversos momentos interpretativos: não se pode ponderar sem interpretar. Porém, pode-se interpretar sem ponderar? Sim e não.”⁹¹

Respondendo à sua indagação, Atienza diz que, em algumas situações, ocorrem problemas de interpretação que não necessitam de uma ponderação, mas apenas da utilização de alguma regra interpretativa, como entendeu o Tribunal Constitucional espanhol com relação à expressão “todos têm direito à vida” deveria ser interpretado como “”todos os nascidos”, baseando-se, fundamentalmente, em seu próprio precedente. Ou seja, observa Atienza, a ponderação ocorreu em um outro momento, concluindo que a argumentação constitucional, como é baseada em princípios, exige sempre, de uma ou outra forma, uma operação de ponderação, residindo o maior problema em como determinar o peso das diversas razões presentes, enfatizando a impossibilidade de aplicação de uma fórmula para resolver todos os casos em discussão, salvo se se tratar de uma fórmula vazia, ou seja, baseada em um simples esquema lógico.”⁹²

⁸⁹ Vide subitem 1.4.

⁹⁰ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 160-162.

⁹¹ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 163. “Digamos que la ponderación es un esquema o una operación que envuelve diversos momentos interpretativos: no sue puede ponderar sin interpretar. Pero se puede interpretar sin ponderar? Si y no.”

⁹² AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 163-164.

Para Canotilho, a ponderação “é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão”, registrando que, no momento da ponderação, “está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso”, concluindo logo em seguida:

Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁹³

Finaliza-se o presente tópico com três importantes conclusões de Atienza sobre a ponderação de princípios: 1 - inexistência de um método para determinar o resultado da ponderação, apenas critérios que servem de guia e limites; 2 - toda argumentação judicial de carácter justificativo tem como premissa normas e valores constitucionais, não aparecendo de forma manifesta nos casos fáceis, em razão da existência de uma norma específica, sendo desnecessário chegar a níveis de justificação mais profundos; e 3 - a inexistência de diferença qualitativa entre a argumentação dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários, pois a Constituição permeia todo o ordenamento jurídico.⁹⁴

1.4.3 Colisão entre direitos fundamentais

Considerando que o direito do consumidor foi erigido à categoria de direito e garantia fundamental, conforme artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, entende-se oportuno discorrer sobre eventual colidência entre direitos fundamentais, para resolver, por exemplo, dentre outros, o impasse entre os seguintes princípios: princípio da autonomia privada e sua limitação pela

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1237.

⁹⁴ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. p. 167-168.

relativização do *pacta sunt servanda*; princípio da liberdade do exercício de atividade profissional e a exigência de tratamento igualitário a todos os consumidores; princípio da liberdade do exercício da atividade profissional e sua limitação para proteção da saúde do consumidor; princípio da liberdade de expressão e a limitação da publicidade; e direito de propriedade e a intervenção do Estado⁹⁵ editando leis concedendo benefícios ou gratuidade em atividades privadas, como, por exemplo, a lei da meia-entrada para estudantes, ou a lei que proíbe a cobrança de estacionamentos, dentre outros.

Verifica-se que o direito fundamental colidente, em todos os casos apresentados, é o direito do consumidor, sendo importante salientar que as lições para resolução dos casos concretos com princípios antagônicos, objeto do subitem anterior, tem inteira aplicação na resolução da colidência entre direitos fundamentais.

Registre-se, ainda, que mesmo no caso de existência de regra de natureza infraconstitucional específica tratando do assunto - como a proibição de publicidade abusiva pelo artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor -, o que implica no reconhecimento de constitucionalidade de referido dispositivo é a prevalência do princípio da defesa do consumidor diante do princípio constitucional da liberdade de expressão.

Robert Alexy ensina que direitos fundamentais podem ser restringidos apenas por normas constitucionais ou em razão delas. “As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais”⁹⁶, destacando-se que são sempre autorizadas pela Constituição.

Assim, considera-se a proibição de publicidade abusiva, decorrente do Código de Defesa do Consumidor, como uma restrição indiretamente constitucional, pois autorizadas pelo artigo 48 do Ato das

⁹⁵ Vide subitens 3.1.3.1 e 3.2.1.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 233.

Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Robert Alexy, ao tratar do tema, divide a colisão de direitos fundamentais em duas espécies: colisão de direitos fundamentais em sentido restrito e em sentido amplo. Para o primeiro caso, apenas direitos fundamentais tomam parte. Já no segundo, ocorrem colisões de direitos fundamentais com algumas normas e princípios, que têm como objeto bens coletivos. O referido Autor destaca não haver relação de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais, não podendo existir um sem o outro.⁹⁷

Acrescenta Alexy, ainda, que a colisão de direitos fundamentais em sentido restrito pode ocorrer entre direitos fundamentais idênticos e entre direitos fundamentais distintos.

Embora, para o tema do presente trabalho, o mais importante sejam as colisões entre direitos fundamentais distintos, abordar-se-á sucintamente a colisão entre direitos fundamentais idênticos. Alexy subdivide tal item em quatro tipos de colisões: 1 – afetado o mesmo direito fundamental em ambos os lados (direito de “defesa liberal” de dois grupos políticos antagônicos que querem se manifestar no mesmo local ao mesmo tempo, com risco de choques); 2 – afetado o mesmo direito fundamental, como o direito de defesa liberal de um e direito de proteção do outro (direito à vida do sequestrador e do refém); 3 – decorrente do lado negativo e positivo dos mesmos direitos fundamentais (a liberdade de crença pressupõe o direito de ter uma crença e de não ter. Decisão do Tribunal Alemão proibindo a colocação de cruzes ou crucifixos em espaços escolares públicos⁹⁸); e 4 – acrescenta-se ao lado jurídico do direito fundamental de titulares distintos um dado fático (financiamento estatal para pagamento de custas judiciais e de advogados para o demandante pobre).⁹⁹

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 56-57.

⁹⁸ A Corte Européia de Direitos Humanos, no dia 3-11-2009, na mesma linha, proibiu a utilização de crucifixos em escolas da Itália, sob o argumento de que poderiam perturbar as crianças não cristãs. In **FOLHA DE SÃO PAULO, Mundo**. 4 de novembro de 2009- A11.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 57-58.

No que se refere às colisões entre direitos fundamentais distintos de titulares de direitos fundamentais distintos, Alexy destaca como ocupante de uma posição particular “a colisão da liberdade de manifestação de opinião com direitos fundamentais do afetados negativamente pela manifestação de opinião”, dando como exemplo a sentença Lüth proferida pelo tribunal constitucional alemão, em 1958, a qual gerou duas consequências muito significativas para os direitos fundamentais: “primeiro, à irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo e, segundo, à ubiquidade da ponderação.”¹⁰⁰

Como consequência posterior da referida sentença, Alexy refere-se à condenação de pacifistas em razão de terem designado os soldados de assassinos, por atingirem o direito de personalidade geral, que inclui a proteção da honra dos soldados, ou seja, a livre manifestação de opinião tem limite na proteção da honra alheia.

O Autor ressalta, ainda, que tal colisão ocorre entre outros direitos fundamentais, como o direito de liberdade e igualdade:

Colisões de direitos fundamentais distintos de titulares de direitos fundamentais distintos existem não só no âmbito dos direitos de liberdade. Elas são possíveis entre direitos fundamentais de qualquer tipo. Particularmente importante é aquela entre direitos de liberdade e igualdade. Se se relaciona a proibição de discriminação com o ordenamento jurídico todo, portanto, também com o direito privado, então colisões entre a autonomia privada do empregador e o direito ao tratamento igual do empregado são inevitáveis.¹⁰¹

Na mesma linha, o direito de liberdade do exercício profissional do fornecedor não autoriza o tratamento desigual aos consumidores, pelo contrário, conforme análise mais detida adiante, quando tratar-se do princípio da isonomia¹⁰² e do princípio da liberdade¹⁰³, consigna-se, desde já, que a

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 59

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 60.

¹⁰² Vide subitem 2.3.5.1.

obrigação do fornecedor é tratar igualmente todos os consumidores, admitindo-se, apenas excepcionalmente, em situações justificáveis, o tratamento desigual, porquanto o seu direito de liberdade tem limitação no direito de igualdade dos consumidores, conforme lição destacada acima.

Norberto Bobbio, ensina que tanto a liberdade como a igualdade admitem exceções, necessitando, apenas, de justificativa para sua aplicação:

Apesar de sua desejabilidade geral, liberdade e igualdade não são valores absolutos. Não há princípio abstrato que não admita exceções em sua aplicação. A diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada. Onde a liberdade é a regra, sua limitação deve ser justificada. Onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual.¹⁰⁴

A outra espécie de colisões de direito fundamentais é a denominada por Alexy em sentido amplo, ou seja, as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos, podendo, inclusive, os bens coletivos ser pressupostos ou meio para cumprimento ou fomento dos direitos individuais, conforme lição abaixo:

Bens coletivos não são, certamente, só adversários de direitos individuais. Eles também podem ser pressupostos ou meio de seu cumprimento. Assim, o dever legal da indústria de tabacos de colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos é uma intervenção na liberdade do exercício profissional dos produtores de tabaco, portanto, em um direito fundamental. A justificação direta dessa intervenção reside na “proteção da população diante de riscos à saúde”, portanto, em um bem coletivo. Mediamente, trata-se, nisso, de algo que também por direitos individuais é protegido, ou seja, da vida e da saúde do particular.¹⁰⁵

¹⁰³ Vide subitem 3.1.3.4.1.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 10.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 60.

As informações quanto aos riscos provocados pelo consumo de tabaco, no aspecto coletivo, visa a proteger a saúde da coletividade de consumidores, mesmo que indeterminados, além de todos expostos à fumaça provocada pela queima do fumo, e, no aspecto individual, tem como escopo a proteção do consumidor individualmente. Tanto sob a ótica coletiva ou individual, o direito fundamental prevalente foi a defesa do consumidor em detrimento do direito de liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco.

Outra limitação, no exercício da atividade profissional, que se entende perfeitamente admissível, seria a eventual limitação de pontos de venda de cigarros e de bebidas, porquanto objetivam proteger a saúde do consumidor, que terá sempre prioridade em relação ao livre exercício da atividade profissional, valendo destacar o Projeto de Lei n. 3205/2004¹⁰⁶, que pretende proibir a comercialização de bebidas alcoólicas, cigarros e congêneres em estabelecimentos ou pontos de venda localizados a menos de 500 metros de escolas públicas ou particulares.

Relembre-se que Alexy, ao tratar da informação quanto aos perigos do fumo para a saúde, ressaltou que a limitação da venda do tabaco a determinados estabelecimentos seria considerada uma intervenção média, enquanto a proibição de fumar seria uma intervenção grave e o simples aviso uma intervenção leve. Ora, como os riscos provocados pelo tabaco para a saúde são de intensidade muito alta, pois eles se relacionam a inúmeras doenças, especialmente câncer, problemas cardíacos e respiratórios, aplicando-se a fórmula do peso de Alexy, representada pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entende-se perfeitamente admissível uma intervenção média, como aquela representada pela limitação de pontos de venda.

O mesmo raciocínio poder-se-á desenvolver em relação à proposta apresentada pela Agência Nacional de Saúde, objeto da Consulta

¹⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3205/04**. Proíbe a comercialização, no Território Nacional, de bebidas alcoólicas, cigarros e congêneres em estabelecimentos ou pontos de venda localizados a menos de 500 metros de escolas públicas ou particulares. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 23-11-2009.

Pública n. 71¹⁰⁷, de 10 de novembro de 2006, e ainda não concluída, que pretende limitar a publicidade aos produtos alimentícios com quantidade elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional destinados a crianças de até 12 anos. Ou seja: o direito ao livre desenvolvimento da atividade profissional esbarra na obrigação do Estado em proteger os consumidores, no caso crianças, considerados, inclusive, hipossuficientes^{108 109 110}.

Admite-se, assim, que o Estado interfira na liberdade de exercício de atividade profissional por ameaçar um direito e garantia fundamental preponderante, qual seja, a saúde do consumidor, notadamente em razão da forte influência gerada pela publicidade dirigida às crianças, conforme estudos destacados por Gino Giacomini Filho:

Há indicadores que mostram uma forte relação do que é demonstrado no vídeo com certos distúrbios infantis; um destes estudos mostrou que as crianças adotam hábitos iguais aos do vídeo (80%) e, dependendo da faixa etária, o índice de ansiedade que a TV gera é de mais de 90%. Em outro estudo, a maioria das crianças pesquisadas, cerca de 45% em uma escola e 60% em outra, declarava ter ficado com vontade de obter esses produtos, sendo que com cerca de 2/3 delas acontecera de ter tido vontade de comprar alguma coisa porque viu na TV; dentre os produtos

¹⁰⁷ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Consulta Pública n. 71** de 10 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 15-9-2009.

¹⁰⁸ Sobre o conceito de Hipossuficiência, destaca-se lição de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin: "O Consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outro cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aquele cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo", in GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 370.

¹⁰⁹ Conforme estudo efetuado pela organização americana *Children Now*, divulgado em dezembro de 2009, quase três em cada quatro (72,5%) dos alimentos anunciados para crianças na televisão americana são para produtos com baixa categoria nutricional; a publicidade de alimentos saudáveis, como verduras e frutas, representam apenas 1% de toda a publicidade de alimentos para crianças. Disponível em: <http://publications.childrennow.org/publications/media/adstudy_2009.htm>. Acesso em: 11-1-2010.

¹¹⁰ No Capítulo 3, subitem 3.1.3.5, será retornado ao tema.

que despertam mais o consumo destacam-se guloseimas em geral, roupas e objetos de uso pessoal.¹¹¹

Registre-se, ainda, a recente proliferação de leis estaduais e municipais proibindo o consumo de cigarros em estabelecimentos de acesso público, embora algumas delas permitam o fumo em locais especialmente destinados a tal finalidade, desde que cumpram certas exigências.¹¹²

Entre o direito de liberdade e a proteção da saúde de outras pessoas, um bem coletivo, deve prevalecer a proteção da saúde, porquanto muito mais importante e relevante, sem desconsiderar que, na esfera individual, protegem-se os atingidos, individualmente, pela fumaça proveniente do tabaco, entendendo-se, assim, que as referidas iniciativas legislativas são absolutamente constitucionais, pois resguardam valor fundamental do texto constitucional.

Aplicando-se nesse caso o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, destacado por Alexy na fórmula do peso¹¹³, considera-se alto o grau de importância, o fundamento ou o peso das intervenções, pois objetivam proteger a saúde dos consumidores, admitindo-se, via de consequência, inclusive uma intervenção alta na liberdade das pessoas, como aquela aqui configurada.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional lei capixaba que concedia o direito à meia-entrada para doadores de sangue em eventos culturais, esportivos e musicais, deixando assentado na

¹¹¹ GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus, 1991. p.58.

¹¹² Como exemplo, destaca-se a Lei Municipal de Florianópolis, **n. 8.042/2009**, de 12 de novembro de 2009. “Art. 1º Fica proibido fumar cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo, narguilé e outros derivados de fumo em qualquer espaço de uso coletivo, público ou privado, fechado ou parcialmente fechado com telhado e divisórias, onde ocorra trânsito ou permanência de pessoas, mediante a afixação de avisos indicativos da mencionada proibição. Art. 6º Fica proibida a comercialização de cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo, narguilé e outros derivados de fumo dentro dos estabelecimentos escolares da rede de ensino pública e privada. Art. 7º Não será permitida a venda de cigarros ou bebidas alcoólicas nas empresas que trabalham com locação de cinco ou mais computadores e máquinas para acesso à internet, utilização de programas e de jogos eletrônicos em rede, também conhecidas como cyber-cafés ou lan houses.” Disponível em: <<http://www.cmp.gov.br>>. Acesso em: 24-11-2009.

¹¹³ Vide subitem 1.4.2.

ementa: “Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.”¹¹⁴

Vale, ainda, destacar ter ficado consignado no importante precedente invocado, que o Estado deverá intervir na economia para alcançar as diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, conforme plano de ação global informado pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988.

Referido entendimento foi baseado em outro precedente do mesmo Tribunal analisando a lei estadual paulista que concede meia-entrada para estudantes a eventos culturais, esportivos e musicais, à exemplo de várias leis de outro Estados no mesmo sentido¹¹⁵, sendo dado maior peso a necessidade de adequada formação do estudante do que ao princípio da livre iniciativa, destacando-se, por sua relevância, o seguinte trecho da ementa:

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais [...] 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.512/ES**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 15-2-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=meia%20entrada&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15-12-2009.

¹¹⁵ SANTA CATARINA. **Lei n. 12.570, de 4 de abril de 2003**. Dispõe sobre os benefícios aos estudantes e menores de dezoito anos para o acesso a eventos culturais e desportivos. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 15-12-2009.

à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes [...].¹¹⁶

Entende-se, utilizando-se a fórmula do peso de Alexy, que a intervenção estatal na livre iniciativa, assegurando o direito do estudante à meia-entrada, representa uma intervenção média. Por outro lado, o grau de importância, o fundamento ou o peso da intervenção deve ser considerado alto, pois o aprimoramento cultural e intelectual dos estudantes está diretamente relacionado a um país com melhor qualidade de vida para todos.

John Stuart Mill, em 1859, já sustentava que o comércio é um ato social, salientando que “quem quer que empreenda vender ao público uma espécie qualquer de bens, faz coisa que afeta os interesses de outras pessoas e da sociedade em geral, e, dessa maneira, a sua conduta, em princípio, recai sob alçada da sociedade”. “Outrora”, segundo o Autor, considerou-se obrigação dos governos, nos casos considerados importantes, fixar preços e regular os processos de manufatura. Todavia, chegou-se a conclusão posteriormente que a “barateza e a boa qualidade das mercadorias são mais eficientemente atendidas deixando-se os produtores e vendedores perfeitamente livres”, apenas com a restrição dos compradores terem a liberdade de comprar em outros estabelecimentos. “É a doutrina chamada do livre-câmbio”, que repousa sobre fundamentos diversos do princípio da liberdade individual afirmado neste ensaio, embora igualmente sólidos”.¹¹⁷

Restrições ao comércio, ou à produção de fins comerciais, segundo o Autor, representam atos de coação, e “tudo que é coagido é um mal”. Todavia, esclarece que as “coações em apreço afetam, apenas, aquela parte da conduta que a sociedade é competente para coagir, e são injustos unicamente

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Federal. **ADI 1.950/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 3-11-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=meia%20entrada&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15-12-2009.

¹¹⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 138.

porque, de fato, não produzem os resultados almejados”¹¹⁸, concluindo ser perfeitamente admissível o controle pela sociedade dos atos de comércio:

Assim como o princípio da liberdade individual não é envolvido na doutrina do livre-câmbio, assim também não o é na maior parte das questões que surgem a respeito dos limites dessa doutrina; como, por exemplo, sobre que soma de controle público é admissível para prevenir a fraude por adulteração; até onde precauções sanitárias, ou disposições para proteger os trabalhadores empregados em ocupações perigosas, devem ser impostas aos empregadores. Tais questões envolvem considerações de liberdade somente em tanto que deixar o povo entregue a si mesmo é sempre melhor, *coeteris paribus*, do que o controlar. **Mas que ele pode legitimamente ser controlado em vista de tais fins, é um princípio inegável.** (destaque que não está no original).¹¹⁹

Para a adequada solução do problema da colisão de direitos fundamentais, após analisar a teoria das regras e dos princípios, Alexy conclui ser a segunda a mais adequada, destacando que uma intervenção em direito fundamental exige uma ponderação entre os princípios colidentes, correspondendo a ponderação ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade¹²⁰ do direito constitucional alemão. Enquanto o primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele perseguido; e o segundo, o da necessidade desse meio, deixando anotado:

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito deixa formular-se como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais diz: Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.¹²¹

Outro ponto importante para a adoção da teoria dos princípios, ainda segundo Alexy, é a possibilidade de um caminho intermediário

¹¹⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. p. 138.

¹¹⁹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. p. 138-139.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 67.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 69.

entre vinculação e flexibilidade. Pela teoria das regras, conforme já visto quando discorreu-se sobre a diferença entre princípios e regras¹²², o conflito resulta na perda de validade de uma das regras em conflito. Já a antinomia entre princípios resolve-se pela prevalência do princípio com maior peso no caso concreto, todavia ambos os princípios permanecem em pleno vigor, permitindo, assim, que o intérprete exija o cumprimento apenas dos princípios que possam ser requeridos, ou seja, “daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”, possibilitando, assim, que a Constituição seja levada a sério “sem exigir o impossível, resolvendo o problema da vinculação de todos os princípios”¹²³.

Compreendendo-se que as disposições constitucionais têm caráter de norma jurídica, tanto as relacionadas aos critérios formais, mas, especialmente, aos dispositivos relacionados aos critérios materiais, que a norma jurídica é composta de princípios e regras, assim como visto a relação existente entre as normas regulativas e a argumentação judicial, passa-se, no próximo tópico, a tratar dos instrumentos para efetivação dos direitos constitucionais.

1.5 DIREITOS CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO: AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Os direitos e as garantias previstos no texto constitucional, inclusive os relacionados à defesa do consumidor, dependem de instrumentos judiciais, legislativos e administrativos para sua efetivação, pois só assim ganham concretude e passam a integrar a vida das pessoas, conforme demonstrar-se-á na sequência.

Canotilho ensina que o direito constitucional é um sistema aberto formado por regras e princípios, que ganha concretude por intermédio de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, além das

¹²² Vide subitem 1.3.

¹²³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 69.

iniciativas dos cidadãos, no dizer do mestre: “passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma ‘*living constitution*’”.¹²⁴

Conforme Paulo de Tarso Brandão, não adiantariam os preceitos constitucionais se a Sociedade Civil não tivesse “instrumentos capazes de garantir a efetivação de tais direitos.”¹²⁵ Brandão destaca ainda a lição de Norberto Bobbio, que tais instrumentos “são a porta de acesso à via por onde a sociedade entra no Estado”.

Guerra Filho¹²⁶, na mesma linha, afirma que o princípio do Estado Democrático de Direito – um dos mais importantes da CF/88¹²⁷ - depende de procedimentos legislativos, eleitorais e, especialmente, judiciais para que ocorra sua realização.

Um dos exemplos de instrumentos para a efetivação dos direitos constitucionais são as ações constitucionais, como a ação civil pública e todas as ações decorrentes das relações de consumo, pois a defesa do consumidor foi erigido à categoria de direito fundamental, competindo ao Estado, na forma da lei, promover a defesa do consumidor, conforme art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, cujo norte deve ser o direito material tutelado no texto constitucional em detrimento de institutos processuais do Código de Processo Civil.

Verifica-se que a maioria das ações constitucionais foi reconhecida como direito e garantia fundamental ou foi concebida para tutelar direitos expressamente reconhecidos pela constituição federal, devendo, assim, ser interpretadas em consonância com os valores maiores resguardados no texto constitucional, para que tenham efetividade plena, sem maiores preocupações com institutos clássicos do processo civil, como, por exemplo, *legitimidade ad causam* para a ação civil pública tratando de direito individual homogêneo e

¹²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1163.

¹²⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 92.

¹²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 23.

¹²⁷ Constituição Federal de 1988.

coletivo *stricto sensu* e competência e eficácia da coisa julgada nas ações civis públicas cujo dano tenha abrangência nacional.

A respeito da legitimidade do Ministério Público para ações coletivas, destaca-se importante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a relevância social para o manejo de tais ações é presumida, ensejando, assim, a legitimidade ministerial para o ajuizamento de respectivas ações¹²⁸, priorizando-se a tutela do direito material resguardado pela norma violada, salientando que a compreensão diferente ensejou ao longo do tempo uma grande barreira para a proteção de direitos e princípios de alta relevância constitucional, embora, ressalte-se, tal matéria ainda não esteja pacificada no âmbito daquela Corte¹²⁹.

Outra questão de suma importância para a adequada efetividade das ações coletivas é a inconcebível restrição da eficácia da decisão aos limites da competência territorial do órgão prolator, violando, para citar apenas um dispositivo constitucional, o princípio da isonomia, porquanto consumidores que se encontram na mesma situação fática são tratados de modo desigual, como, por exemplo, ocorre quando uma decisão proferida pelo juiz da

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 769326/RN**. 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Data do julgamento: 24-9-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+individual+homog%E9neo+minist%E9rio+p%FAblico+legitimidade&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 4-12-2009. Destaca-se da ementa: “3. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive quanto à prestação de serviços públicos, haja vista a presunção de relevância da questão para a coletividade.”

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 858.056/GO**. 2ª Seção. Relator: Min. João Otávio Noronha. Data do julgamento: 11-6-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+minist%E9rio+p%FAblico+relev%E2ncia+social&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 5-12-2009. Destaca-se o seguinte trecho do voto do Min Relator: “Na hipótese verificada nos autos, os direitos defendidos são autônomos e disponíveis, e não vejo neles nenhum tipo de aglutinação que lhes confira caráter de indisponibilidade. O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a população de modo geral não lhe confere tal relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público.” A questão tratada no acórdão relacionava-se ao recebimento por particulares de diferença no valor pago por seguradora do DPVAT – seguro obrigatório -, em razão de envolvimento em acidentes de trânsito, questão da mais alta relevância, pois, conforme informado pelo próprio Relator, atinge a população de um modo geral, beneficiando, via de consequência, um grande número de pessoas, muitas delas desfavorecidas economicamente. Assim, tal decisão impediu o reconhecimento pelo Judiciário de uma eventual prática abusiva da seguradora, violadora da lei e que ocasionou prejuízo à várias pessoas.

capital de um determinado Estado, competente para apreciar a causa (artigo 93, CDC), determina a retirada de um produto impróprio ao consumo do mercado; a limitação da eficácia de referida decisão vai beneficiar apenas os consumidores residentes no Estado em que a ação coletiva foi movida, deixando em grave risco todos os demais consumidores do país, até que, eventualmente, novas decisões judiciais sejam proferidas.

Acerca do assunto, registre-se que, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da 2ª Seção, seu órgão máximo, ao apreciar Embargos de Divergência ao Recurso Especial n. 399357¹³⁰, definiu que a eficácia da decisão nas ações civis públicas é limitada pelo artigo 16 da Lei n. 7.347/85, desprezando o importante precedente no sentido de que a eficácia da decisão judicial em ações coletivas de consumo é *erga omnes*¹³¹, conforme, aliás, expressa previsão do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Destacam-se, ainda, dois institutos processuais que terão muita importância para o presente trabalho, pois relacionados com a edição da Súmula n. 381, do Superior Tribunal de Justiça¹³², conforme abordagem mais à frente: o *tantum devolutum quantum appellatum* e a limitação ao conhecimento de ofício pelo juiz da matéria constante dos incisos IV, V e VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência ao REsp n. 399.357/SP**. Sala de Notícias. Data da publicação da notícia: 6-10-2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94083&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=eficacia> Acesso em: 5-12-2009. Salienta-se que o acórdão ainda não está disponível no *site* do STJ para acesso.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 399.357/SP**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 17-03-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=411529&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5-12-09. Destaca-se da ementa: "Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença. - Os efeitos da sentença produzem-se "erga omnes", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador."

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 381**. 2ª Seção. Data do julgamento: 22-4-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=29>>. Acesso em: 5-12-2009.

Paulo de Tarso Brandão, em sua tese de Doutorado, posteriormente convertida em livro, já defendia, pioneiramente, a aplicação da Constituição Federal para o manejo das ações constitucionais envolvendo os “novos” direitos, decorrentes da relação de participação estabelecida “entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva”, denominados “direitos da cidadania”, estabelecida a partir da criação do Estado Contemporâneo e em constante processo de evolução, especialmente a partir do século XX.¹³³

Os institutos clássicos do Código de Processo Civil não são hábeis para dar efetividade aos “novos” direitos contemplados nas ações constitucionais, porquanto foram concebidos para tratar de interesses meramente individuais, típicos do Estado Moderno, propondo Paulo de Tarso que as ações constitucionais pertençam ao âmbito da Teoria Política e não do Processo Civil:

Entender que as Ações Constitucionais pertencem ao âmbito da Teoria Política e não ao do Processo Civil, além de induzir uma revisão conceitual, o que lhes dá maior amplitude de efetividade, implica uma melhor compreensão sobre questões relativas ao próprio rito processual e, o que dá ao processo um maior dinamismo e o que é mais importante, induz o cumprimento efetivo de sua finalidade, ou seja, a garantia ampla dos direitos decorrentes da cidadania.¹³⁴

A Revolução Industrial, segundo o mesmo Autor, iniciou uma mudança significativa nas relações sociais, aumentada pelo desenvolvimento tecnológico e eletrônico, especialmente no século XX, determinando uma forte mudança no seio da Sociedade Política, “com um superdimensionamento do Estado Contemporâneo”, alterando sua concepção e organização e determinando um “interrelacionamento entre ambos até então inexistente no Estado Moderno”. Como consequência, “surgiram direitos que não teriam a possibilidade de operar no ambiente político então existente, hoje normalmente chamados de ‘novos

¹³³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. p. 21.

¹³⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. p. 23.

direitos”, exigindo-se, para a respectiva efetividade, instrumentos processuais hábeis para proporcionar totalmente seus exercícios.¹³⁵

Os direitos decorrentes das relações de consumo são um exemplo típico da modificação do papel do Estado e do direito após a revolução industrial. Produção e distribuição em série, contratos de adesão, publicidade, aumento dos riscos dos produtos e serviços, práticas abusivas¹³⁶, exigindo uma nova maneira de proteger o consumidor vulnerável¹³⁷ diante do fornecedor.

Da mesma forma, a crescente evolução tecnológica e eletrônica vem provocando a necessidade da atualização da legislação e nova maneira de tratar as questões de consumo pelos operadores de direito.

São inúmeras práticas que estão se disseminando no mercado de consumo, como compras pela *internet*, aumento de utilização de cartões de crédito e cartões fidelidade, facilitando a aquisição de dados da vida pessoal do consumidor e posterior repasse para bancos de dados especializados, com flagrante violação de direitos da personalidade, destacando-se sobre o assunto a seguinte lição de Héctor Valverde Santana:

A construção teórica dos direitos de personalidade elaborada no campo do direito privado deve ser transportada para o Direito do Consumidor, merecendo adaptação ao princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado. O Direito do Consumidor não visa tão somente a tutela da esfera patrimonial da parte mais fraca da relação jurídica de consumo. A proteção da esfera extrapatrimonial ou moral do consumidor é uma exigência do próprio sistema consumerista.¹³⁸

¹³⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. p. 23-24.

¹³⁶ Segundo Antônio Herman, “Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”, in GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 361.

¹³⁷ No Capítulo 3, subitem 3.1.3.4, trata-se dos vários tipos de vulnerabilidade.

¹³⁸ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

Por outro lado, destacam-se novas práticas abusivas pela Internet, como subtração de valores em contas bancárias, acompanhamento do perfil do consumidor, oferta excessiva de produtos e serviços por correio eletrônico, além de serviços de atendimento ao consumidor por telefone deficiente e utilização excessiva da oferta de produtos e serviços por *telemarketing*^{139 140}, muitas vezes em horários inapropriados, acentuando mais a desigualdade entre fornecedores e consumidores.

Os institutos do Código Civil, destinados ao tratamento de uma relação entre iguais, já não eram suficientes para a proteção adequada, pois a relação estabelecida entre fornecedor e consumidor é flagrantemente desigual, exigindo, assim, uma legislação protetiva, tal qual a legislação trabalhista para o trabalhador.

Toda a legislação consumerista – inclusive os dispositivos constitucionais aplicáveis que serão vistos ao longo deste trabalho – tem como fundamento a desigualdade existente entre consumidor e fornecedor, concedendo o Estado, em razão disso, um tratamento mais favorável ao ente mais fraco, inclusive nas ações judiciais, como, por exemplo, imputando ao fornecedor a responsabilidade objetiva pelos acidentes de consumo, bastando a presença do dano e nexo causal, conforme expressa previsão dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁹ SANTA CATARINA. **Lei n. 4.888, de 22 de outubro de 2009.** Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, de contratos firmados por meio de call center e formas similares, aos contratantes e adota outras providências. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 12-1-2010. Há muitas reclamações nos órgãos de defesa do consumidor relacionadas a serviços oferecidos por telefones, insurgindo-se o consumidor com a própria solicitação do serviço ou com o descumprimento da oferta anunciada, destacando-se a existência de importante lei em Santa Catarina pretendendo tornar obrigatório o encaminhamento aos consumidores de contratos firmados por meio de *call center* e formas similares.

¹⁴⁰ O consumidor do Rio Grande do Sul pode solicitar o bloqueio de ligações de *telemarketing*, bastando efetuar o cadastro no Procon/RS, com base na Lei estadual n. 13.249, de 8 de setembro de 2009. RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social. Procon/RS. Notícia. Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/portal/index.php?menu=central_viz&cod_noticia=1904> . Acesso em: 12-1-2010.

Outros exemplos poderiam ser dados, como a facilitação da defesa do consumidor reconhecida como um direito básico, inclusive com a inversão do ônus da prova (art. 6º, VI, CDC), a interpretação das cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC), e a obrigação de informação adequada (arts. 6º, III, e 31, CDC), decorrente do princípio da boa-fé objetiva (arts. 4º, III, CDC).

Tal tratamento, na verdade, é apenas a aplicação de uma máxima reconhecida por todos os estudiosos do Direito consubstanciada no tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade¹⁴¹, conforme dito em outras palavras por Norberto Bobbio:

[...] precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.

¹⁴²

Aristóteles já ensinava que “a concessão desigual aos iguais, e de diferenças aos semelhantes, é contrária à natureza, e nada que seja contrário à natureza pode ser bom”.¹⁴³ Em outras palavras, e a *contrário sensu*, um tratamento desigual aos desiguais seria natural.

Konrad Hesse, ao definir o conteúdo e significado do estado social, salienta que as modificações introduzidas pela sociedade industrial exigem do Estado uma atuação mais efetiva em espaços destinados a autoregulação. A fórmula do estado de direito social, inserta na Constituição alemã, acolhe as

¹⁴¹ No Capítulo 3, subitem 3.1.3.4, que tratará do princípio da isonomia, voltar-se-á ao tema.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 32.

¹⁴³ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 239.

inovações do “desenvolvimento moderno técnico, econômico e social em si, ela normaliza tarefas que resultam em vista desse desenvolvimento, e ela põe o cumprimento dessas tarefas sob os mandamentos do estado de direito”. Segundo o mesmo Autor, a

tecnização e especialização crescente, a complicação das condições de vida na sociedade industrial moderna tornam necessárias intervenção, guia e configuração planificadora pelo Estado, sempre mais ampla.

São tarefas novas, desconhecidas até o momento, aumentando a “dependência do particular das repercussões da atividade estatal”.¹⁴⁴

As modificações ao longo do tempo nas relações de consumo se encaixam perfeitamente como exemplo de necessidade de mudança no papel do Estado mencionado por Konrad Hesse, deixando um papel passivo para exercer um papel ativo, interferindo nas relações entre particulares para fazer prevalecer as normas de ordem pública e interesse social insertas no Código de Defesa do Consumidor e, acima de tudo, dando efetividade à proteção do consumidor como direito e garantia fundamental.

Robert Alexy refere-se ao estado de direito social, ressaltando que, quando existe um equilíbrio econômico, poucos problemas existem, todavia, quando tal equilíbrio não ocorrer os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição, identificando duas formas fundamentais. Uma delas representada pelo oferecimento do Estado do mínimo necessário para a existência dos carecidos, por intermédio dos impostos ou outros tributos, e a segunda, que mais interessa, prestada diretamente de um para outro cidadão, esclarecendo:

A segunda forma da redistribuição-social não sucede por tesouros públicos, que antes por impostos ou outros tributos foram enchidos, mas diretamente de um para outro cidadão.

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 173.

Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão quando o dador de leis, para a proteção do inquilino, promulga prescrições que dificultam a rescisão ou limitam as possibilidades da elevação do aluguel.¹⁴⁵

Nas relações de consumo a redistribuição-social direta de um cidadão para outro cidadão aparece com muita intensidade, porquanto a legislação tem como premissa tutelar o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, reconhecida expressamente pelo art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre várias normas com tal característica, destacam-se a necessidade de conhecimento prévio e adequado das cláusulas contratuais para obrigar o consumidor (CDC, art. 46); a obrigação do destaque da cláusula contratual que limitar direito, permitindo sua imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, § 4º); a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (CDC, art. 6º, V); e o direito de arrependimento para as compras efetuadas fora do estabelecimento comercial (CDC, art. 49).

Virgílio Afonso da Silva, reforçando a necessidade da redistribuição-social direta, destaca que, especialmente em países democráticos, nem sempre é o Estado que oferece a maior ameaça aos particulares, mas outros particulares, notadamente aqueles com maior poder social ou econômico, explicando que os direitos fundamentais evoluíram de uma relação entre Estado e particulares para uma relação apenas entre particulares.¹⁴⁶

Paulo Bonavides salienta que a Constituição Federal é uma Constituição de Estado Social, necessitando que os problemas constitucionais decorrentes do exercício de direitos subjetivos sejam examinados em conformidade com os conceitos decorrentes daquela modalidade de

¹⁴⁵ ALEX, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p 61.

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. p. 18..

ordenamento. Traçando um paralelo com uma Constituição do Estado Liberal, diz o referido Autor ser essa uma Constituição antigoverno e anti-Estado, enquanto a Constituição de Estado Social é uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.¹⁴⁷

Para compreensão do significado do constitucionalismo do Estado social brasileiro, Bonavides diz não ser possível fechar os olhos

à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos sociais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁸

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma linha, manifesta-se no sentido de que o “princípio fundamental do Estado social” encontrou guarida em nossa Constituição, apesar da inexistência de norma expressa em tal sentido, destacando, como decorrentes do Estado social, os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e dos princípios fundamentais sociais.¹⁴⁹

Os princípios da Revolução Francesa consubstanciados na igualdade de todos, no liberalismo, cabendo ao Estado “deixar fazer, deixar passar, deixar que as coisas transcorrem livremente” (“*laissez-faire, laissez-passer*”), não se coadunam com o atual momento da história.

Como admitir, por exemplo, a prevalência do princípio da autonomia da vontade diante de cláusulas contratuais manifestamente abusivas? Em relações de desigualdade de partes, o Estado tem o dever de atuar para proteção do mais fraco. Igualdade e liberdade são incompatíveis. Quanto mais se busca a igualdade mais se renuncia à liberdade. Nas palavras ainda atuais do

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 371.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 373.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71.

Padre Lacordaire¹⁵⁰, muito antes de Marx, citado em várias obras consumeristas: “Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”¹⁵¹

John Stuart Mill já advertia que a liberdade das pessoas deve ser limitada em ações que ocasionem prejuízos aos outros, exigindo, nos casos mais importantes, que a coletividade intervenha:

[...] Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem, podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros.¹⁵²

Norberto Bobbio, ao tratar do liberalismo, faz um contraponto com o igualitarismo e o não-igualitarismo. A máxima do igualitarismo é “todos os homens devem ser (no limite) iguais em tudo, com relação à totalidade dos sujeitos”; para o não-igualitarismo, “somente alguns homens são iguais, ou, no limite”, “nenhum homem é igual a outro”; já, para o liberalismo, a referida máxima é negada “não com relação à totalidade dos sujeitos, mas à totalidade (ou quase totalidade) dos bens e dos males com relação aos quais os homens deveriam ser iguais”; admite o liberalismo “a igualdade de todos não em tudo (ou quase tudo), mas somente em algo, um algo constituído, habitualmente, pelos chamados direitos fundamentais, ou naturais, ou, como hoje se diz, humanos”.

O ideal do Estado liberal, segundo expresso por Kant, “é o ideal de um Estado no qual todos os cidadãos gozam de uma igual liberdade, isto é, são igualmente livres, ou iguais nos direitos de liberdade”.¹⁵³

¹⁵⁰ Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire, foi um religioso dominicano, nascido em 2 de maio 1802 em Recey-sur-Ource (Côte-d'Or, Borgonha), e falecido, em 21 de novembro 1861 em Sorèze (Tarn). Foi padre, jornalista, educador, deputado e acadêmico, sendo considerado um precursor do catolicismo moderno e restaurador na França da Ordem dos Pregadores. *In Enciclopédia Wikipédia On-line*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 5-7-2009.

¹⁵¹ Padre Lacordaire *Apud* BONNATO, Cláudio. Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

¹⁵² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. p. 91.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 40-41.

O liberalismo, no entanto, propicia o acúmulo de riquezas de forma ilimitada, sem a preocupação com o empobrecimento dos demais, conforme a seguinte lição de Norberto Bobbio:

Todavia, o liberalismo é uma doutrina só parcialmente igualitária: entre as liberdades protegidas inclui-se, também, em geral, a liberdade de possuir e de acumular, sem limites e a título privado, bens econômicos, assim como a liberdade de empreender operações econômicas (a chamada liberdade de iniciativa econômica), liberdades das quais se originaram e continuam a se originar as grandes desigualdades sociais nas sociedades capitalistas mais avançadas e entre as sociedades economicamente mais desenvolvidas e as do Terceiros Mundo.¹⁵⁴

Ainda, segundo Bobbio, as exigências dos direitos sociais nasceram “da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado”, provocando profunda transformação do “sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado”.

Por outro lado, a liberdade individual, para os liberais, é sacrificada no igualitarismo, refletindo-se no “achamento das aspirações” e no “nivelamento improdutivo das forças motrizes da sociedade”.¹⁵⁵

Propõe Bobbio que os valores liberdade e igualdade sejam considerados “indivisíveis e solidários entre si”, salientando que a adversidade de princípios entre o liberalismo e o igualitarismo

não exclui a proposta de síntese teórica e soluções práticas de compromisso entre liberdade e igualdade, na medida em que esses dois valores fundamentais (juntamente com a ordem) de toda convivência civilizada são considerados como sendo não apenas antinômicos, mas também parcialmente complementares.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 41.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 42.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 43.

A referida conclusão amolda-se perfeitamente aos princípios constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, conforme se verifica ao longo de todo o trabalho¹⁵⁷, salientando-se, por ora, que os princípios gerais da atividade econômica, conforme artigo 170, *caput*, estão fundados na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, estabelecendo-se, dentre outros, a defesa do consumidor (inciso V) e a livre concorrência (inciso IV) como seus limitadores.

Em outras palavras, a liberdade de iniciativa tem limitadores inspirados na busca da igualdade e na valorização do ser humano, podendo-se, assim, considerar a liberdade e a igualdade “parcialmente complementares”, conforme proposto por Bobbio.

Miguel Reale, ao tratar da compreensão da norma jurídica, destaca um importante precedente que alterou a visão individualista do disposto no artigo 924 do Código Civil de 1916, segundo o qual pode o Juiz reduzir a multa convencionada no contrato proporcionalmente ao adimplemento da avença.

Segundo o Autor, os advogados, até a década de 30 (e acabou se prolongando até a edição do Código de Defesa do Consumidor), inseriam no contrato cláusula exigindo o pagamento da multa por inteiro, independentemente do tempo do adimplemento do contrato. Ocorre que uma “pobre costureira” conseguiu pagar 20 prestações da compra de uma máquina de costura, deixando de pagar as duas últimas prestações. O vendedor exigia a devolução da máquina e a multa por inteiro. “Ora, pela primeira vez na história do Direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’”.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Especialmente no subitem 3.2.1.

¹⁵⁸ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. p. 125.

Até aquele momento, a cláusula contratual não havia sido questionada, pela compreensão de que o artigo 924 do Código Civil era apenas dispositivo, concluindo Reale com o seguinte ensinamento:

O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois a consagrar. Que aconteceu? Acontecera que o individualismo anterior cedera lugar a suma compreensão social e humanística do Direito, de tal modo que, em virtude dessa nova ética valorativa, o artigo da lei, sem alteração de uma vírgula, passou a significar algo de diverso, em consonância com os princípios de equidade”.¹⁵⁹

As questões relacionadas à proteção do consumidor se encaixam na necessidade de limitação da liberdade do indivíduo para evitar prejuízo aos outros, para atender aos princípios da equidade, como, por exemplo, a proibição da publicidade enganosa ou abusiva e a relativização do princípio da autonomia da vontade.

Essa é a razão para que as normas do Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e interesse social, conforme o art. 1º, tendo como uma das suas consequências, por exemplo, o conhecimento de ofício pelo Juiz das suas normas, embora o Superior Tribunal de Justiça, no dia 5-5-2009, contrariando a doutrina consumerista e precedentes jurisprudenciais, tenha editado a Súmula n. 381, definindo que, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.¹⁶⁰

Embora o tema seja retornado no próximo capítulo¹⁶¹, registre-se, desde já, o grande retrocesso aos direitos dos consumidores trazido por tal precedente, priorizando um dispositivo processual a um direito e garantia

¹⁵⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. p. 125-126.

¹⁶⁰ Vide subitem 3.1.3.3.1.

¹⁶¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos direitos” e acesso à justiça. p. 55-56

fundamental e a regra do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que diz que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. Pode-se destacar tal hipótese como um grande obstáculo à concretização de um direito fundamental, ficando, nesse caso, a obrigação de o Estado em proteger o consumidor limitada ao texto constitucional, ou seja, na afirmação de Canotilho destacada no início do presente tópico, não ocorreu a passagem da “*law in the books para uma law in action* para uma ‘*living constitution*’”.

A obrigação de o Estado tutelar os interesses e direitos do consumidor, inclusive permitindo o conhecimento de ofício de cláusulas abusivas em ações consumeristas, integra a efetivação do compromisso da sua função social, principal característica do Estado Contemporâneo, conforme bem anotado por Paulo de Tarso Brandão:

[...] Utilizando como critério a principal nota diferencial entre o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo, ou seja, **o compromisso com a função social**, que somente surge neste último, dando oportunidade, por via de consequência, à integração da Sociedade Política com a Sociedade Civil, a análise do pensamento político que se segue mantém a mesma lógica da linha seguida para o Estado Moderno¹⁶². (destaque que não está no original).

Conforme preconiza Cesar Pasold, “a participação maior do Estado na vida da Sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a de exigência da participação”, não sendo mais admitido um comportamento omissivo do Estado diante do encaminhamento e da solução dos problemas sociais¹⁶³, como, por exemplo, nas relações de consumo, diante da desigualdade manifesta entre o consumidor e o fornecedor, tendo como norte os objetivos e fundamentos da República previstos na Constituição Federal de 1988, conforme sobejamente demonstrado ao longo do presente trabalho.

¹⁶³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 44,

Mais à frente, Pasold afirma que “não há sentido na criação e na existência continuada do Estado senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo.” O compromisso do Estado, “criatura da Sociedade”, deve ser com a sua “criadora, sob pena de perda de substância e razão de ser do ato criativo”, configurando-se, concretamente, na “dedicação do Estado à consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo”.

A estimulação do bem comum, segundo o mesmo Autor, é “inexequível” na “absoluta Liberdade de mercado”, em razão de “três vícios intoleráveis: 1ª - a injustiça decorrente da repartição social da riqueza, “pelo livre jogo dos mercados”; 2ª - a concentração empresarial pela atuação dos monopólios, com prejuízo à competição e ao estímulo da injustiça; e 3ª - crises socialmente empobrecedoras, em um intervalo de aproximadamente dez anos.¹⁶⁴

Concorda-se inteiramente com Pasold, quando ele sustenta que o bem comum não poderá ser alcançado na “absoluta liberdade de mercado”, acrescentando que as restrições à liberdade do mercado decorrentes das normas protetivas do consumidor têm como escopo a busca do bem comum, cumprindo, assim, o Estado a sua função social.

Registra Paulo de Tarso a preocupação do Estado Brasileiro com a função social, destacando os seguintes dispositivos constitucionais: 1) artigo 1º – fundamentos da República Federativa do Brasil: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; 2) artigo 3º – objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, além da promoção do bem de todos; 3) artigo 170 – princípios da ordem econômica: função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais (acrescento a defesa do consumidor); 4) artigo 193 - bem-estar e a justiça social

¹⁶⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 47 e 49.

como disposição geral da ordem social; 5) Capítulo II do Título II - direitos sociais; e 6) Capítulo I do Título II - Direitos e Deveres Sociais e Coletivos.¹⁶⁵

Um grande marco para a concretização dos direitos fundamentais e maior efetividade das ações constitucionais foi a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas, dependendo ambos de procedimentos e processos para ganhar “operacionalidade prática”¹⁶⁶, conforme abordagem efetuada no subitem 1.2

Ao final do primeiro Capítulo, compreendeu-se, claramente, que:

1 – os valores constitucionais devem ser o guia do legislador e o fundamento das postulações e decisões judiciais, especialmente tendo em vista aspectos materiais, e não apenas formais, considerando-se os enunciados constitucionais normas jurídicas;

2 – Vive-se uma nova fase no Direito, chamada de pós-positivismo ou de constitucionalização do Direito, com a irradiação dos valores constitucionais aos demais ramos do Direito;

3 – os direitos decorrentes das relações de consumo são um exemplo típico da modificação do papel do Estado e do Direito após a revolução industrial e o desenvolvimento tecnológico, exigindo uma atuação mais efetiva em espaços antes destinados à autonomia da vontade e a autoregulação, como uma das características do Estado Social;

4 – um importante marco para a concretização dos direitos fundamentais e maior efetividade das ações constitucionais foi a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas;

¹⁶⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. p. 89-91.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1163.

5 - a argumentação judicial, como regra, segue um esquema subsuntivo ou classificatório e apenas excepcionalmente obedece a um esquema de ponderação e adequação;

6 – o esquema subsuntivo é a verificação se o caso concreto se subsume ao caso geral tratado pela norma;

7 - quando o caso analisado é tratado apenas por princípios, por estarem relacionados a valores, contém um alto grau de generalidade e abstração, dependendo, sua aplicação, da edição de uma norma concretizadora e do balanceamento com princípios antagônicos, prevalecendo aquele com maior peso; e

8 – os direitos e as garantias previstos no texto constitucional, inclusive os relacionados à defesa do consumidor, dependem de instrumentos judiciais, legislativos e administrativos para sua efetivação, pois só assim ganham concretude e passam a integrar a vida das pessoas.

Pode-se, agora, fixadas essas importantes premissas, avançar para os próximos capítulos, que cuidarão de princípios constitucionais fundamentais, gerais e especiais relacionados com a defesa do consumidor.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR

O presente Capítulo tem como objetivo abordar princípios fundamentais da Constituição Federal relacionados com a defesa do consumidor.

O tema se reveste da mais alta relevância para a compreensão e concretização dos direitos dos consumidores, porquanto trata das normas constitucionais que servem de fonte para as demais normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o consumidor, contribuindo, sobremaneira, para o aplicador do direito dar a solução mais adequada aos casos concretos, em absoluta conformidade com os valores constitucionais de maior hierarquia, representantes das “ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”, conforme lição de Canotilho destacada na sequência.

2.1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Segundo Canotilho, a Constituição deve ser compreendida por intermédio da articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, formando um sistema baseado em princípios estruturantes fundamentais, os quais se assentam, por sua vez, em subprincípios e regras constitucionais concretizadoras desses mesmos princípios, ou seja: a Constituição é composta de regras e princípios de diferentes graus de concretização.¹⁶⁷

Para o mesmo Autor¹⁶⁸, esquematicamente, a Constituição é formada por princípios, quais sejam: os estruturantes; os gerais; os especiais¹⁶⁹; e

¹⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1173.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1175.

por regras, formando uma unidade da Constituição e podendo ganhar maior grau de concretização e densidade por intermédio da concretização legislativa e jurisprudencial. Salienta, todavia, que o desenvolvimento do esquema não ocorre apenas numa direção, de cima para baixo, ou de baixo para cima, mas, sim, mediante um processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco.

Guerra Filho propõe que o sistema normativo constitucional seja representado por uma forma piramedal, baseado na concepção de ordenamento jurídico da escola de Viena (A. Merkl e H. Kelsen, em especial), como uma ordem escalonada de normas, que se situam em um patamar mais inferior ou superior, conforme seu menor ou maior grau de generalidade e abstração, respectivamente, ganhando validade aquelas mais concretas e particularizadas pelas normas que estão acima delas, fazendo referência, todavia, à ideia de círculo, para afastar a noção da “norma hipotética fundamental”, conforme consignado na 2ª edição da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. Um círculo, segundo o Autor, no encadeamento do processo de validação da norma, “permitiria a validação da mais geral e abstrata das normas por sua aplicação a casos concretos e particulares”.¹⁷⁰

Luiz Roberto Barroso destaca que o ordenamento jurídico constitui um sistema, com os diversos elementos entre si coordenados, um apoiando-se no outro e “pressupondo-se reciprocamente”. Todas as normas originam-se da Constituição, além de ser ela o elo desses elementos. Como norma fundamental, a Constituição “confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”. Em razão da pluralidade de concepções no texto constitucional, por ser “o produto dialético do confronto de crenças”, torna-se indispensável a unidade na sua interpretação, salientando que as grandes

¹⁶⁹ Os autores Luiz Roberto Barroso *in* **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 374-375 e Guerra Filho *in* **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 55 não discrepam, dividindo os princípios constitucionais materiais em fundamentais, gerais e setoriais ou especiais.

¹⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 54-55.

“bússolas” são os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.¹⁷¹

Abordar-se-ão, na sequência, princípios constitucionais estruturantes ou fundamentais.

2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Em primeiro plano, tem-se os princípios estruturantes, no dizer de Canotilho, “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, ou “traves-mestras jurídicos-constitucionais do estatuto jurídico do (*sic*) político”, enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de Direito, o do democrático e o do republicano.¹⁷²

Luiz Roberto Barroso considera princípios fundamentais as mais importantes decisões políticas no âmbito do Estado, incluindo, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da República indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais¹⁷³, divergindo, nesse particular, adequadamente, de Willis Guerra Filho¹⁷⁴ que enquadra a dignidade como princípio constitucional geral.

Conforme observação de Ingo Sarlet, a Constituição Federal de 1988, na mesma esteira do caminho percorrido pelas Constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha, foi a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a prever título próprio destinado aos princípios

¹⁷¹ BARRROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva 2004. p. 196.

¹⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1.173.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 374-375.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 57.

fundamentais, situado no início do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, demonstrando que o Constituinte tratou do tema com a devida importância.

Segundo Sarlet, quis o Constituinte outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que integram (juntamente com os princípios fundamentais) o núcleo essencial da Constituição Federal vigente formal e material, destacando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

No topo da “pirâmide”, logo no artigo primeiro da Constituição Federal, Guerra Filho entende estar o “princípio do Estado Democrático”, que pode ser traduzido no respeito à legalidade amparada na legitimidade, extraindo-se dele outros princípios, previstos no mesmo dispositivo legal. Como princípio fundamental estruturante, inclui também o “princípio do Estado de direito”, deixando, equivocadamente¹⁷⁶, de incluir o “princípio republicano”, por entender estar incorporado nos dois princípios estruturantes anteriormente mencionados, aliado ao fato de que mencionado princípio poderia não mais integrar a ordem constitucional, em razão de eventual opção plebiscitária, conforme art. 2º do ADCT.¹⁷⁷

Segundo Barroso, apesar da inexistência de hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais o entre normas-princípios ou normas-regra”, admite-se uma hierarquia axiológica, que deve ser o norte para o intérprete na solução dos casos concretos.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 61-62.

¹⁷⁶ A abordagem ao princípio Republicano, objeto do subitem 2.3.1, não deixa dúvida de seu enquadramento como princípio estruturante.

¹⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 56-57.

Explica Barroso que hierarquia implica a ideia de que uma norma tem como fundamento a validade de outra, o que não ocorre com as normas constitucionais. As normas que “cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição”, consideradas cláusulas pétreas, foram expressamente prestigiadas, estando, todas elas, ligadas a algum dos princípios fundamentais, quais sejam: o federativo, o democrático e o republicano.

Prossegue o Autor afirmando que “Aliás, ao menos idealmente, a Democracia, a República e a Federação constituem, de longa data, o trinômio essencial do Estado brasileiro”, sendo, assim, natural que referidos princípios fundamentais, especialmente o que foram distinguidos pelo § 4º do art. 60, “sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional”. Na sequência, devem ser prestigiados os princípios gerais e setoriais.¹⁷⁸

Os princípios estruturantes são densificados por princípios constitucionais gerais e especiais e por regras constitucionais¹⁷⁹, conforme ver-se-á mais adiante.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A DEFESA DO CONSUMIDOR

Identificados os princípios fundamentais da Constituição e compreendida sua significativa importância, passa-se a abordar aqueles relacionados, diretamente, com a defesa do consumidor.

2.3.1 Republicano

O Princípio Republicano está positivado na Constituição Federal logo no seu artigo 1º, servindo como guia e verdadeiro farol para os demais princípios constitucionais, decorrendo, na verdade, todos dele.

Paulo Márcio Cruz e Sergio Antonio Schmitz registram em tal sentido:

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 203.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1174.

A não compreensão do que seja uma República e, principalmente, do que seja o Princípio Republicano, traz prejuízos incalculáveis ao perfeito entendimento de termos como Direitos Fundamentais, Cidadania e Coisa Pública, por exemplo. Ao mesmo tempo, deturpa o sentido da própria Democracia que deve ser um instrumento republicano, ou seja, uma ferramenta para aferir e garantir o Interesse da Maioria e sua aplicação nos mais diversos aspectos da vida em Sociedade.¹⁸⁰

O significado mais antigo de república, segundo Konrad Hesse, “expressa o ‘ser comum’ (*res publica*), no qual todo poder público deve ser derivado da comunidade e está obrigado a servir ao ‘melhor comum’ (*salus publica*).”¹⁸¹

Canotilho destaca que a forma republicana de governo “pressupõe um catálogo de liberdades (regime de liberdade) onde se articulam intersubjectivamente a liberdade dos antigos (direito de participação política) e a liberdade dos modernos (direitos de defesa individuais)”.¹⁸²

A obrigação do Estado em promover a defesa do consumidor, conforme o art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e os direitos dos consumidores previstos no Código de Defesa do Consumidor, enquadra-se no referido catálogo de liberdades, identificando-se com a “liberdade dos modernos”, tendo em vista que a legislação de cunho protetivo tem como objetivo libertar o vulnerável consumidor do forte fornecedor, possibilitando a defesa dos seus direitos individuais e coletivos.

Na forma de governo republicano proposto por Aristóteles e Cícero, a concepção de igualdade, justiça e compromisso dos governantes com o bem comum estavam presentes, conforme lição abaixo:

¹⁸⁰ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sergio. Sobre o princípio Republicano. *In* **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 13, n. 1, 2008. p. 44. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 27-9-2009.

¹⁸¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 112.

¹⁸² CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 227.

A conclusão é evidente: os governos que têm em vista o interesse comum está constituído em conformidade com os princípios de justiça e, portanto, estruturados corretamente, mas aqueles que têm em vista apenas o interesse dos governantes são todos falhos e forma desviadas das constituições corretas, visto que são despóticos, enquanto a Cidade é uma comunidade de homens livres.¹⁸³

A defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, decorre diretamente do Princípio Republicano, porquanto se coaduna com os princípios de igualdade, justiça e equidade, exigindo a intervenção do Estado para assegurar proteção ao ente mais fraco da relação, como corolário da aplicação do princípio da isonomia, que nada mais é do que tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

O homem republicano, segundo Canotilho, não é “sujeito politicamente abstinente”, mais civilmente enérgico e atuante, “politicamente combatente a favor do progresso, da educação, da instrução, do associacionismo, enfim, de soluções positivas para a política”.¹⁸⁴

O individualismo presente no liberalismo não tem mais espaço na República. Segundo Canotilho, citando vários estudiosos do tema, Estado Liberal é compreendido como um “Estado de Limites”, “ao qual não se atribui qualquer fim de promoção da “felicidade dos cidadãos”. O fim do Estado seria a garantia da segurança, das liberdades individuais e da autonomia dos particulares.¹⁸⁵

Como anotam Paulo Márcio Cruz e Sérgio Schmitz, “a República, a partir de meados do Século XX, deveria passar a ser o principal contraponto ao individualismo asséptico do liberalismo.”¹⁸⁶ Liberalismo, aliás, que

¹⁸³ ARISTÓTELES. **A política**. p. 124.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30-31.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 24.

¹⁸⁶ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sergio. Sobre o princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 13, No 1 (2008). p. 49.

o direito do consumidor quer combater com uma atuação mais efetiva do Estado nas relações entre fornecedores e consumidores.

A autonomia individual da vontade não pode prevalecer em relação à vontade do Estado na regulação de todos os negócios jurídicos. O princípio máximo do liberalismo de que ninguém melhor que o interessado para tratar de seus interesses já está por demais ultrapassado.¹⁸⁷

Segundo Adolfo Mamoru Nashiyama, a condição econômica ou social dos contratantes para o liberalismo eram irrelevantes, diante da consideração de igualdade abstrata das partes e do princípio da autonomia da vontade, não se admitindo qualquer proteção ao ente mais fraco da relação.¹⁸⁸

Conforme registra Paulo Bonavides, atualmente deve ser reconhecido o estado de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado, sendo necessário que este último cumpra a tarefa “igualitária e distributivista”, sob pena de inexistência de democracia e liberdade, cumprindo o “Estado social”, assim, as condições e os pressupostos reais e fáticos necessários ao exercício dos direitos fundamentais.¹⁸⁹

Para o liberalismo, a maioria dos direitos relaciona-se a liberdades inerentes ao indivíduo. Apesar da necessidade de pagamento de impostos ou a prestação de serviço militar, os pontos centrais são as liberdades civis e os direitos de propriedade. Os direitos individuais são fundamentais para a liberdade de ação das pessoas. Em contrapartida, os direitos sociais ou aqueles pertencentes a grupos, como o dos consumidores, representam uma ofensa aos princípios liberais, razão pela qual são evitados. Direitos e obrigações têm uma

¹⁸⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor:** contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 26.

¹⁸⁸ NASHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** p. 378-379.

relação eminentemente contratual, contendo uma intensa carga de reciprocidade.¹⁹⁰

As revoluções industriais e tecnológicas produziram inúmeras e significativas mudanças na Sociedade, tais como: concentração das pessoas nas cidades, produção e distribuição em massa, aumento dos riscos provocados pelos produtos e serviços, publicidade, cada vez mais, incisiva, aumento das práticas abusivas, contratos de adesão, anonimato dos consumidores e dos próprios fornecedores - agravado com o comércio virtual -, crescimento substancial das empresas com o desenvolvimento do capitalismo, etc., sendo indispensável uma atuação do Estado para a proteção do consumidor, ente mais fraco da relação. O interesse da minoria de acumular mais riqueza violando direitos básicos do consumidor merece ser rechaçado pelo Estado, objetivando assegurar o interesse da maioria da população.

A preocupação do Código de Defesa do Consumidor em evitar o acúmulo de riqueza pelo fornecedor em prejuízo do consumidor é manifesto, destacando-se, por exemplo, em tal sentido, o rol de cláusulas consideradas nulas de pleno direito (artigo 51), ou a possibilidade de revisão da cláusula contratual que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (artigo 6º, v).

Conforme salienta Paulo Roberto Roque Antonio Khouri as partes podem livremente contratar, todavia, deverão, compulsoriamente, observar a função social do contrato, seguindo os princípios e regras dispostas no referido diploma legal.¹⁹¹ Ou seja: a função social do contrato, reconhecida posteriormente pelo artigo 421 do Código Civil, já era prevista no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁰ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 37-38.

¹⁹¹ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. p. 32.

Canotilho, ao discorrer sobre a República portuguesa, com inteira aplicação na República brasileira, destaca a ideia de sociabilidade, ou seja, respeito aos pressupostos liberais, como o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa econômica, mas também adotando mecanismos para a busca do bem comum e para a solução de assimetrias sociais, em detrimento de arbitragem dos interesses dos grupos:

Em terceiro lugar, e retomando algumas das teses da “república social”, a República Portuguesa assume claramente a ideia de sociabilidade. Vislumbra-se na conformação constitucional da República Portuguesa aquilo que um autor americano chamou de republicanismo *posto-New Deal*. Trata-se de uma proposta de compreensão de uma República que respeita o direito de propriedade privada (artigo 62º) e a liberdade de iniciativa econômica (artigo 61º) (pressupostos liberais), mas que assume também como tarefa um mecanismo regulativo público mais orientado para a prossecução do bem comum (*public good*) e para a solução de assimetrias sociais (no trabalho, na família, no ensino) do que para a arbitragem dos interesses dos grupos. Neste sentido, a República é “vermelha”: aspira a ser uma ordem livre marcada pela reciprocidade, igualdade e solidariedade [...].¹⁹²

Conforme ensinamento de Luiz Roberto Barroso, durante o século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. A partir do século XX, especialmente a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental assume um papel extremamente intervencionista, passando a ser chamado de Estado Social, tornando-se “instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população”.

Já, a partir do início da década de 80, segundo o mesmo Autor, o discurso passou a ser de volta ao Estado mínimo, do modelo liberal, o neoliberalismo, provocando a desestatização e a desregulamentação da economia, a diminuição das proteções sociais ao trabalho, a abertura dos

¹⁹² CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 227.

mercados e a “inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio”.¹⁹³

Ocorre que, nas relações de consumo, os princípios do neoliberalismo não podem prevalecer, porquanto indispensável a presença do Estado para tutelar o vulnerável consumidor diante da sanha comercial do fornecedor, que, muitas vezes, busca lucros a qualquer custo, em flagrante violação dos princípios mais básicos de proteção ao consumidor.

Não se descarta que a onda de privatizações dos serviços públicos objeto de relação de consumo ocasionou significativas mudanças na prestação de mencionados serviços, com aspectos positivos, como no setor de telecomunicações, por exemplo, a facilitação para se adquirir uma linha telefônica contrastando com a extrema dificuldade do passado.

Registre-se, todavia, que a mesma privatização gerou inúmeros problemas para os consumidores, conforme se infere das conhecidas estatísticas dos órgãos de defesa do consumidor¹⁹⁴, demonstrando ser a telefonia o setor que mais reclamações provoca, ficando claro que o princípio constitucional da defesa do consumidor, presente, expressamente, no artigo 5º, de Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997¹⁹⁵, não vem sendo observado pelas operadoras de telefonia, exigindo uma atuação mais efetiva e enérgica do Estado, por intermédio dos órgãos de defesa do consumidor e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), órgão regulador do serviço de telefonia, que, aliás, tem como uma das suas competências “reprimir infrações dos direitos dos

¹⁹³ Barroso, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 65-66.

¹⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Relatório Sindec sobre os problemas do setor de Telecomunicações no período de 1º/5/2005 a 30/04/2009**. Disponível em: <
<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ40050E74ITEMID9D5906DECC06457C86E7DB0A51E8B5E1PTBRNN.htm>>. Acesso em: 28-10-2009.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. Que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. Disponível em: <
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 5-12-2009.

usuários”, conforme inciso XVIII do artigo 19 da mesma Lei, incumbência característica de um Estado Social.

Segundo Paulo Bonavides, “o novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro senão o Direito Constitucional do Estado Social”, surgido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. Direito que exprime a tensão entre a norma e a realidade, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre outros conflitos, anotando não ser possível a compreensão do constitucionalismo do Estado social brasileiro se fecharem-se os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da isonomia, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e ao papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição.¹⁹⁶

A necessidade de proteção ao consumidor é exemplo de busca de uma “república social”, porquanto, para propiciar efetividade a referido direito e garantia fundamental, para diminuir a “assimetria social”, no dizer de Canotilho, ou a assimetria de forças, entre o fornecedor e consumidor, o Estado intervém objetivando, com isso, alcançar o bem comum. Pode-se afirmar que a proteção do consumidor configura o resultado da “tensão” entre a economia de mercado, mais precisamente a livre iniciativa, e a interferência estatal, como uma das características do constitucionalismo do Estado social brasileiro.

A intervenção estatal ocorre das mais variadas formas, como, por exemplo, por intermédio de legislação federal, estadual e municipal, sempre com conotação protetiva, ou com a criação de órgãos de defesa do consumidor, como os Procons, Promotorias de Justiça e delegacias especializadas, Juizado Especial, ou, ainda, fomentando a criação de associações de defesa do consumidor, admitindo-se, inclusive, a interferência nos preços dos produtos e serviços, quando sofrer um aumento injustificado, conforme regra do artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a livre iniciativa e o direito de propriedade convivem harmonicamente com o direito do consumidor, “mecanismo regulativo” de cunho

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 373.

social, que tem como fundamento a reciprocidade, a igualdade e solidariedade, salientando que, segundo Bonavides, o princípio da igualdade - que o direito do consumidor quer concretizar - é o “centro medular do Estado social”.¹⁹⁷

2.3.2 Cidadania

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, II, da Constituição Federal.

Segundo lições de Liszt Vieira, obra que serviu de base para o desenvolvimento do presente tema, a definição do vocábulo cidadania, “enquanto direito a ter direitos”, teve várias abordagens. Thomas H. Marshall, em 1949, propôs a primeira teoria sociológica de cidadania ao discorrer sobre os direitos e as garantias inerentes à condição de cidadão, que se tornou clássica.

Estabeleceu Marshall uma tipologia dos direitos de cidadania, baseada na realidade britânica da época, notadamente no conflito gerado entre capitalismo e igualdade, englobando os direitos civis (conquistados no século XVIII), os direitos políticos (conquistados no século XIX), ambos conhecidos como direito de primeira geração, e os direitos sociais (conquistados no século XX), conhecidos como de segunda geração.¹⁹⁸

Das várias ideias de cidadania, destacam-se duas, por entender que têm mais relação com a proteção do consumidor. A primeira relaciona-se com direitos universais garantidos por lei a todos, excluindo-se o caráter informal ou particular dos direitos de cidadania. As pessoas e as coletividades possuem valores morais, costumes próprios e até direitos específicos, todavia serão considerados direitos de cidadania se forem universalmente aplicados e tutelados pelo Estado. A segunda vincula-se a ideia de igualdade, exprimindo o equilíbrio entre direitos e deveres dentro de certos limites. A igualdade consistir-se-ia na possibilidade de “acesso aos tribunais, legislaturas e burocracias”, tendo, assim, um cunho formal. Não significa

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 376.

¹⁹⁸ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. p. 33.

igualdade completa, todavia ocorre um aumento “nos direitos dos subordinados em relação às elites dominantes”.¹⁹⁹

Como já visto, a proteção do consumidor é reconhecida como direito e garantia fundamental, competindo ao Estado promover, na forma da lei, sua defesa, conforme o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, inciso II, inclui, como um dos seus mais importantes princípios, a ação governamental para proteção efetiva do consumidor, por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela presença do Estado no mercado de consumo e pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Dentre os instrumentos que o poder público contará para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo estão os previstos no artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor: manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; e concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Verifica-se, assim, que a proteção do consumidor está diretamente relacionada com a primeira ideia de cidadania (direitos universais garantido por lei a todos), porquanto, além de referir-se a todos os consumidores, assim definidos pelos artigos 2º, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor, são aplicados e tutelados pelo Estado.

¹⁹⁹ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. p. 35.

A segunda ideia de cidadania, relacionada à busca da igualdade formal pela possibilidade de “acesso aos tribunais, legislaturas e burocracias também é preocupação do Código de Defesa do Consumidor, conforme verifica-se pelos instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo destacados acima.

Não se pode olvidar, por outro lado, conforme visto ao longo do trabalho, a preocupação do Código de Defesa do Consumidor com a igualdade material, ou, pelo menos, com a diminuição da diferença existente entre fornecedor e consumidor, criando, para isso, vários instrumentos, como a obrigação de informação adequada do fornecedor (artigos 6º, III, 31 e 46 do CDC), a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC) e a responsabilidade objetiva (artigos 12 e 14 do CDC), dentre outros, aumentando, assim, os direitos dos consumidores (subordinados) em relação aos fornecedores (classe dominante), ideia que também está diretamente relacionada com o conceito de cidadania plena.

O significado de cidadania tem correlação, ou conexão com os valores consagrados no texto constitucional, exprimindo, na verdade, os valores que toda a sociedade quer alcançar concretamente.

Outrossim, não se pode falar que estão em gozo da plena cidadania as pessoas carentes dos mais elementares bens da vida moderna, ou seja, os excluídos socialmente em decorrência do neoliberalismo.²⁰⁰

A propósito, Rizzato Nunes salienta que o estudo do Código de Defesa do Consumidor exige a compreensão de que a população brasileira é pobre, logo, o consumidor, em sua grande maioria, também é pobre, para que se perceba a razão da proteção ser bastante ampla.²⁰¹

²⁰⁰ SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006. p. 50-53.

²⁰¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. NUNES. p. 29.

Destaca-se, ainda, a ideia de cidadania relacionada a questões de natureza ecológica, porquanto a cidadania não estará completa até que tenhamos um mundo que preserve os recursos naturais, que só será alcançado com um desenvolvimento sustentável²⁰², preservando, assim, a sobrevivência da atual e das futuras gerações, tendo o princípio da sustentabilidade uma relação direta com a proteção do consumidor, conforme abordagem mais à frente²⁰³.

2.3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, registre-se que a obra que serviu como base para o desenvolvimento do presente tópico foi a Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, de Ingo Wolfgang Sarlet, em face da profunda abordagem do tema por referido Autor.

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um dos princípios estruturantes de nossa ordem constitucional, por ser um dos valores mais importantes a ser perseguido pela Constituição Federal, iluminando e servindo de base para todos os direitos fundamentais, como consequência de uma das decisões políticas mais importantes do nosso Estado, conforme dispositivos constitucionais adiante mencionados.

Logo no art. 1º, a Constituição trata dos princípios fundamentais, reconhecendo, no seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana aparece em outros dispositivos constitucionais, como finalidade da ordem econômica (art. 170, *caput*), fundamento do planejamento familiar (art. 226, par. 6º), e garantia a criança ou adolescente (art. 227, *caput*).

Canotilho ensina que a dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento do ser humano como limite e fundamento do domínio

²⁰² VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. p. 264.

²⁰³ Vide subitem 2.3.6.

político, e não o contrário, contrastando com as experiências de dizimação da espécie. Em suas palavras:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravidão, nazismo, stalinismo, polpotismo (cop), genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais [...].²⁰⁴

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana no título dos princípios fundamentais, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o Constituinte, “além de ter tomado uma decisão fundamentada a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado”, deixou claro que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, “já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”²⁰⁵

Conforme ensinamento de Konrad Hesse, a dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º da Constituição alemã como um dos princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e devem ser exercidas as tarefas estatais, obrigando todo o poder estatal a respeitá-lo e protegê-lo. Isto também ocorre na Constituição Brasileira. Muito além de uma fórmula abstrata ou simples declamação, sem significado jurídico, cabe a tal princípio o “peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de imunidade e sob o signo da ameaça atual latente a “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade”.²⁰⁶

²⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 225.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 65.

²⁰⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 109-110.

Sarlet reconhece ser de difícil conceituação o termo dignidade, por ser aberto, vago e impreciso, caracterizado por sua “ambigüidade e porosidade”, conforme reconhecido pela doutrina, acrescentando que a maior dificuldade, todavia, reside no fato de que dignidade é um atributo inerente a todas as pessoas, de modo que passou a ser conceituada como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, todavia tal definição não contribui muito para o entendimento adequado de qual a esfera de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.²⁰⁷

Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, não havendo maiores dificuldades na identificação clara das várias situações em que é “espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações de dignidade”.²⁰⁸

O conceito de dignidade está em permanente processo de construção e desenvolvimento, conforme proposto por C.L. Antunes Rocha, reclamando constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa a ser desempenhada por todos os órgãos estatais.²⁰⁹

A jurisdição constitucional, quando provocada a se manifestar sobre determinado caso acerca das diversas dimensões da dignidade, não pode deixar de se posicionar, sendo compelida a proferir uma decisão, não sendo admissível, assim, dispensar uma compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, conforme opinião amplamente aceita, Sarlet assevera que a dignidade não depende de circunstâncias concretas, pois é inerente a todo ser humano, uma vez que, em princípio, todos são iguais em dignidade no sentido de serem reconhecidos como pessoas, mesmo que não se

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 39, fazendo referência, “dentre tantos” a Manuz/Zipelius.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 40.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 41.

portem de forma digna nas suas relações com seus semelhantes, ou consigo mesmos.

Preceitua o art. 1º da Declaração Universal da ONU que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.²¹⁰

Assim, a dignidade não poderá ser objeto de desconsideração mesmo em relação às pessoas que pratiquem as ações mais indignas e infames, pois atributo intrínseco de todo ser humano. Todas as pessoas, independentemente de sua condição pessoal, devem ser tratadas igualmente quanto à dignidade. Nesse sentido a seguinte lição de Norberto Bobbio:

A idéia que a máxima (igualdade entre quem e a igualdade em quê) expressa é que os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza de outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social (como reza o art. 3º da Constituição italiana), ou, mais sucintamente, **a dignidade**, como reza o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) etc.²¹¹ (destaque que não está no original).

Reduzir o conteúdo de dignidade da pessoa humana a uma fórmula abstrata e genérica não é possível, o que não significa que não se deva buscar uma definição, que acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade diante do caso concreto. A busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva é indispensável em razão de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, assim como para evitar que a dignidade continue a justificar

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 42-44.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 24.

o seu contrário. Iniciando a difícil missão de definição de dignidade, Sarlet utiliza-se das lições de Dürig, para quem, na mesma linha kantiana:

A dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.²¹²

Esclarece Sarlet, entretanto, que o conceito acima parte de uma definição da dignidade considerando o seu âmbito de proteção, que é determinado a partir de suas violações no caso concreto, enfatizando:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.²¹³

Aproveitando inteiramente a lição destacada anteriormente, afirma-se que a proteção do consumidor relaciona-se diretamente com o âmbito de proteção de questões ligadas à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, conforme já destacado, a proteção do consumidor tem como fundamento a diminuição da desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, limitando, para alcançar tal desiderato, o poder do fornecedor, evitando-se, com isso, que o consumidor seja mero objeto de arbítrio e de injustiças por parte do fornecedor.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 57-58.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 59.

Destaca-se, ainda, a preocupação do Código de Defesa do Consumidor com a integridade física do consumidor, considerado pelo artigo 6º, I, o primeiro direito básico do consumidor. Outros dispositivos dão concretude a referido direito básico, tais como os seguintes artigos: 8º (que trata da proibição dos produtos e serviços acarretar riscos à saúde ou segurança do consumidor, exceto os considerados normais e previsíveis, obrigando os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito); 9º e 63 (que exige do fornecedor de produto e serviço nocivo ou perigoso a informação, ostensiva e adequada, sobre a nocividade e periculosidade do produto ou serviço, e tipifica como crime a sua não realização); 10º, § 1º, e 64 (que institui o *recall* e tipifica como crime a sua não realização); 12 e 14 (que cuidam da responsabilidade objetiva nos acidentes de consumo).

Relembre-se, conforme lições de Sarlet, que onde não houver respeito a todas as questões suscitadas acima não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Importante abordagem fez Lafayette Josué Petter, destacando que, na visão kantiana, “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade”. Tudo aquilo a que se possa atribuir um preço passa a ideia de possibilidade de substituição. Já, a dignidade, está acima do preço, é interna, não admite substituição. Preexiste, assim, a dignidade ao direito legislado, o qual apenas cuidou de reconhecê-la, todavia, fazendo-o, “identificou-a como um valor supremo da ordem jurídica, impedindo que o ser humano pudesse ser objeto de coisificação e instrumentalização”.²¹⁴

O homem objeto ou homem instrumento constitui a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora a dignidade, por óbvio, não possa ser compreendida apenas no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e

²¹⁴ PETTER, Josué Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.190.

desumanos), pois se estaria restringindo demasiadamente o seu âmbito de proteção.²¹⁵

Sarlet propõe um conceito de dignidade que, segundo ele, além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental, destaca a sua faceta intersubjetiva e sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹⁶

Relacionando o princípio da dignidade aos direitos e garantias fundamentais e com outras normas, Sarlet esclarece ser importante destacar que parte da noção já consagrada de que o dispositivo (o texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgados, pois cada direito fundamental pressupõe – conforme lição de Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça, explicitando:

Assim, adiantando aqui aspecto que voltará a ser referido, verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é,

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 59.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 59-60.

norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.²¹⁷

Apesar de os direitos fundamentais encontrarem seus fundamentos, pelo menos em regra, na dignidade da pessoa humana e considerando que do próprio princípio da dignidade da pessoa isoladamente considerado podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados, “não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido”.²¹⁸

Melhor explicando, Sarlet esclarece “que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico”. Quando se fala - equivocadamente na visão do Autor – em direito à dignidade, está, em verdade, levando-se em conta “o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna”, sem deixar de se admitir outros sentidos que se possa dar aos direitos fundamentais alusivos à dignidade da pessoa. Por tal razão, Sarlet, considera que, no sentido estrito, de um direito à dignidade como concessão “poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental”.²¹⁹

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental dá a certeza de que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional formal e material, e, como tal, sem sombra de dúvidas, “carregado de eficácia, alcançando, portanto –

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p.68.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 69.

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 69-70.

tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.”²²⁰

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, estabelece que o respeito à dignidade dos consumidores é um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, assim como o respeito à sua saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, à melhoria da sua qualidade de vida, além da transparência e harmonia nas relações de consumo.

Ressalta-se que referido dispositivo é considerado uma “norma-objetivo”, conforme lição de Eros Grau destacado por Claudia Lima Marques, acrescentando a Autora que deve ser considerado verdadeira “norma-guia da interpretação de todo o Código”²²¹.

Qualquer prática que viole os princípios constitucionais, dentre eles a proteção da dignidade da pessoa humana, deve ser considerada abusiva, conforme lição de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim:

Tomando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal – mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais -, são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 39, IV, do CDC), os direitos humanos (art. 3º, II, da CF), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF).²²²

Na sequência, procurar-se-á relacionar casos concretos envolvendo o direito do consumidor e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Uma das questões tormentosas relacionadas à proteção da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo foi a discussão travada

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 70.

²²¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. p. 508.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. p. 367.

nos Tribunais quanto à possibilidade ou não de efetuar o corte de energia ou água em decorrência da falta de pagamento da respectiva tarifa. A Lei n. 8.987/95²²³, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, autoriza o corte, desde que consumidor seja notificado previamente.

Após muito debate, chegou-se a conclusão que o corte por inadimplemento não viola o Código de Defesa do Consumidor ou a proteção da dignidade da pessoa humana, embora seja importante registrar o posicionamento do Ministro Luiz Fux²²⁴, no sentido inverso, ou seja, que por se tratar de serviço público essencial, a água ou a energia não poderiam ser cortadas pela ausência de pagamento, embora tenha se submetido a Jurisprudência contrária e majoritária do Superior Tribunal de Justiça.

Importante, todavia, outro precedente mais recente do mesmo Superior Tribunal de Justiça, também da Relatoria do Ministro Luiz Fux, datado de 24-6-2009, entendendo ilegal o corte da energia quando se tratar de unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas, creches, fontes de abastecimento d'água e iluminação pública, e serviços de segurança pública, preservando-se, assim, os interesses da coletividade e o princípio

²²³ BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 2005**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 5-12-2009.

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RESP n. 963.990/SC**. 1ª Turma. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 08/04/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&processo=963990&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009. Da ementa, destaca-se: “3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. Curvome, todavia, ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. A Lei de Concessões estabelece que é possível o corte, considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança [...] 8. Destacada minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos, submeto-me à jurisprudência da Seção.”

constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, deixando assentado na respectiva ementa.²²⁵

[...] 3. Deveras, não se concebe a aplicação da legislação infraconstitucional, *in casu*, art. 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/95, sem o crivo dos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República como previsto na Constituição Federal [...].

Entende-se que, em situações excepcionais, tais como: miserabilidade, problemas de saúde ou idade, que impeçam o consumidor de trabalhar e auferir rendimentos, ou quando se tratar de serviços essenciais prestados à coletividade, como hospitais, escolas, universidades, delegacias de polícia, creches, entre outros, não poderia haver o corte de energia e água por violar o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, porquanto indispensáveis para a vida moderna, razão pela qual devem ser fornecidos de forma contínua, conforme, aliás, determinação do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao prestador acionar os meios legais para efetuar a cobrança devida.

Outra prática atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana são os serviços de atendimento ao consumidor por telefone, os chamados “call centers”, pois o consumidor é tratado como um verdadeiro objeto, ou mero instrumento, sem qualquer consideração como sujeito de direitos, para utilizar as lições de Kant e Dürig anteriormente destacadas por Sarlet.

Com efeito, é comum o consumidor ficar aguardando um longo tempo para ser atendido, não ter suas reclamações solucionadas, não conseguir contato com atendente quando pretende cancelar o serviço contratado,

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no REsp n. 845.982/RJ**. 1ª Seção. Relator: Min Luiz Fux. Data do julgamento: 24-6-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=845982&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 30-11-2009. Vide, no mesmo sentido **Agravo Regimental no REsp 1046236**. 1ª Turma. Rel Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 5-2-2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1046236&b=ACOR>. Acesso em: 30.11.2009.

passar por vários atendentes até a ligação cair, para ficar apenas em alguns exemplos do “tratamento” dispensado ao vulnerável consumidor.

Foi inclusive, editado o Decreto n. 6.523/2008²²⁶, fixando normas gerais sobre referido serviço, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços, além da Portaria MJ 2014/2008²²⁷, estabelecendo o tempo máximo para o contato direto com o atendente e o horário de funcionamento.

Destaca-se, em relação aos serviços funerários, também práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana, tais como: a acirrada “disputa” entre os fornecedores nos hospitais e necrotérios, a proibição de contratação de funerárias de outros Municípios para retirada do corpo²²⁸, mesmo quando o sepultamento ocorrer em local diverso e a fixação de preços abusivos, práticas que colocam a família do falecido em situação extremamente constrangedora, desrespeitando completamente o momento do dor e sofrimento pela perda de um ente querido, tratando o ser humano como um verdadeiro objeto.

Nos serviços de transporte coletivo é comum práticas que atingem a dignidade da pessoa humana, como a superlotação, a falta de abrigo nos pontos de parada, a insegurança ocasionada pelo aumento significativo do

²²⁶ BRASIL. **Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008**. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm>. Acesso em: 5-12-2009.

²²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria MJ n. 2.014, de 13 de outubro de 2008**. Estabelece o tempo máximo para o contato direto com o atendente e o horário de funcionamento no Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}>>. Acesso em: 5-12-2009.

²²⁸ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. . 06.2008.000225-8**, 29ªPJ de Florianópolis. Transporte de corpos para outros municípios, quando o falecimento ocorre em Florianópolis. [documento disponível impresso].

número de roubos, a falta de higiene no interior dos veículos^{229 230 231} e horários reduzidos.

Salienta-se que os serviços de telefonia, funerários e de transporte coletivo são considerados essenciais, conforme artigo 10 da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989²³², comumente usado para definição de serviços públicos essenciais, na falta de uma legislação específica, exigindo-se que o Poder Público edite legislação adequada para evitar a prática de atos atentatórios à dignidade das pessoas e fiscalize o seu cumprimento.

Outra questão relacionada à dignidade da pessoa humana e a defesa do consumidor no Superior Tribunal de Justiça foi a vinculação à concessão de danos morais em casos de produtos com vício (art. 18 do Código de Defesa do Consumidor) ao “sofrimento na esfera de sua dignidade”.²³³

Outrossim, qualquer prática atentatória aos direitos de personalidade²³⁴, como a honra e intimidade atingem também a dignidade da pessoa humana, destacando-se os seguintes exemplos: inclusão indevida do

²²⁹ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2006.000038-9**, 33ªPJ de Florianópolis. A falta de higiene em transporte coletivo municipal. [documento disponível impresso].

²³⁰ SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de São Paulo – CENACON. **Ficha n. 057/95**. “vício - qualidade - segurança - ônibus - frota em condições precárias - riscos aos consumidores - ação civil pública visando a que a empresa adote todas as providências com vistas a prestar aos consumidores serviços adequados”. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_servicos_essenciais/acpmp_se_transportes/95-057.h>. Acesso em: 14-10-2009.

²³¹ DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal. **Ação civil pública - inicial**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/acp_contra_rapido_marajo_e_transbrasiliana.pdf>. Acesso em: 14-10-2009.

²³² BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7783.htm>>. Acesso em: 11-12-2009.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 625.478**. 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do julgamento: 8-11-2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=625478&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009. Destaca-se do acórdão: “O simples transtorno ou aborrecimento, ausente situação que produza no consumidor abalo da honra ou sofrimento na esfera de sua dignidade, não autoriza a condenação por danos morais.”

²³⁴ Sobre o assunto vide Subitem 1.5, p. 58.

nome do consumidor em um arquivo de consumo, como o Serviço de Proteção ao Crédito ou o Serasa, agravado, mais recentemente, com o projeto de lei²³⁵ que autoriza a implantação do cadastro positivo, reunindo, basicamente, informações sobre as compras a crédito efetuadas pelos consumidores; cobrança de dívida de forma vexatória (artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor); exposição de cheques sem fundos em local visível ao público ou de nomes de consumidores inadimplentes; e negativa de concessão de crédito pelo fato de o consumidor não ter pais conhecidos²³⁶.

A dignidade também é atingida quando ocorrem danos à integridade física ou psíquica do consumidor em razão de acidente de consumo, denominados fatos do produto e do serviço, regulados pelos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, lembrando-se lição de Sarlet no sentido de não haver espaço para dignidade onde “não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral²³⁷ do ser humano”²³⁸.

²³⁵ BRASIL. Senado Federal. **PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 263 de 2004**. Acrescenta § 6º ao art. 43, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a formação do cadastro positivo nos Sistemas de Proteção ao Crédito. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70174>. Acesso em: 10-1-2010. Destacam-se três pontos fundamentais relacionados aos direitos de personalidade: 1 – necessidade de autorização prévia dos consumidores para a inclusão dos dados; 2 – comunicação aos consumidores sempre que ocorrer uma inclusão de dados; 3 – fixação de um limite temporal para que os dados sejam armazenados.

²³⁶ Vide nesse sentido Informativo do Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo, datado de 18-11-2009, noticiando sentença proferida pela Juíza Oriana Piske de Azevedo Magalhaes Pinto, do Poder Judiciário Estadual do Distrito Federal, condenando fornecedor a indenizar consumidor pelos danos morais provocados, destacando-se o seguinte trecho do *decisum*: “[...] Vale ressaltar que um dos princípios basilares consumeristas é o direito à dignidade do consumidor (art. 4º *caput*, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Tenho que a falha de serviço da empresa ré demonstrou uma atitude e um comportamento abusivo, exorbitante e preconceituoso que deve ser coibido a toda prova pelo Estado-Juiz. Estou convicta que o tratamento abusivo perpetrado pela empresa ré em detrimento da autora vulnerou agressivamente e lamentavelmente a direito de personalidade da autora. O desrespeito a um ser humano, como no caso a autora, em situação e circunstância como a ocorrida *in casu*, merece a análise cuidadosa da dimensão da personalidade que fora vulnerada e a justa reprimenda [...]”. Disponível em: < http://www.ibedec.org.br/not_inf_detalhe.asp?id=471>. Acesso em: 18-11-2009.

²³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2007.051691-3**, de Tubarão. 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Salete Silva Sommariva. Disponível em: < <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra/html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2007.051691-3&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAoRBAAP>>. Acesso em 20-12-2009. Destaca-se do acórdão: “1- O direito à incolumidade moral pertence à classe dos direitos absolutos,

Finalmente, ressalta-se que a dignidade da pessoa humana “é a base sobre a qual será construído o edifício marcado pela liberdade, justiça e solidariedade social”²³⁹, temas que serão analisados na sequência.

2.3.4 Construção de uma sociedade livre, justa e solidária

A construção de uma sociedade justa, livre e solidária é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme expressa previsão do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Para uma melhor abordagem do tema, far-se-á a divisão por tópicos.

2.3.4.1 Liberdade

Inicialmente, como introdução do tema, destaca-se importante lição de Norberto Bobbio sobre liberdade, traçando um paralelo com a igualdade²⁴⁰:

Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história. Ambos se enraízam na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos.

encontrando-se positivados pela conjugação de preceitos constitucionais elencados no rol dos direitos e garantias individuais da Carta da República (CF/88, art. 5º, V e X), erigidos, portanto, ao status cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º), merecendo ser devidamente tutelado nos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário. Assim, muito embora a insegurança tenha se tornado uma característica marcante nos grandes centros urbanos, mormente diante dos constantes roubos aos estabelecimentos bancários, fato que os leva ao implemento de modernas técnicas para zelar pela proteção do seu patrimônio, tais procedimentos deverão ser adotados dentro dos critérios da proporcionalidade, a fim de não expor o consumidor a situação vexatória. Nesse contexto, reputa-se abusiva a conduta praticada pela casa bancária quando, ao se deparar com cliente trajando botas que, embora aparentemente normais, causem o trancamento da porta giratória de acesso à agência, e condiciona a entrada do cliente à retirada dos calçados, vem a permanecer descalço na agência longo período, na presença de diversas pessoas.

²³⁸ Vide subitem 2.3.3.

²³⁹ SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. p. 46.

²⁴⁰ Sobre igualdade vide subitem 3.1.3.4.

Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade.²⁴¹

Ensina o Autor que “a sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado”. A igualdade está relacionada com “uma sociedade na qual todo homem é livre na medida em que obedece apenas a si mesmo e, pelo fato de que essa liberdade é desfrutada por todos, todos são iguais pelo menos enquanto são livres”.²⁴²

Ainda segundo Bobbio, “liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia”, destacando a definição de democracia

segundo a qual a democracia não é tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência. A maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles.²⁴³

A proteção do consumidor decorre diretamente dos valores democráticos, conforme ensinamento acima de Norberto Bobbio. Com efeito, a razão da necessidade de uma legislação consumerista protetiva é propiciar liberdade ao consumidor e uma maior igualdade, em uma relação de total desequilíbrio de forças entre consumidor, o fraco, o débil, e o fornecedor.

Somente a interferência do Estado Executivo, Estado Legislador e Estado Judiciário, pode diminuir tal desequilíbrio. A ausência do Estado em uma relação de natureza privada aprofundaria sobremaneira a falta da

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 7.

²⁴² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 8.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 8.

liberdade do consumidor e a desigualdade na relação. Felizmente o princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, fruto da Revolução Francesa e das ideias individualistas dos séculos XVIII e IX, já está ultrapassado.

Segundo Antonio Herman, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa, o princípio da liberdade do mais fraco (*favor libertatis*) é originário do direito penal e contém a “ideia de que a liberdade que deve ser preservada e protegida pelo direito é sempre a do mais fraco, a liberdade do outro, do alter, do parceiro mais fraco na relação de consumo”.²⁴⁴

Rizzato Nunes diz que o que mais interessa para o direito do consumidor, no que se refere à liberdade, seria a liberdade de o consumidor agir e escolher e de o fornecedor empreender.

A liberdade está inserida na Constituição logo no artigo 1º, inciso IV, no art. 3º, inciso I, no *caput* do art. 5º, em alguns dos seus incisos (liberdade de manifestação do pensamento – IV -, liberdade de consciência e de crença – VI -, liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação – IX, dentre outros).²⁴⁵

Encontra-se a liberdade, ainda, em outros dispositivos constitucionais, como no art. 170, onde é considerada um dos princípios da ordem econômica, ganhando, neste último, um contorno mais econômico.

Segundo Lafayette Josué Petter, o princípio da liberdade de iniciativa econômica representa o poder dos indivíduos desenvolverem uma atividade econômica. “É uma fonte axiológica de liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos”, podendo-se considerar um “atributo indispensável da pessoa humana em termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino.”

²⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 31.

²⁴⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. p. 26.

A origem do princípio relaciona-se com à evolução do direito de propriedade, todavia dele se distingue por motivos de natureza econômica, pois, com a intensificação do comércio, a atividade econômica foi destacada da propriedade, com a qual, inicialmente, era associada.²⁴⁶

Rizzato Nunes salienta que a Constituição brasileira enumera, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no inciso IV do artigo 1º, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A livre iniciativa, todavia, deve também cumprir sua função social, bastando, para tal conclusão, uma interpretação gramatical.

Com efeito, as proposições valores sociais do trabalho e livre iniciativa são ligadas pela conjuntiva “e”, concluindo-se, assim, que valores sociais são aplicados tanto ao trabalho com a livre iniciativa, devendo o referido inciso ser lido da seguinte forma: os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa.²⁴⁷

O art. 3º da Constituição Federal tem o seguinte enunciado:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.²⁴⁸

O fornecedor tem a liberdade de escolher o empreendimento que desejar, desde que, obviamente, compatível com a legislação, todavia assumirá, com ele, o risco do negócio.²⁴⁹

Assim, o fornecedor será responsável por qualquer prejuízo causado ao consumidor decorrente da atividade desenvolvida, como, por

²⁴⁶ PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. p.182-183.

²⁴⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. p. 6.

²⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12-12-2009.

²⁴⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. p. 27.

exemplo, aquele que explora um estacionamento tem o dever de zelar pela segurança do automóvel, não tendo qualquer eficácia as tradicionais placas comunicando a ausência de responsabilidade por furtos ou danos ocasionados aos veículos, conforme, aliás, expressa previsão do artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, que considera nula de pleno direito qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a responsabilidade do fornecedor.²⁵⁰

Salienta-se que o princípio prevalente no caso é o da defesa do consumidor diante do livre exercício da atividade profissional, e que a regra infraconstitucional destacada é considerada uma restrição indiretamente constitucional, pois autorizada pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme lições de Robert Alexy objeto do primeiro Capítulo.²⁵¹

Do mesmo modo, se o produtor permitir que cartelas de pílulas anticoncepcionais sem o respectivo princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, sejam introduzidas no mercado de consumo, provocando gravidez indesejada, terá que arcar com os prejuízos materiais e morais decorrentes do fato do produto²⁵², advindos da falha no dever de segurança (fundamento da responsabilidade civil nas relações de consumo) de guarda do produto, conforme caso ocorrido recentemente no Brasil que ficou conhecido como “o caso das pílulas de farinha”²⁵³, afinal, esse é um dos riscos de sua atividade, pois, além do bônus, assume o ônus do negócio escolhido.

²⁵⁰ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Procedimento Preparatório n. 06.2007.000213-9PJ**. 29ª Promotoria de Justiça - Florianópolis. Objeto: prática abusiva consistente na afixação de cartazes isentando de responsabilidade em caso de dano ou furto nos veículos sob a sua guarda. [documento disponível impresso].

²⁵¹ Vide subitem 1.4.3.

²⁵² Dano a integridade física ou psíquica do consumidor ocasionado por um acidente de consumo.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.096.325/SP**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 9-12-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1096325&b=ACOR>. Acesso em: 3-11-2009. Destaca-se da ementa: “Civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Anticoncepcional Microvilar. Acontecimentos que se notabilizaram como o ‘caso das pílulas de farinha’. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada.

Outro exemplo de limitação do exercício da atividade profissional por decorrência da própria legislação seria a obrigação de observar o princípio da informação ao produzir ou comercializar seus produtos, conforme exigência dos artigos 6º, III, e 30, do Código de Defesa do Consumidor, destacando-se, em tal sentido, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto a liberdade de escolha da marca do produto ou serviço, deixando assentado que “a proteção da marca tem um duplo objetivo. Por um lado, garante o interesse de seu titular. Por outro, protege o consumidor, que não pode ser enganado quanto ao produto que compra ou ao serviço que lhe é prestado.”²⁵⁴

Uma outra forma de limitação da liberdade do fornecedor é exemplificado por Robert Alexy, que, ao discorrer sobre liberdade, refere-se à liberdade de dois comerciantes para conquistar o comprador, admitindo-se que um frustre as expectativas do outro por meio de melhores ofertas. Todavia, os comerciantes não estão desprotegidos no exercício de suas liberdades, pois um não pode matar ou ferir o outro para atrapalhar suas ações, ou, ainda, “praticar atos de concorrência desleal” (como o *dumping*, por exemplo). A referida limitação da liberdade é conhecida, segundo Hart, como perímetro protetor da liberdade, diferenciando-se da proteção de igual conteúdo, que significaria, no caso, o comerciante ter direito que o outro não atrapalhasse na conquista do comprador, salientando que a proteção da liberdade apenas por um perímetro protetor é uma proteção indireta.²⁵⁵

Como último aspecto a ser destacado quanto ao princípio da liberdade de exercício da atividade profissional para o fornecedor, registre-se sua obrigação em tratar todos os consumidores igualmente, o que configura uma ausência de liberdade para tratamento diferenciado a consumidores, salvo quando presentes razões que justifiquem a não aplicação de referida regra,

Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Danos morais. Ocorrência. Valor que não pode ser considerado excessivo[...].”

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 989.105/PR**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 28-09-2009. Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2007/0221297-6&dt_publicacao=28/09/2009> Acesso em: 30-11-2009.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 233.

implicando, na verdade, uma interferência em sua autonomia privada, conforme já mencionado no primeiro Capítulo²⁵⁶ e será analisado mais detalhadamente no terceiro Capítulo.²⁵⁷

Para o consumidor, liberdade significa adquirir apenas e tão somente o que tem desejo e condições econômicas, cabendo ao Estado intervir para garantir a referida liberdade e para regular bens essenciais que os consumidores não podem adquirir por falta de capacidade de escolha, como garantia da dignidade humana. Nesses casos, compete ao Estado atuar, controlando a distribuição e os preços de produtos essenciais, garantindo o acesso a serviços como de saúde, além de ter a obrigação de garantir esses direitos a todos.²⁵⁸

A liberdade de escolha é reconhecida como um direito básico do consumidor, conforme previsão do artigo 6º, inciso II, que proclama:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

Registre-se, todavia, que a liberdade do consumidor é limitada, pois quem decide o que produzir é o fornecedor, sempre, naturalmente, tendo em vista o lucro advindo de sua atividade.

A liberdade, na linguagem política, segundo Norberto Bobbio, pode ser positiva ou negativa. A primeira (liberdade positiva) está relacionada com a possibilidade de o indivíduo tomar decisões sem que tenham sido determinadas por outras pessoas. Também é conhecida como autodeterminação ou de autonomia. A segunda (liberdade negativa) está

²⁵⁶ Vide subitem 1.4.3.

²⁵⁷ Vide subitem 3.1.3.4.1.

²⁵⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. p. 27-28.

relacionada com a possibilidade de a pessoa fazer (ou não fazer) tudo aquilo que as leis permitem e não proíbem, possibilitando, inclusive, não fazer.²⁵⁹

Melhor esclarecendo, Bobbio pontifica:

A liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma determinada ação minha não é obstaculizada e, portanto, posso realizá-la; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que meu querer é livre, ou seja, não é determinado pelo querer de outro, ou, de modo mais geral, por forças estranhas ao meu próprio querer.²⁶⁰

Além da liberdade positiva de o consumidor sofrer limitação pelo simples fato da decisão do que produzir ser do fornecedor, outros fatos contribuem para aumentar tal limitação, exigindo do Estado atuação efetiva para restabelecer integralmente a liberdade atingida ou para pelo menos minimizar o prejuízo.

Com efeito, interfere também na liberdade positiva a massiva publicidade a que o consumidor é exposto, muitas vezes dirigida a um grupo hipossuficiente, como as crianças, com envolvimento de profissionais de diversas áreas na sua criação, como psicólogos, sociólogos etc., provocando necessidades para aquisição de determinados bens ou contratação de serviços completamente dispensáveis, salientando-se que, muitas vezes, o sentimento de necessidade ocorre inconscientemente.

As informações constantes nos rótulos das embalagens é outro fator de comprometimento na liberdade de escolha do consumidor, pois, muitas vezes, induzem o consumidor em erro, como, por exemplo, dando conta

²⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 48-51.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 52-53.

que a água mineral é um produto *diet*, como se fosse possível produzir água sem tal característica.²⁶¹

A falta de informação, da mesma, forma, compromete a liberdade de escolha do consumidor, destacando-se que muito dificilmente - para não dizer jamais - encontra-se no mercado de consumo produto com utilização de componente de soja com a informação no rótulo da presença de organismo geneticamente modificado (OGM) em sua composição, ou seja, de que o produto é transgênico, violando as regras dos artigos 6º, III, e 31, ambos do Código de Defesa do Consumidor, do Decreto Federal n. 4.680/2003²⁶², e, em Santa Catarina, da Lei Estadual n. 12.128/2002.²⁶³

Destaca-se que o Decreto Federal acima mencionado exige a informação da presença de organismo geneticamente modificado apenas quando o percentual ultrapassar 1% de sua composição. Ocorre que tal condicionante viola os princípios constitucionais da liberdade e da defesa do consumidor, além de princípios e regras do próprio Código de Defesa do Consumidor, não merecendo assim, nesse particular, ser aplicado pelos operadores de Direito. Salienta-se, inclusive, o ajuizamento de ações civis

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 447.303/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 2-10-2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=r%F3tulo+%E1gua+mineral&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009. A ementa tem o seguinte teor: “Administrativo. Código de águas. Normas básicas de alimentos. Slogan publicitário apostado em rótulo de água mineral. Expressão ‘diet por natureza’. Indução do consumidor a erro.”

²⁶² BRASIL. **Decreto-Lei n.4.680, de 24 de abril de 2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm> Acesso em: 30-11-2009.

²⁶³ SANTA CATARINA. **Lei n. 12.128**, de 12 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o plantio, cultivo, pesquisa, indústria e comércio de organismos geneticamente modificados no Estado de Santa Catarina, cria o Conselho Técnico Catarinense de Biossegurança - CTCBio - e adota outras providências. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2002/12128_2002_leis.doc> Acesso em: 30-11-2009.

públicas relacionados ao assunto pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis^{264 265}.

Conforme visto no Capítulo primeiro²⁶⁶, quando o caso concreto for tratado por uma regra de ação, basta o intérprete avaliar se a hipótese se subsume ao caso geral tratado pela regra. Como os artigos 6º e 31 do Código de Defesa do Consumidor exigem a informação quanto à composição do produto, à outra conclusão não se poderia chegar senão aquela de que é obrigação do fornecedor informar a presença de organismo geneticamente modificado independentemente do percentual, notadamente tendo em vista a conhecida polêmica quanto a eventuais prejuízos à saúde do consumidor e ao meio ambiente provocado pela utilização de tais produtos.

Nesse sentido, aliás, o entendimento de Cláudia Lima Marques, salientando a Autora caber à ciência e ao Estado definir qual a porcentagem de transgênia pode ocasionar algum prejuízo à saúde, todavia “esta discussão não afeta, nem diminui o direito do consumidor de escolher livremente (e receber informação na embalagem sobre o tema) não dar a seu filho, por exemplo, produto geneticamente modificado.”²⁶⁷

Assim, a Lei Estadual catarinense n. 12.128/2002, editada em conformidade com o art. 24, V, da Constituição Federal, e com o Código de Defesa do Consumidor, exigindo a informação de produto com organismo geneticamente modificado independentemente do percentual, merecendo ser

²⁶⁴ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.03.367967-6.** Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.03.367967-6&cdForo=23>>. Acesso em: 2-12-2009. Salienta-se que a liminar foi concedida, entendendo o magistrado catarinense Luiz Antônio Zanini Forneroli que a prática era ilegal. Até 19-11-2009 ainda não havia sido proferida a respectiva sentença.

²⁶⁵ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.03.367971-4.** Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do;jsessionid=8564687D772E56862CFF22717223F0C4>> Acesso em: 2-12-2009. Salienta-se que a liminar foi concedida, entendendo o magistrado catarinense Luiz Antônio Zanini Forneroli que a prática era ilegal. Até 19-11-2009 ainda não havia sido proferida a respectiva sentença.

²⁶⁶ Vide subitem 1.5.1.

²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 650-651.

inteiramente observada pelos fornecedores e fiscalizada pelo poder público (vigilância sanitária, Procons, Ministério Público, Judiciário etc.).²⁶⁸

Outro exemplo de cerceamento da liberdade positiva do consumidor é a prática recorrente no mercado de consumo de alteração da quantidade dos produtos (papel higiênico, achocolatados, absorventes, sabão em pó, bolachas etc.) sem informar adequadamente o consumidor, implicando um aumento disfarçado de preço, pois é cobrado o mesmo valor com diminuição da quantidade (peso, tamanho, medida). Tal prática abusiva é conhecida como “maquiagem”, gerando, por consequência, “produtos maquiados”, forçando, inclusive, a edição da Portaria 81/02²⁶⁹, proibindo expressamente tal abusividade, apesar da sua vedação ser consequência lógica do princípio constitucional da liberdade, reconhecido, aliás, como um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, II, CDC).

A venda casada é outra prática que viola o princípio da liberdade de escolha, sendo proibida pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor e considerada, inclusive, um crime previsto no artigo 5º, XXXII, da Lei n. 8.137/90. Com efeito, o consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto ou contratar um serviço de um determinado fornecedor se não deseja, apenas para poder adquirir ou contratar outro, desde que normalmente vendidos separadamente, pois, exercendo sua liberdade de escolha, tem desejo apenas na aquisição de um deles (seguro e financiamento habitacional²⁷⁰, ingresso de cinema e alimentos²⁷¹).

²⁶⁸ “O direito de escolha do consumidor impõe a rotulagem de produtos, independente do percentual de 1% de transgênicos no produto.” Uma das Conclusões do V Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor. Agosto/2005. Natal/RN. Disponível em: <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=991> Acesso em: 11-12-2009.

²⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 81, de 23 de janeiro de 2002.** Estabelece regra para a informação aos consumidores sobre mudança de quantidade de produto comercializado na embalagem. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}>>. Acesso em: 12-1-2010.

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 804.202/MG.** 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 10-8-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=804202&b=ACOR>. Acesso em: 5-12-2009. Destaca-se a ementa: “SFH. Seguro habitacional.

A liberdade de escolha, por outro lado, é um dos fundamentos, para configurar um serviço público como objeto de relação de consumo. Com efeito, são considerados serviços públicos objeto de relação de consumo aqueles prestados à individualidade das pessoas, pagos mediante tarifa, porquanto sua prestação está condicionada ao pagamento do respectivo pagamento, tais como: os serviços de transporte coletivo, telecomunicações, energia, água etc.

Já os serviços públicos prestados em razão do pagamento de impostos em geral não são considerados objeto de relação de consumo, pois o Estado os presta em razão de uma obrigação de natureza constitucional. Com tal característica, por exemplo, os serviços prestados à universalidade das pessoas e pagos, indiretamente, por impostos, como saúde, educação e segurança pública. Verifica-se que mesmo aquele que não pagou o tributo será beneficiado com todos os serviços, não se podendo falar, assim, de o imposto corresponder a uma contraprestação direta ao serviço.²⁷²

Contratação frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Desnecessidade. Inexistência de previsão legal. Venda casada. - A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. - Além de inexistir previsão legal a justificar essa vinculação, tal procedimento caracteriza a denominada 'venda casada', expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC. Recurso especial não conhecido."

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 744.602/RJ**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 1-3-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=venda+casada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 5-12-2009. Destaca-se da ementa: "1. A intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII). 2. Nesse contexto, consagrou-se ao consumidor no seu ordenamento primeiro a saber: o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, dentre os seus direitos básicos "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações" (art. 6º, II, do CDC). 3. A denominada 'venda casada', sob esse enfoque, tem como ratio essendi da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e preços competitivos [...]"

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 525.500**. 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmom. Data do julgamento: 16-12-2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=525500&b=ACOR>. Acesso em: 5-12-2009. Ementa: "1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso,

Os serviços públicos prestados à singularidade das pessoas pagos por intermédio de taxa também não são considerados como objeto de relação de consumo, pois, embora também exijam o respectivo pagamento, serão prestados independentemente dele.²⁷³

Na verdade, o interesse na prestação de referidos serviços é de toda a coletividade. Enquadram-se em tais hipóteses o recolhimento de lixo²⁷⁴ e de esgoto. Falta, aqui, a liberdade de escolha. O serviço será prestado independentemente da vontade do beneficiário, gerando uma cobrança judicial, por intermédio de inscrição em dívida ativa e execução fiscal, no caso de ausência de pagamento.

têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial provido.

²⁷³ Neste sentido a Súmula de Estudos n. 6, do Centro de Apoio às Promotorias do Consumidor do Ministério Público de São Paulo: "São objeto de tutela pelo Código de Defesa do Consumidor, e de atribuição das promotorias de justiça do consumidor, os serviços públicos prestados "uti singuli" e mediante tarifa ou preço público, quer pelo poder público diretamente, quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para os efeitos do seu art. 22. não o são, porém os serviços públicos prestados "uti universi" como decorrência da atividade precípua do poder público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. nesse caso, tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão." In FILOMENO, José Geraldo Brito. **Promotorias de Justiça do Consumidor**: atuação prática. Colaboração: Dora Bussab Castelo e Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997. p. 67-69.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. n. 302.647/SP**. 2ª T. Relator: Min. Franciulli Netto. Data do julgamento : 15-4-2003. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=taxa+lixo+rela%E7%E3o+consumo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5-12-2009. Destaca-se do acórdão: "Processo civil – Ação civil pública – Apontada ofensa aos artigos 458, II, e 535, I e II, do CPC - Não ocorrência - Pedido de suspensão de exigência das taxas de iluminação pública, **remoção de lixo**, conservação de vias, expediente e conservação de estradas [...].O contribuinte "não é consumidor, no sentido da lei, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervém em qualquer relação de consumo" (Resp n. 57.645/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 19.06.95)." (destaque que não está no original).

2.3.4.2 Justiça

Conforme ensinamentos de Aristóteles, “Toda cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem (pois os homens sempre agem visando a algo que consideram ser um bem)”.²⁷⁵

O nascimento das cidades (polis) decorre da união de várias aldeias, formando uma completa comunidade. Originalmente, decorre do anseio de atender às necessidades da vida. Na sequência, todavia, o fim da cidade seria “buscar viver bem”.²⁷⁶

Para se viver bem é imprescindível a justiça, que, para Aristóteles, “é o liame entre os homens e as Cidades, pois a administração da justiça, a qual é a determinação do que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política.”

Segundo Nicolla Abbagnano, podem ser extraídos dois significados principais de justiça, quais sejam: 1 - a conformidade da conduta humana a uma norma²⁷⁷; e 2 – a eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas), compreendendo-se por eficiência determinada capacidade de possibilitar as relações entre os homens. No primeiro sentido, é julgado o comportamento humano ou a pessoa. No segundo, julgam-se as normas que regulam o comportamento.

No primeiro significado, a polêmica filosófica, política e jurídica limita-se à natureza da norma aplicável ao caso concreto, podendo ser a norma natural, divina e positiva.

No segundo significado, que mais nos interessa, justiça não tem relação com o comportamento ou com a pessoa, mas com a norma,

²⁷⁵ ARISTÓTELES. **Política**. p. 53.

²⁷⁶ ARISTÓTELES. **Política**. p. 56.

²⁷⁷ Norberto Bobbio também destaca como um dos significados clássicos de justiça, que remonta a Aristóteles, a sua identificação com legalidade, afirmando: “pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais), justo o homem que observa habitualmente as leis, e justas as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as leis naturais ou divinas [...]”. In BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 14.

expressando sua eficiência, “sua capacidade de possibilitar as relações humanas”. Nesse caso, as diferentes teorias de justiça relacionam-se com os “diferentes conceitos do fim em relação ao qual se pretende medir a eficiência da norma como regra para o comportamento intersubjetivo.”²⁷⁸

Salienta Abbagnano, todavia, que, com maior frequência, filósofos e juristas não analisaram a justiça das leis tendo como referência a sua eficiência geral em relação às possibilidades das relações humanas, mas tendo em vista a sua eficiência em garantir um objetivo considerado fundamental, “ou seja, como valor absoluto”. Os fins a que se recorreu com mais intensidade foram: felicidade; utilidade; liberdade; e paz.²⁷⁹

Para Abbagnano, apenas dois critérios devem ser considerados como fundamento para avaliar a justiça da norma, porquanto apenas eles valem não como fins, absolutos ou relativos, mas como condições de validade da norma. O primeiro seria a igualdade como reciprocidade, significando que “cada um deve esperar dos outros tanto quanto os outros esperam dele.” O segundo seria a autocorrigibilidade, considerando-se que uma ordenação apenas pode ser eficiente se organizada com instrumentos que possibilitem sua eventual autocorreção.

Discorrendo sobre o tema justiça, na visão de John Rawls (*Teory of justice* – 1971), que leva em consideração a visão Marxista da justiça social, além das doutrinas tradicionais, Abbagnano destaca dois princípios de justiça citados pelo referido Autor.

Primeiro: toda pessoa tem igual direito à mais ampla liberdade fundamental de modo compatível com liberdade semelhante para os outros. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas precisam ser combinadas de tal modo que: a) sejam razoavelmente previstas para proveito de todos; b) estejam ligadas a cargos e posições abertos a todos (*ibid*, p. 66).”

²⁷⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, Rev. da trad. e trad. dos novos textos Ivone Castillo Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 682-683.

²⁷⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 684.

A liberdade mencionada no primeiro princípio é inviolável e prioritária, não sendo admissível um aumento de um bem-estar econômico se implicar uma diminuição da liberdade, admitindo-se tal situação apenas com o correlativo aumento da liberdade de todos.

Por outro lado, as desigualdades referidas no segundo princípio (sociais e econômicas) são admitidas apenas com a condição de favorecer a todos, muito especialmente, os menos favorecidos.²⁸⁰

É acrescentado por Rawls, ainda, a intervenção de mais dois critérios para evitar a injustiça de inspiração solidarista. O primeiro é conhecido como princípio da reparação, significando a obrigação de reparar as desvantagens naturais ou sociais dos grupos menos favorecidos. O segundo seria o princípio da diferença, consistente em “não desejar maiores vantagens para os mais favorecidos, a menos que sirva de benefício aos que vivem menos bem”.²⁸¹

Norberto Bobbio, além da identificação de justiça com a legalidade²⁸², também destaca como um dos significados clássicos de justiça sua identificação com igualdade, “pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade”.²⁸³

Afirma o Autor que a igualdade e a legalidade são “condições para a instituição e conservação da ordem ou da harmonia do todo, que é – para que se coloca do ponto de vista da totalidade e não das partes - o sumo do bem”, concluindo que a legalidade e a igualdade são “necessárias para realizar a justiça, mas somente em conjunto é que são também suficientes.”²⁸⁴

²⁸⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 685.

²⁸¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 686.

²⁸² Vide nota de rodapé n. 277.

²⁸³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 14.

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 14.

A igualdade, ainda segundo lição de Norberto Bobbio, relaciona-se com a seguinte “regra de justiça”: dever de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.²⁸⁵

As normas de proteção do consumidor estão em consonância com os princípios de justiça. Com efeito, além de estarem em conformidade com uma lei superior (CF/88, arts. 5º, XXXII, 170, V, e 48 do ADCT), identificam-se com a busca da igualdade, pois, tratando desigualmente os desiguais, objetivam diminuir a desigualdade fática, jurídica e econômica existente entre o fornecedor e consumidor, conferindo, com isso, maior liberdade ao consumidor, premissas fundamentais para que a norma possa ser considerada justa, conforme lições de Abbagnano e Norberto Bobbio anteriormente referidas.

Para contrastar com a força do fornecedor, o legislador constituinte exigiu um tratamento protetivo ao consumidor, para evitar um aumento do seu bem-estar econômico em prejuízo daquele grupo menos favorecido. No dizer de Rawls, citado por Abbagnano, seria uma intervenção de caráter solidarista, exatamente para evitar a injustiça.

Destaca-se, ainda, que a equidade, como “apelo à justiça com o objetivo de corrigir a lei em que a justiça se expressa”, conforme ensinamentos de Aristóteles destacados por Abbagnano²⁸⁶, é expressamente prevista em dois dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor: 1º - no artigo 7º²⁸⁷, reconhecendo que os direitos dela derivados não são excluídos pelos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor; e 2º - no artigo 51, IV, considerando como nulas as cláusulas contratuais que sejam com ela

²⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. p. 20.

²⁸⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p 396.

²⁸⁷ CDC - Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

incompatíveis²⁸⁸, não havendo, assim, qualquer dúvida que a justiça é a fonte inspiradora e fundamento das normas protetivas do consumidor.

O ideal de justiça presente no texto constitucional será concretizado pelo Estado Executivo, Legislativo e Judiciário, destacando-se, conforme ensinamento de Osvaldo do Ferreira de Melo, não haver antagonismo entre Política e Direito e que ambos sofrem influências recíprocas um do outro, equivocando-se os políticos profissionais ao considerarem o jurista “apenas como um técnico de prontidão que possa ser chamado para dar forma e legitimação ‘*a posteriori*’ à política improvisada.”

A Política Jurídica tem como objetivo aproximar as duas áreas, com o escopo de uma produção e aplicação legislativa em conformidade com os princípios da justiça e da ética.²⁸⁹

Alguns dogmas, já vistos no primeiro Capítulo, dificultavam a concretização da justiça pelo operador do direito, fazendo prevalecer o aspecto formal ao material da norma. Um deles era a concepção de que o princípio era diferente de norma, felizmente já superado. Outro é o entendimento de que o Poder Judiciário não pode produzir o direito, pois tarefa típica do Poder Legislativo.

Ainda segundo Osvaldo Ferreira de Melo, a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu justificou-se quando o rei detinha o poder de forma absoluta, fazendo, interpretando e aplicando as leis. Na vida contemporânea, os três Poderes exercem as três funções. Pode-se falar em predominância de funções, mas não de exclusividade, conforme lição abaixo:

Não obstante, predomina nos tribunais um tal apego à formalística que não se pode esperar, nessa situação, um trabalho construtivo do Direito que acompanhe as mudanças

²⁸⁸ CDC - 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;

²⁸⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 21.

atitudinais e os clamores sociais [...] Levamos séculos para fazer evoluir a técnica da interpretação do primitivismo escolástico-substântivo e outros, embora, pelos textos legais, o magistrado fique impedido de formular a norma apenas pode interpretá-la. As doutrinas vigentes de interpretação e aplicação do Direito fazem essa prática excessivamente prudente. Por um lado o cuidado de não ferir o princípio da separação dos poderes e por outro o apego aos postulados dogmáticos, com a pretensão de desvendar, com métodos da lógica, a vontade e a intenção do legislador. Não levam na devida conta os valores da sociedade e não raro promovem uma jurisprudência meramente conceitual.²⁹⁰

Como diz Osvaldo Melo, não se pode mais admitir que a norma do Direito esteja dissociada da norma de justiça, conforme pregava Hans Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito. A norma deve conter um grau de eticidade que propicie uma vivência mais sadia entre as pessoas. Deve ter a função positiva de criar facilidades para as relações humanas, tais pressupostos darão validade material à norma, em razão do conteúdo, da matéria.

Uma norma, mesmo emanando do poder competente e não colidindo com norma superior, pode ser questionada, por estar desvinculada dos princípios de justiça. Não há mais norma com valor absoluto, pois entender o contrário é considerar como válidas as normas alemãs, inclusive de natureza constitucional, que autorizaram o genocídio aos judeus durante a 2ª guerra mundial, apesar da manifesta ausência de requisito material válido, pois destituídas dos mais basilares princípios morais e éticos.²⁹¹

Miguel Reale ensina que, no século passado, predominava a idéia do direito “com base na certeza objetiva da lei” em razão da estrutura jurídica do Estado de Direito ser modelado “sob o influxo do individualismo liberal dominante na cultura burguesa, cujos valores se impunha como expressão natural de toda uma época histórica”. As Constituições vigentes à época nos países de maior peso cultural da Europa e da América, assim como os códigos e sistemas

²⁹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. p. 77.

²⁹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Aula proferida no curso de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CCPJ..** Itajaí:Universidade do Vale do Itajaí. Informação verbal. 25-9-2008.

jurídicos privados, “fundados nos princípios da liberdade política e da autonomia da vontade, pareciam ser a imagem fiel da realidade social a que se destinavam”, embora os motivos que iriam provocar o “ciclo de crises de estruturas em que ainda se debatem tanto o Direito como o Estado” já estivessem sendo fermentados.²⁹²

Como os juristas tinham a “convicção de uma correspondência essencial entre a realidade sócio-econômica e os modelos jurídicos consagrados nas leis,” a consequência natural era que “o problema de validade fosse posto em termos de validade formal ou de vigência, desdobrando-se no estudo dos requisitos da obrigatoriedade dos preceitos”, tendo em vista as seguintes situações (algumas já destacadas anteriormente):

[...] O culto à lei, com o ciumento apego à independência das funções legislativas e ao princípio da separação dos poderes; a redução do ato interpretativo à mera explicitação do significado imanente ao ato legislativo; a subordinação do juiz à suposta intenção do legislador²⁹³; a atenção dedicada ao rigor formal dos textos, aliando-se a prudência do jurista à arte dos filólogos, tudo revelava o status de uma sociedade convicta da eficácia e da justiça de suas opções normativas.²⁹⁴

Arremata Reale ensinando que, mesmo antes de ocorrer a “ruptura das vigas mestras do Estado de Direito de tipo individualista, para a laboriosa modelagem de um Estado de Direito fundado na justiça social”, os juristas, os filósofos e os sociólogos, perceberam a necessidade de “abandonar soluções estereotipadas, incompatíveis com uma sociedade que parecia disposta a correr o risco, ainda não superado, de comprometer a liberdade individual em prol dos valores da igualdade”²⁹⁵, que, aliás, corresponde exatamente aos objetivos perseguidos pela legislação que protege o consumidor.

²⁹² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. p. 16.

²⁹³ Neste sentido a doutrina de Emilio Betti objeto do subitem 1.1.

²⁹⁴ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. p. 16

²⁹⁵ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. p. 17.

O direito vigente deve ser analisado com espírito crítico, cotejando-se os princípios, as normas e os enunciados com critérios racionais de justiça, utilidade e legitimidade, deixando-se de agir apenas como a “boca da lei”, conforme pregava Montesquieu.

2.3.4.3 Solidariedade

Solidariedade significa, na linguagem comum e filosófica, segundo o dicionário de Nicola Abbagnano:

1º inter-relação ou interdependência; 2º assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo (p. ex: S. familiar, S. humano etc.). Neste sentido, fala-se de solidarismo para indicar a doutrina moral e jurídica fundamentada na S (Cf. L. Borugeois, *La solidarité*, 1897).²⁹⁶

Cláudia Lima Marques, baseada em lições de autores alemães, ensina que solidariedade é “vínculo recíproco em um grupo”; “é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes”.

Já no sentido moral, a mesma Autora salienta que seria a relação de responsabilidade, de apoio, de adesão a um objetivo, a um plano ou a um interesse compartilhado. Hoje, a solidariedade e a concretização dos direitos humanos é a grande “metanarrativa do Direito Civil moderno. Anteriormente, era a fraternidade.”²⁹⁷

O sistema social, no dizer de Rizzato Nunes, é formado por pessoas, que, em razão da solidariedade, têm um dever ético imposto a todos os membros da sociedade, de assistência entre seus integrantes, porquanto ocupam um único todo social²⁹⁸.

²⁹⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 1086.

²⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *In* SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 186.

²⁹⁸ NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30.

Conforme lição de Antonio Hermann Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, a Constituição Federal de 1988 “é o centro irradiador e o marco da reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um **direito privado solidário**” (destaque que não está no original). O texto constitucional “seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor”.²⁹⁹

Assim, o respeito aos valores constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade é de todos, refletidos, genericamente, no dever de solidariedade entre os integrantes do sistema social.

Nas relações de consumo, por envolver desiguais, a solidariedade é fundamental para atingir a igualdade real ou, pelo menos, diminuir o grande fosso que separa o fornecedor do consumidor, destacando-se o princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como consequência natural do princípio constitucional da solidariedade, bastando para chegar a tal conclusão a compreensão de referido princípio, conforme lições de Cláudia Lima Marques:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.³⁰⁰

Quando a relação de consumo envolve consumidores hipossuficientes, ou seja, aqueles cuja vulnerabilidade é exacerbada por sua condição pessoal, como as crianças, os idosos, os analfabetos, os pobres, os

²⁹⁹ BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcello; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2008, p 27.

³⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 180-181.

doentes, os superendividados³⁰¹ etc., a necessidade da solidariedade é mais intensa, diante da maior fragilidade de referido grupo, o que, infelizmente, não é observado muitas vezes, bastando destacar os recorrentes problemas envolvendo os idosos nos planos de saúde, nos planos de assistência funeral, merecendo do Estado ações afirmativas^{302 303} para assegurar os seus direitos.

Os contratos de seguro de vida também são outro exemplo da absoluta falta de solidariedade dos fornecedores, porquanto, quando o consumidor completa 60 anos de idade, após anos de vínculo contratual com a mesma seguradora, exigem um aumento significativo no valor da mensalidade para continuar prestando a assistência contratada, sob pena de rescisão contratual, violando com tal ação os mais elementares princípios da solidariedade e do Código de Defesa do Consumidor.³⁰⁴

Simone Hegele Bolson enquadra os direitos do consumidor como direitos humanos de terceira geração, pois, embora direitos sociais, próprios do Estado social, estão além da classificação dos direitos de segunda geração, exatamente em razão “do caráter de solidariedade que apresentam, são, portanto,

³⁰¹ Ver. SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. In **Revista de Direito do Consumidor**, n. 71. São Paulo: RT, jul-set. 2009. p. 9-31.

³⁰² FLORIANÓPOLIS. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.07.092791-2**, movida pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis, cujo objeto é a rescisão contratual de contrato de seguro de vida em razão da idade do segurado. . Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.07.092791-2+&cdForo=23>>. Acesso em: 5-12-2009.

³⁰³ FLORIANÓPOLIS. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.07.092750-5**, movida pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis, cujo objeto é a rescisão contratual de contrato de seguro de vida em razão da idade do segurado. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.07.092750-5&cdForo=23>>. Acesso em: 5-12-2009.

³⁰⁴ Ver. MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In SARLET, Ingo Wolfgang. Organizador. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. p. 185-222.

direitos de solidariedade, pelos quais ricos e pobres se igualam, tão-somente interessando a vulnerabilidade incindível no caso concreto”.³⁰⁵

Vieira Liszt salienta que a solidariedade é um princípio do comunitarismo, em contraposição ao liberalismo, priorizando a comunidade, sociedade ou nação, o senso de um fim comum como fundamento da coesão social. Na ótica comunitarista, a sociedade é sustentada pela ação e pelo apoio dos grupos, contrariando as decisões individuais na perspectiva liberal. O principal objetivo do comunitarismo é a construção de uma comunidade que tem como fundamento valores centrais, tais como: “identidade comum, solidariedade, participação e integração”.

A decadência da solidariedade entre os indivíduos e a falta de visão de destino uniforme das pessoas são apontadas como causas dos grandes males da modernidade. Os ideais comunitaristas são baseados na visão de cidadania da pólis grega e no republicanismo cívico, inspirados em Aristóteles, afirmando-se no Ocidente a partir do Renascimento.³⁰⁶

Ao finalizar este tópico, destaca-se que a solidariedade, assim como a igualdade e justiça, são princípios do Estado social, conforme visto no Capítulo 1, subitem 1.2 e subitem 2.3.1 do presente Capítulo.

2.3.5 Princípio da sustentabilidade: noções preliminares

Conforme ensinamentos de Juan Rosa Moreno, em 1966, alguns economistas passaram a preocupar-se com a limitação dos recursos naturais, eclodindo, na década de 70, a economia ecológica, com severas críticas à economia do crescimento, até que as conclusões da Conferência de Estocolmo e do Clube de Roma destacaram o fim da utopia do crescimento ilimitado. Apesar de tais conclusões, a economia da década de 80 não sofre qualquer reorientação. Já, na década de 90, a partir da Conferência do Rio, a política ecológica ganha

³⁰⁵ BOLSON, Simon Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**: São Paulo: RT. Vol. n. 46, abr-jun 2003. p. 267.

³⁰⁶ LISZT, Vieira. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. p. 39-40.

força em razão da demanda social, baseada em postulados econômicos sustentáveis, o que perdura até os dias de hoje.³⁰⁷

Da política ecológica evoluiu-se para o princípio da sustentabilidade, que, segundo lições do Professor Gabriel Real Ferrer³⁰⁸, relaciona-se com a proteção ambiental (defesa do entorno), com aspectos sociais (inclusão social) e com aspectos econômicos (crescimento e distribuição de renda), tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações.

Em outras palavras, o princípio da sustentabilidade significa “assegurar a satisfação das necessidades das atuais gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades”³⁰⁹, ou, ainda, “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas eqüitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”³¹⁰.

O princípio da sustentabilidade relaciona-se, diretamente, com o princípio do Estado Social, que pede ações estatais para a realização do programa social contido na Constituição Federal, como o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada, ao direito de habitação, à proteção das gerações futuras e às bases da vida naturais, denominados de direitos fundamentais sociais, exigindo ações ativas do Estado para sua efetivação e implicando, algumas vezes, restrições ao direito de liberdade de outros, conforme lição de Konrad Hesse analisando o texto constitucional germânico, todavia, com inteira

³⁰⁷ MORENO, Ruan Rosa. El derecho ambiental em Latino América. In FERRER, Gabriel Real (Coord.). *Intragración económica y medio ambiente en América Latina*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000. p. 16-17.

³⁰⁸ Ferrer, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27-4-2009.

³⁰⁹ Ferrer, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27-4-2009.

³¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 3. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: < <http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaizde/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz> >. Acesso em: 11-12-2009

aplicação aqui, destacando-se o seguinte trecho que trata da proteção ao meio ambiente:

[...] Na Lei Fundamental foi, pela 42ª Lei Modificadora, inserida somente a proteção ao meio ambiente como nova determinação estatal. Segundo o artigo 20ª, protege o Estado, também, em responsabilidade pelas gerações futuras, as bases da vida naturais no quadro da ordem constitucional pela legislação e, conforme a lei e direito, pelo poder executivo e poder judiciário.

³¹¹

Destaca-se, abaixo, o significado dos vocábulos “sustentável” e “sustentabilidade” proposto por Edis Milaré:

SUSTENTÁVEL – Termo aplicado às economias e ao desenvolvimento. Implica que o ‘capital’ do sistema se mantenha e que as sociedades vivam dos ‘rendimentos’. Em termos ecológicos, requer estabilidade ao longo dos tempos e uma ausência de degradação ambiental que, de algum modo, podem ser avaliadas [...] SUSTENTABILIDADE – Qualidade, característica ou requisito do que é sustentável. Num processo ou num sistema, a sustentabilidade pressupõe o equilíbrio entre ‘entradas’ e ‘saídas’, de modo que uma dada realidade possa manter-se continuamente com suas características essenciais [...].³¹²

Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanziola Vieira³¹³, invocando lição de Monédiaire, destacam a importância de o desenvolvimento sustentável ser reconhecido como um princípio jurídico autônomo, apesar de seu reconhecimento em vários âmbitos do Direito, notadamente o Direito Internacional, exigindo-se, a partir da consagração desses novos princípios e valores, uma “nova conformação e percepção do direito. MONEDIAIRE tem dado a isso o nome de “Direito Pós-Moderno Mundializado”.

³¹¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 170 e 172.

³¹² MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. ver., at. e amp.. São Paulo: RT, 2009. p. 1.339.

³¹³ CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, 13/173-197.

2.3.5.1 Princípio da sustentabilidade como princípio constitucional estruturante

Tendo em vista que o princípio da sustentabilidade, como visto, tem como escopo preservar os interesses maiores da sociedade, como a proteção do meio ambiente, da vida da atual e de futuras gerações, da dignidade da pessoa humana, levando, ainda, em consideração os aspectos sociais e econômicos, relacionando-se, assim, com direitos e interesses inerentes à cidadania, entendida esta como decorrentes da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os integrantes da sociedade civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva³¹⁴, podemos concluir que tal princípio é implícito em nosso texto constitucional e enquadra-se na classificação de estruturante ou fundamental, na afirmação de Gabriel Real Ferrer.³¹⁵

Acerca da conceituação de princípio implícito, destaca-se o o entendimento de Juan Ruiz Manero:

Tanto quando se trata de princípio em sentido estrito como de diretrizes, é comum distinguir, no âmbito dos princípios constitucionais, entre princípios explícitos e princípio implícitos. Entendemos por princípios constitucionais explícitos aqueles que se encontram enunciados no texto constitucional, e por princípios constitucionais implícitos aqueles que o texto constitucional não enuncia, dos quais se diz que são subjacentes ao mesmo, como razões justificativas de regras constitucionais expressas.³¹⁶

Luiz Roberto Barroso, ao se referir aos princípios, diz que poderão ser explícitos ou implícitos, estes quando “decorrentes do sistema ou de

³¹⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 21.

³¹⁵ FERRER, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27-4-2009.

³¹⁶ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para uma teoria de la Constitución**. Madrid: Lustel, 2007, p. 98-99. Tanto si se trata de princípios em sentido estrito como de diretrizes, es usual distinguir, en el ámbito de los principios constitucionales, entre principios explícitos y principios implícitos. Entendemos por principios constitucionales explícitos aquellos que se encuentran enunciados en el texto constitucional, y por principios constitucionales implícitos aquellos que el texto constitucional no enuncia, pero de los que se sostiene que subyacen al mismo, como razones justificativas de reglas constitucionales expresas.

alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade.³¹⁷

Canotilho afirma que a República Portuguesa é verde, acrescentando um novo elemento ao Estado de direito democrático, o ecológico, destacando vários dispositivos constitucionais relacionados a uma “República ecologicamente autosustentada, exortando a responsabilidade dos poderes públicos com as gerações futuras, destacando-se a seguinte lição:

A dimensão ecológica obrigará, porventura, ao repensamento da localização do homem dentro da comunidade biótica independentemente de se saber se existem direitos fundamentais dos seres vivos (dos animais, das plantas). Por outro lado, a dimensão ecológica da República justificará a expressa assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de autosustentabilidade ambiental. O ambiente passa a ser, assim, não apenas um momento ético da República (ética político-ambiental), mas também uma dimensão orientadora de comportamentos públicos e privados ambientalmente relevantes.³¹⁸

Aproveitando as lições de Canotilho, poderíamos afirmar que a República Brasileira é verde, acrescentando ao Estado de direito democrático - considerado um dos princípios estruturantes, conforme lições anteriores³¹⁹ – a sustentabilidade, com abrangência maior que o termo ecológico.

2.3.5.2 Princípio da sustentabilidade como um princípio implícito do direito do consumidor e sua concretização

O princípio da defesa do consumidor³²⁰ e o princípio da sustentabilidade decorrem, diretamente, do princípio republicano³²¹, da proteção

³¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

³¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 227.

³¹⁹ Vide subitem 2.2.

³²⁰ Reconhecido como direito e garantia fundamental, conforme previsão do art. 5º, XXXII, da CF/88.

³²¹ Vide subitem 2.3.1.

da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes últimos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, II e III, da CF/88, sendo, todos, enquadrados como princípios estruturantes, conforme consignado anteriormente.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com o princípio da sustentabilidade e com a defesa do consumidor³²².

A defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade - são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente, conforme disposição de nossa Constituição Federal (CF/88), *in verbis*:

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

[...]

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

E não poderia ser diferente, porquanto a proteção do meio ambiente e um desenvolvimento sustentável guardam estreita e direta relação com a produção e o consumo dos bens e serviços de forma adequada e consciente, como, por exemplo, observando-se a política dos “três erres”: reciclar, reduzir e reutilizar.

Newton de Luca, ao tratar da evolução da proteção do consumidor, em relação aos dias atuais, destaca a preocupação com a ecologia e

³²² Vide subitem 2.3.4.

com os riscos provocados ao planeta pelo consumismo exagerado e pelo desenvolvimento tecnológico:

Finalmente, na terceira fase³²³, correspondente aos dias atuais, de mais amplo espectro filosófico – marcada por consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania -, interroga-se sobre o destino da humanidade, conduzido pelo torvelinho de uma tecnologia absolutamente triunfante e pelo consumismo exagerado, desastrado e trêfego, que põe em risco a própria morada do homem.³²⁴

Edis Milaré, na mesma linha, salienta que as distorções do consumo geram problemas até chegar ao consumismo, consistente em uma “mentalidade arraigada e em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista.” Os milhões de consumistas, segundo o Autor, “representam uma ameaça global para o meio ambiente, tanto mais que essa mesma população cresce em taxas ainda assustadoras, sobretudo nos países pobres ou em vias de desenvolvimento”.

Mais adiante, destaca Milaré a existência de áreas comuns entre a proteção do consumidor e do meio ambiente, havendo maior convergência do que divergência entre ambos, concluindo que “não é só o desenvolvimento não-sustentável que causa a degradação ambiental. O consumo não-sustentável também está na origem de muitos dos nossos males ambientais”.³²⁵

A Declaração da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada, no Rio de Janeiro, em 1992, foi incisiva, ao proclamar, no seu Princípio 8, que “para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e promover políticas demográficas adequadas”.³²⁶

³²³ Em relação as duas fases precedentes, vide subitem 3.1.3.3.

³²⁴ LUCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 47.

³²⁵ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. p. 81 e 83.

³²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 8. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <

Não há dúvidas, assim, de que para a concretização do princípio da sustentabilidade exige-se um consumo sustentável.

A Política Nacional de Relações de Consumo tem como princípios basilares o atendimento das necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; e a melhoria da sua qualidade de vida, conforme o *caput* do art. 4º, do CDC - Lei n. 8.078/1990, todos eles objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade.

Outra demonstração de ponto de contato entre a defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade é o art. 51, XIV, do CDC ao considerar como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de defesa do Consumidor, já menciona a preocupação da ciência consumerista com o “chamado consumo sustentável”, destacando a Resolução ONU n. 153/1995 (*sic* – o número correto é 1195-53/1995) . Salaria Filomeno que “o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como atividade predatória dos recursos naturais”, acrescentando que as necessidades dos indivíduos são infinitas, em decorrência dos meios de comunicação de massa e pela força do *marketing*, enquanto os recursos naturais são limitados, especialmente quando não possam ser renovados.

Concluí o Autor que a nova vertente do consumerismo objetiva alcançar o indispensável equilíbrio diante de tais realidades, “a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta.”³²⁷

<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaidez/documentos/1752-Declaracao.doc.147.wiz> >. Acesso em: 11-12-2009.

³²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 20.

Poder-se-á dizer que, além de direitos, o consumidor, como cidadão consciente de suas responsabilidades para a concretização do princípio da sustentabilidade, também tem deveres, como uma espécie de responsabilidade solidária, tais como: priorizar o consumo de produtos ecologicamente corretos, levando em consideração, dentre outros aspectos, a energia utilizada em sua fabricação ou sua utilização; o uso de substâncias tóxicas; a possibilidade de reciclagem da embalagem; a constituição regular do fabricante (evitando-se a sonegação fiscal e aquisição de produtos falsificados); a existência da licença ambiental da unidade fabril; o respeito às normas técnicas; a responsabilidade socioambiental do fabricante; e a “substituição do capital natural pelo capital artificial”³²⁸ etc.

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a Resolução da ONU 1195-53, de julho de 1995, reconhece o consumo sustentável “como um dos direitos-deveres dos consumidores, o que consubstanciaria o sexto direito do consumidor, universalmente considerado.”³²⁹

Canotilho, na mesma linha, salienta que hoje se assiste a um deslocamento do direito ao ambiente do campo dos direitos para o “terreno dos direitos fundamentais”. Pretende-se, com tal mudança de *status*, destacar a necessidade de “se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais.”³³⁰

O Governo, por sua vez, poderia incentivar a fabricação e produção sustentável criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos”, como um selo verde, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e informando a sociedade da importância de um consumo sustentável.

³²⁸ FERRER, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 134.

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 178.

Diante de tantos pontos em comum e em razão da importância para as gerações atuais e futuras, poderíamos dizer que, na verdade, o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito³³¹ no direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado, na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações.

Verificando-se, assim, que o princípio da sustentabilidade e o da defesa do consumidor têm fundamento constitucional e que o primeiro deve ser considerado como princípio estruturante ou fundamental, enquanto o segundo decorre diretamente dele e é considerado direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII, CF/88), todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação desses, registrando-se que a concretização dos valores consagrados na Constituição Federal depende da aplicação direta, pelos operadores do Direito, das normas constitucionais, quer na fundamentação das postulações levadas a juízo, quer na fundamentação das decisões judiciais, conforme visto no primeiro Capítulo.

Em outras palavras: a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do Direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente de decisões dos Tribunais fundamentadas em tal princípio.

Cabe ao intérprete da legislação infraconstitucional não perder de vista na aplicação da lei os princípios constitucionais, destacando-se, dentre eles, o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor.

Ao finalizar este tópico, destacam-se as seguintes conclusões³³²:

³³¹ O Código de Defesa do Consumidor é um diploma legal de caráter principiológico, com vários princípios expressos e, entende-se, também implícitos, como o princípio da sustentabilidade.

³³² As conclusões foram aprovadas no XVIII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: TRAJANO, Fábio de Souza. XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social, 26 a 28 de

1 – o princípio da sustentabilidade tem como objetivo proteger os interesses maiores da sociedade, como o meio ambiente, a vida e a dignidade da pessoa humana, levando em consideração os aspectos sociais e econômicos;

2 – o princípio da sustentabilidade está diretamente relacionado a direitos inerentes à cidadania e deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental;

3 – o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor decorrem do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, todos fundamentos da República Federativa do Brasil e considerados estruturantes;

4 - a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com a concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor;

5 - a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente - um dos aspectos do princípio da sustentabilidade -, conforme art. 170, V e VI, da CF/88, são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente;

6 – a concretização do princípio da sustentabilidade exige produção e consumo sustentável;

7 – o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida são objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo - art. 4º do CDC – e também do princípio da sustentabilidade;

8 – o consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária;

9 - o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito do direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações;

10 – todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, por serem valores constitucionais da mais alta relevância;

11 - a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente dos Tribunais fundamentarem suas decisões baseadas em tal princípio; e

12 - o governo poderia incentivar a fabricação e produção sustentável, criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos” - como um selo de preservação ambiental, verde, por exemplo –, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e, por intermédio de propaganda institucional, informar a sociedade da importância de um consumo sustentável, impulsionando, dessa forma, o interesse dos consumidores por tais produtos e as respectivas vendas.

Analisados os princípios estruturantes relacionados com a defesa do consumidor e compreendida sua importância para toda a ordem constitucional, pois, como visto, referem-se a valores que servem de fundamento, origem e farol para os demais princípios constitucionais, considerando-se o grau de generalidade e abstração da norma, inicia-se uma descida nos degraus de uma hipotética escada, chegando-se, no próximo capítulo, aos princípios gerais e especiais afetos à defesa do consumidor.

Salienta-se, todavia, três idéias da mais alta relevância para a adequada compreensão dos princípios constitucionais que integram os degraus da escada proposta (princípios estruturantes, gerais e especiais): a) configuração de um processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco entre todos os seus degraus, pois o desenvolvimento do esquema não ocorre apenas em uma direção, de cima para baixo, ou de baixo para cima; b) um círculo entre os degraus dessa escada, possibilitando, assim, a validação dos princípios situados no topo da escada (estruturantes) pela aplicação em casos concretos e particulares;³³³ c) a validação e concretude dos princípios situados mais acima da escada dependem de leitura e interpretação adequada dos princípios localizados mais abaixo; d) a validação e concretude dos princípios situados na base da escada dependem de leitura e interpretação adequada dos princípios localizados mais acima.

³³³ Lições de Canotilho e Wilson Guerra Filho. Vide subitem 2.1.

CAPÍTULO 3

A DEFESA DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A defesa do consumidor decorre, ainda, de princípios constitucionais gerais, especiais e de regras constitucionais. O presente capítulo procurará identificar os princípios que se consideram mais relevantes, descendo, figurativamente, alguns degraus na escada que tem, nos princípios estruturantes, o mais alto nível, tendo como principal preocupação de demonstrar a importância de todos eles para que seja concretizada a proteção do consumidor.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS

Segundo Canotilho, outros princípios (ou subprincípios) dão concretização aos princípios estruturantes. O princípio do Estado de Direito concretiza-se com uma série de subprincípios, denominados princípios gerais fundamentais, tais como: o princípio da constitucionalidade, o da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e o princípio da independência dos Tribunais.³³⁴

Os princípios constitucionais gerais, para Barroso, são importantes especificações dos princípios fundamentais, com menor grau de abstração e mais facilidade para determinar o núcleo em que operam como regras. Prestam-se, assim, à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Estão enumerados, principalmente, no rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal³³⁵.

Considerando-se que a proteção do consumidor, prevista no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, quer dar concretização a todos os

³³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1.174.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 375-376.

princípios estruturantes analisados no capítulo anterior, enquadra-se o mencionado princípio como um princípio constitucional geral.³³⁶

Na sequência, antes de adentrar-se à defesa do consumidor propriamente dita, tratar-se-á dos direitos fundamentais.

3.1.1 Direitos fundamentais

Salienta-se, inicialmente, que já se analisou a colisão de direitos fundamentais no subitem 1.5.3, cuidando-se, agora, de outras questões.

Ressalta-se que os direitos fundamentais têm força vinculativa, conforme lição de Alexy, relacionando tal característica com a possibilidade de comprovação perante um Tribunal de sua violação, sendo, portanto, no dizer do referido Autor, “justiciáveis”. Destaca Alexy, ainda, para demonstrar a força vinculativa dos direitos fundamentais, a disposição do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que tem o seguinte enunciado: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”³³⁷

Relembre-se, todavia, das lições do próprio Alexy, já destacadas³³⁸, no sentido da adoção da teoria dos princípios possibilitar um caminho intermediário entre a vinculação e a flexibilidade, evitando-se, assim, a exigência do impossível.

³³⁶ Simone Hegele Bolson entende que a defesa do consumidor é um princípio constitucional especial, sob o argumento de ser “específico de um dos sistemas que a Constituição abriga e foi objetivado no art. 170, VII.” Registre-se, todavia, que a divisão adotada pela autora foi a de Willis Gerra Filho, que entendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional geral, e não fundamental, conforme já demonstrado no subitem 2.2. Nesse caso, considerando-se apenas a dignidade da pessoa humana, compreensível tal conclusão, pois o direito do consumidor não poderia ficar no mesmo plano da dignidade da pessoa humana, pois quer dar concretude a referido princípio. *In* O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 46. abr-jun 2003. p. 271.

³³⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 62-63.

³³⁸ Vide subitem 1.5.3.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais, juntamente com os princípios fundamentais, integram o núcleo essencial da Constituição Federal vigente formal e material.³³⁹

Registre-se que os direitos fundamentais, conforme Eros Roberto Grau, são considerados princípios em sentido estrito e não diretrizes, assim como os princípios da ordem econômica previstos no art. 170, o disposto nos arts. 1º, *caput* e incisos; 2º; 4º, e 5º, *caput* e incisos, todos da Constituição Federal.³⁴⁰

No âmbito do Estado Constitucional, conforme Sarlet, há uma “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. A redação do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, datado de 26 de agosto de 1789, já apontava referida sintonia”, dizendo que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.³⁴¹

Mais à frente, Sarlet esclarece que, conforme posição consensualmente aceita pela doutrina, os direitos fundamentais constituem, além de função limitativa do poder (característica que não é comum a todos os direitos), “critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional”.³⁴²

Sarlet descarta a teoria dos direitos fundamentais constituírem um sistema separado e fechado no contexto constitucional, conforme entende parte da doutrina, tendo em vista estarem positivados em outras partes da Constituição ou em tratados internacionais, conforme artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, assim como a possibilidade de princípios fundamentais não

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 61.

³⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p 140.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 67.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 69.

escritos e decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Por outro lado, os direitos fundamentais são marcados por significativa diversidade de conteúdo, além de não terem como fundamento, pelo menos em sua totalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁴³

Esclarece, todavia, Ingo Sarlet, que, “em se reconhecendo a existência de um sistema de direitos fundamentais”, não será um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autosuficiente), mas um sistema aberto e flexível, “receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”, harmonizando-se tal entendimento com a concepção de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios³⁴⁴, conforme lição de Canotilho objeto do subitem 2.1.

Sarlet, ainda em relação aos direitos fundamentais e sistema, conclui afirmando que independentemente de sustentar-se a tese dos direitos fundamentais de que são baseados na dignidade da pessoa humana, a “coerência interna dos sistema de direitos fundamentais encontra justificativa” no art. 5º, I, da Constituição Federal, que considerou todos os direitos e garantias fundamentais normas jurídicas diretamente aplicáveis, dando-lhes, assim, um “juridicidade reforçada”, qualidade comum a todos eles e distintiva dos demais dispositivos constitucionais. Outro traço diferenciador dos direitos fundamentais é a proteção especial obtida com a respectiva inclusão no rol de cláusulas pétreas.³⁴⁵

As características destacadas acima, segundo Sarlet, “além de no mínimo uma identidade de conteúdo” ou “reconhecimento de certos elementos comuns”, são elementos que identificam a existência de um sistema de direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, caracterizado, todavia,

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 82-83.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 84.

por sua “abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra.”³⁴⁶

Sarlet entende, quanto à eventual preponderância dos direitos fundamentais em face dos demais dispositivos constitucionais, que, apesar da sua posição privilegiada, se sustentando, inclusive, a “máxima hermenêutica de interpretação (das normas constitucionais e infraconstitucionais) em harmonia com os direitos fundamentais”, não se pode admitir uma diferença hierárquica com os demais dispositivos constitucionais originários, porquanto não se pode considerar normas originárias inconstitucionais. Deve-se, assim, analisar os direitos fundamentais com base no princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os conflitos por intermédio da ponderação e harmonização dos princípios aplicáveis, conforme lições do primeiro Capítulo.³⁴⁷

Virgílio Afonso da Silva, ao tratar da constitucionalização do direito³⁴⁸, relaciona a “irradiação” dos valores constitucionais aos outros ramos do direito, destacando que o principal ponto de tal irradiação é a vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, o que é também chamado de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.³⁴⁹

Nessa mesma linha, Claus Wilhelm Canaris salienta que apenas “o Estado é destinatário dos direitos fundamentais”, todavia outros cidadãos também são atingidos, produzindo os direitos fundamentais, pelo menos indiretamente, efeito em relação a eles, porquanto “no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro”, salientando corresponder esta perspectiva, hoje, “à doutrina amplamente dominante”, destacando decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, como o direito de o filho conseguir da mãe informações sobre a identidade do pai biológico ou o reconhecimento da vinculação do fiador pelo

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 85

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 85

³⁴⁸ Tema abordado no subitem 1.1.

³⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. p. 18.

contrato de fiança, sob o argumento de ter sido o próprio fiador que restringiu seu direito fundamental.³⁵⁰

Ainda para Claus Wilhelm Canaris, em relação à auto-vinculação das partes por contrato, a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela também se aplica, porquanto, embora a vinculação contratual esteja baseada na autonomia privada, “apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um “reconhecimento” por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até à execução forçada”.³⁵¹

A defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, conforme o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, é um exemplo da vinculação entre particulares de direitos fundamentais (Virgílio Afonso da Silva) ou de efeito entre particulares de direitos fundamentais (Claus Wilhelm Canaris), porquanto em uma relação entre dois particulares, sem a interferência do Estado, devem ser observadas as normas de ordem pública e interesse social previstas no Código de Defesa do Consumidor, como a relativização da autonomia da vontade, fulminando como nulas de pleno direito cláusulas abusivas, apenas para ficar, por ora, nesse exemplo.

Aliás, um óbice para a irradiação dos princípios constitucionais aos outros ramos do direito foi, segundo Virgílio Afonso da Silva, a “milénar tradição” de que o direito privado rege-se pelo princípio da autonomia privada, sem estar submetido às normas de direito público³⁵², felizmente já superada, pois não há mais qualquer dúvida quanto à preponderância constitucional sobre o direito privado³⁵³, representando, na verdade, uma visão

³⁵⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

³⁵¹ CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. p. 71.

³⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. p. 41.

³⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. p. 43.

republicana dos direitos fundamentais, em vez de uma perspectiva de cunho eminentemente liberal, conforme se verifica na sequência.

Com efeito, Canotilho ensina que o discurso da modernidade, em torno dos direitos do homem, é baseado em duas ideias básicas originárias do direito natural e “decisivamente influenciadores dos movimentos e teorias políticas:” 1 – a necessidade de responder a seguinte indagação: o que pode ser desfrutado livremente por mim, e em que circunstâncias, para o desenvolvimento da minha esfera privada (“esfera da sociedade onde se localiza o direito civil”); 2 – como estabelecer a limitação recíproca de liberdades, e por que caminho, preservando a minha liberdade sem escravizar outrem e, reciprocamente, os outros indivíduos sejam livres sem que eu fique em um estado de sujeição (“esfera do Estado, onde se situa o direito público”).

Destaca Canotilho, na sequência, que as duas indagações indicam uma “teoria liberal dos direitos do homem”, porquanto estão implícitas a preponderância “dos direitos como direitos inerentes ao livre desenvolvimento da “personalidade individual” e a concepção do Estado como entidade de garantia de direitos, e não como instância prossecutora de fins coletivos”. Limita-se ao Estado “a tarefa da ordem e segurança desses direitos”.³⁵⁴

Ressalta o mestre lusitano, todavia, que a teoria individualista dos direitos naturais sofreu resistência do movimento republicano, diante da necessidade de substituição do individual pelo social, pelo reconhecimento de deveres recíprocos do indivíduo e da coletividade³⁵⁵, resumida da seguinte forma:

No fundo, a tensão direitos naturais/teoria republicana de direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de um é o homem isolado e independente (perspectiva liberal), ao passo que, para outros, é o

³⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 17-18.

³⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 20.

homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana).³⁵⁶

Após discorrer sobre aspectos gerais dos direitos fundamentais, aborda-se, na sequência, a relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado, tendo em conta a preocupação que sejam efetivamente “levados a sério”, passando de uma “*law in the books para uma law in action para uma ‘living constitution’*”³⁵⁷, ou seja, passem a integrar, pela atuação estatal, a vida das pessoas.

3.1.2 A teoria dos Status de Jellinek

Considerando que a defesa do consumidor é um direito e garantia fundamental, entende-se importante a compreensão da teoria dos *Status* de Georg Jellinek que trata, basicamente, da relação entre cidadão e Estado para a concretização dos direitos fundamentais.

Robert Alexy destaca que a teoria dos *Status*, de Jellinek, é baseada no paradigma de uma teoria de posições globais abstratas, tendo grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais, ressaltando que “parte substanciais da teoria dos Status estão entre os conhecimentos sedimentados no âmbito dos direitos fundamentais, o que, em um campo tão controverso, com certeza significa algo.”³⁵⁸

O conceito mais importante da teoria de Jellinek é sua caracterização como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”, ou seja, “alguma forma de relação entre cidadão e Estado”, diferenciando, por este aspecto, do direito, considerando-se, assim, uma “situação”, pois o *status*, na forma concebida por Jellinek, “tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa”. Para melhor explicar, Jellinek dá o seguinte exemplo: pelo direito de votar e de livremente adquirir propriedade, modifica-se o *status* de uma pessoa e,

³⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 23-24.

³⁵⁷ Lição de Canotilho já destacada no primeiro Capítulo. Subitem 1.4.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 254.

como consequência, o seu ser; já a aquisição de um imóvel relaciona-se apenas ao seu “ter”.³⁵⁹

Jellinek enumerava quatro *status*: “o *status* passivo ou *status* subiectionis, o *status* negativo ou *status* libertatis, os *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa”.

Analisar-se-á, na sequência os quatro *status* propostos por Jellinek, por entender que são importantes para a compreensão dos deveres do Estado em relação aos direitos fundamentais, incluindo-se a defesa do consumidor.

a) **Status passivo**

Conforme ensinamentos de Jellinek, destacado por Alexy, estaria no *status* passivo o indivíduo em “razão de sua sujeição ao Estado [...] no âmbito da esfera de obrigações individuais”. O referido conceito possibilita duas interpretações: a primeira significa a existência de algum dever ou proibição emanada do Estado ao qual o indivíduo esteja obrigado, ou seja, a existência da competência do Estado para estabelecer algum dever ou proibição afetando o indivíduo mesmo. Na segunda interpretação, para Alexy, o *status* passivo “é composto pela totalidade ou pela classe dos deveres e proibições que o Estado lhe impõe ou da totalidade ou da classe dos deveres e proibições para cuja imposição o Estado tem competência”.³⁶⁰

Enquadra-se no *status* passivo a proibição de o consumidor comprar produtos fabricados em desconformidade com a lei, como os falsificados e proibidos (equipamentos para escuta telefônica clandestina, medicamentos não autorizados pela Anvisa etc.).

b) **Status negativo**

Jellinek conceitua *status* negativo da seguinte forma:

³⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 255.

³⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 255.

Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do status *libertatis*, no qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo.³⁶¹

Segundo Jellinek, relacionam-se “a ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado”, dando como exemplo a publicação de um impresso, o degustar de um vinho ou o passear em sua propriedade³⁶², destacando Alexy que a publicação de um impresso poder ter relevância em face de terceiros, todavia a relação com o Estado não sofre qualquer alteração por tal fato.³⁶³

Considerando o referido *status*, está o consumidor livre para comprar, ou deixar de comprar, determinado produto lícitamente comercializado, sendo, aliás, a liberdade de escolha, um dos seus direitos básicos, conforme previsão do artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

c) **Status positivo**

Conforme Jellinek, o indivíduo se insere em tal *status* quando o Estado a ele “reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, (quando) garante ao indivíduo pretensões positivas”³⁶⁴, deixando mais claro o conceito, segundo Alexy, quando “afirma que o Estado confere ao indivíduo o ‘status cívico’ nas seguintes situações: 1) lhe garante ‘pretensões à sua atividade’ e 2) ‘cria meios jurídicos para a realização desse fim’”, chamando de “pretensões jurídicas positivas formais os direitos que o indivíduo pode fazer em um procedimento legal”.³⁶⁵

³⁶¹ JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 258.

³⁶² JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 258.

³⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 258.

³⁶⁴ JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 263-264.

³⁶⁵ JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 264.

Ter uma pretensão em face do Estado significa, primeiramente, que o indivíduo tenha direito a algo em face do Estado e, ainda, “que tem uma competência em relação ao seu cumprimento”.³⁶⁶

Alexy salienta que o ponto central do *status* positivo é o direito do indivíduo, em face do Estado, a ações estatais, sendo esse o ponto referido por Jellinek ao declarar que o *status* positivo é “exatamente o contrário do negativo”.

Alexy ressalva o entendimento de Jellinek de incluir a “pretensão ao não embaraço em face das autoridades estatais” como “pertencente ao *status* positivo dos indivíduos, como qualquer outra pretensão a uma ação estatal específica”.³⁶⁷ Tal pretensão, na verdade, segundo Alexy, é um “direito em face do Estado a uma ação negativa, isto é, a uma abstenção”, destacando que o referido entendimento é contraditório com a tese de que o “conteúdo dos direitos do *status* positivo é formado por um ‘fazer positivo do Estado’. Não se pode considerar não embaraçar como um ‘fazer’, notadamente um ‘fazer positivo’”.

Pelo sistema proposto por Jellinek não é possível enquadrar o direito ao não embaraço no *status* negativo ou no positivo. No primeiro caso alteraria o seu caráter de forma significativa. No segundo, “a distinção entre direitos e ações estatais negativas e positivas, tão importante para a dogmática dos direitos fundamentais, deixaria de ter expressão na teoria dos *Status*.” Por outro lado, “uma inclusão dos direitos de defesa (visto mais à frente) no *status* positivo seria contraditória com a difundida – e justificada – terminologia da dogmática dos direitos fundamentais.”

Propõe Alexy, então, para resolução do problema, a “divisão dos *status* negativo e positivo em *status* negativo e positivo em sentido estrito e amplo.” O primeiro – *status* negativo em sentido estrito – proposto por Jellinek - relaciona-se apenas com as liberdades jurídicas não protegidas. Já o *status*

³⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 264

³⁶⁷ JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 266.

negativo em sentido amplo – que ultrapassa a sistemática de Jellinek – relaciona-se “aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o *status* negativo em sentido estrito.” No que se refere ao *status* positivo em sentido amplo, relacionam-se aos direitos as ações positivas e ações negativas. Já o *status* positivo em sentido estrito está vinculado apenas com direitos a ações positivas.³⁶⁸

É o *status* positivo o mais importante para o presente trabalho, porquanto quer se demonstrar a obrigação de o Estado agir para dar concretude ao direito e garantia fundamental de proteção do consumidor, previsto no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, admitindo-se, inclusive, a propositura de ação judicial para alcançar tal objetivo, por se considerar um direito do indivíduo em face do Estado.

d) **Status ativo**

Segundo lições de Georg Jellinek, extraídas por Alexy, a inserção do indivíduo em tal *status* exige que a ele sejam “outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural”, como, exemplificativamente, o direito de votar. Fazem parte de tal *status* as “competências que tenham como objeto uma “participação no Estado”, que têm como escopo a “formação da vontade estatal”.³⁶⁹

A proteção do consumidor tem significativa relação com referido *status*, pois o direito de participação de representantes dos consumidores em organismos do Estado é fundamental para a preservação dos seus direitos, integrando, inclusive, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, por intermédio de entidades civis de defesa do consumidor, conforme expressa previsão do artigo 2º do Decreto n. 2.181/1997³⁷⁰.

³⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 266-267.

³⁶⁹ JELLINEK, Georg. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 268.

³⁷⁰ BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto

Outrossim, para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor, segundo disposição do artigo, 5º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, como exemplos da configuração do *status* ativo nas relações de consumo, destacam-se os Conselhos de Consumidores das concessionárias de energia e o Conselho de Usuários dos serviços de telefonia, criados, respectivamente, pelo artigo 13, da lei n. 8631/93³⁷¹ e pela Resolução n. 490/2008³⁷², ambos de caráter consultivo, com a missão de proposição de medidas para prestação adequada de ambos os serviços, tendo, ainda, o primeiro, competência para se manifestar nas questões de natureza tarifárias.

Registre-se, todavia, para reflexão, que a participação em mencionados Conselhos não pode ser apenas formal, servindo unicamente para chancelar decisões contrárias aos interesses dos consumidores, sendo necessário, assim, um equilíbrio dos vários segmentos envolvidos.

Para completar a relação entre os direitos fundamentais e o Estado, ainda com a preocupação de analisar a forma de atuação estatal para dar concretude à defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, abordar-se-á, na sequência, a teoria dos direitos positivos e negativos em face do Estado na ótica de Robert Alexy e JJ. Gomes Canotilho.

Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2181.htm>. Acesso em: 11-12-2009.

³⁷¹ BRASIL. **Lei n. 8.631, de 4 de março de 1993**. Que dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8631.htm>> Acesso em: 11-11-2009.

³⁷² BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução n. 490, de 24 de janeiro de 2008**. Aprova o Regulamento de Conselho de Usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=233691&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=Cidadao-Telefonia%20Fixa-Conselho%20de%20Usuários%20do%20STFC&filtro=1&documentoPath=208876.pdf>>. Acesso em: 11-11-2009.

3.1.3 Direitos positivos e negativos em face do Estado na visão de Robert Alexy e JJ. Gomes Canotilho

Conforme lições de Robert Alexy, “a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo (2), liberdades e (3) competências.”³⁷³

Tratar-se-á, na sequência, apenas dos direitos a algo, por ser o que tem maior importância para desenvolvimento do trabalho, discorrendo sobre as ações negativas e positivas, consideradas o principal critério para dividir referidos direitos tendo em vista seus objetos.³⁷⁴

3.1.3.1 Ações negativas

Aproveitando, agora as lições de Robert Alexy, destaca-se que o principal traço diferenciador dos direitos são as ações negativas e positivas. Em relação ao Estado, os direitos às ações negativas são normalmente chamados de “direitos de defesa”³⁷⁵. Por outro lado, os direitos relacionados ao Estado a uma ação positiva “coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações”, conforme abordagem a ser feita mais adiante.³⁷⁶

Apesar de o mais importante para o direito do consumidor serem as ações positivas, conforme asseverado anteriormente, não se pode deixar de abordar também as ações negativas, destacando-se, inicialmente, como exemplo, a não interferência do Estado nos preços, propiciando o aumento da competitividade e vantagens aos consumidores relacionadas aos preços e qualidade dos produtos e serviços.

Sobre o assunto, John Stuart Mill, em 1859, destacava já ter sido considerado pelos governos, nos casos considerados importantes, fixar

³⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193.

³⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 195.

³⁷⁵ Vide nota de rodapé n. 414.

³⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 196-197.

preços e regular os processos de manufatura. Todavia, chegou-se a conclusão posteriormente que a “barateza e a boa qualidade das mercadorias são mais eficientemente atendidas deixando-se os produtores e vendedores perfeitamente livres”, apenas com a restrição dos compradores terem a liberdade de comprar em outros estabelecimentos. “É a doutrina chamada do livre-câmbio”.³⁷⁷

Por outro lado, as ações negativas poderão ser o fundamento para o entendimento que uma determinada lei que afete a relação de consumo seja considerada inconstitucional, conforme destacado ao final do presente subitem.

Com efeito, Alexy divide os direitos dos cidadãos contra o Estado em três grupos. O primeiro corresponde a direitos a que o Estado não impossibilite ou não dificulte algumas ações do respectivo titular; o segundo corresponde ao Estado não afetar determinadas características ou situações do respectivo titular; e o terceiro relaciona-se ao Estado não eliminar determinadas posições jurídicas do respectivo titular.

Como exemplos do primeiro grupo relacionado à propriedade de um titular de um direito fundamental, Alexy enumera a manifestação da crença, a expressão de opinião, a locomoção, a reunião em uma rua, a educação dos filhos e a criação de uma obra de arte.³⁷⁸

Já como exemplos do segundo grupo, o doutrinador alemão destaca viver e ser saudável; em relação à situação do titular do direito o exemplo dado é a inviolabilidade de domicílio.³⁷⁹

Finalmente, em relação ao terceiro grupo, relacionado ao Estado não eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito, o exemplo dado é o do proprietário, ressaltando Alexy que:

³⁷⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. p. 138.

³⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 196.

³⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 199.

A garantia constitucional do instituto jurídico da propriedade é subjetivada na medida em que existem direitos individuais à não eliminação de posições abstratas que se relacionem à criação, ao desfazimento e às consequências jurídicas da posição de proprietário.³⁸⁰

Algumas unidades de Federação, dentre elas Santa Catarina³⁸¹ e, recentemente, São Paulo³⁸², exercendo a competência concorrente para legislar sobre produção e consumo, prevista no artigo 24, V, da Constituição Federal, editaram leis interferindo na cobrança de estacionamento em estabelecimentos comerciais, proibindo a cobrança por tal serviço se apresentada nota fiscal com valor correspondente a dez vezes o valor cobrado pelo estacionamento por um determinado espaço de tempo.

Referidas normas limitam o direito de propriedade, reconhecido como um direito e garantia fundamental pelo artigo 5º, *caput*, e inciso XXII, da Constituição Federal, enquadrando-se perfeitamente a hipótese na seguinte lição de Alexy: “Elimina a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietário”³⁸³, sendo, em razão disso, consideradas inconstitucionais pelos Tribunais estaduais^{384 385}.

³⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 200-201

³⁸¹ SANTA CATARINA. **Lei n. 13.348, de 2 de maio de 2005**. Estabelece condições de estacionamento em shopping centers, supermercados e agências bancárias. “Art. 1º Fica obrigatória a isenção do pagamento de estacionamento em shopping centers, supermercados e agências bancárias onde o usuário permaneça por período igual ou inferior a noventa minutos. Parágrafo único. O cliente usuário do estacionamento de que trata o caput do art. 1º deverá obrigatoriamente apresentar na saída do estacionamento, cupom fiscal de compra de mercadoria ou serviço com valor maior ou igual a dez vezes o valor da taxa.” Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 6-12-2009.

³⁸² SÃO PAULO. **Lei n. 13.819, de 23 de novembro de 2009**. Dispõe sobre a cobrança da taxa de estacionamento por “shopping centers”. “Artigo 1º - Ficam dispensados do pagamento das taxas referentes ao uso de estacionamento, cobradas por “shopping centers” instalados no Estado de São Paulo, os clientes que comprovarem despesa correspondente a pelo menos 10 (dez) vezes o valor da referida taxa[...] Artigo 3º - O benefício previsto nesta lei só poderá ser percebido pelo cliente que permanecer por, no máximo, 6 (seis) horas no interior do “shopping center”. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei%20n.13.819,%20de%2023.11.2009.htm>>. Acesso em: 6-12-2009.

³⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 200.

³⁸⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ap. Civ. em MS n. 2008.043484-1**. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data do julgamento: 4-12-

Esse, aliás, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, ao analisar ação direta de inconstitucionalidade de lei do Estado de Goiás³⁸⁶, reconhecendo que apenas a União poderia legislar sobre limitações ao direito de propriedade, conforme artigo 22, I, da Constituição Federal, ficando consignado no voto do Relator do acórdão a possível limitação do direito de propriedade para atendimento do interesse social da propriedade urbana, conforme artigo 24, XXIII, da Constituição Federal, apesar de não ter entrado no mérito de tal tema.

3.1.3.2 Ações positivas

Alexy divide as ações positivas que o cidadão tem contra o Estado em dois grupos: um relacionado a uma ação fática como objeto e outro a uma ação normativa como objeto.

Como exemplo do grupo relacionado à ação fática, Alexy destaca o direito do proprietário de escola privada a um benefício estatal por intermédio de subvenções, o direito a um mínimo existencial ou a pretensão individual para a criação de vagas na universidade, não importando que a satisfação da pretensão ocorra por meio de alguma forma jurídica, pois é indiferente para a satisfação do direito a forma que ela ocorre.

2009. Destaca-se da ementa: “[...]O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de várias Leis Estaduais que limitavam ou vedavam a COBRANÇA de estacionamento em estabelecimentos particulares, como os shopping centers, sob o fundamento de que tais normas estaduais versam sobre direito de propriedade e, conseqüentemente, de direito civil, o que caracteriza intromissão na competência privativa da União (ADI 1.472-2/DF; ADI 3.710-2/GO; ADI-MC 1.623-7/RJ) [...]”. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 9-12-2009.

³⁸⁵ Neste sentido a seguinte notícia dando conta da recente suspensão da lei estadual paulista: “26/11/2009 - 17h43 Justiça suspende lei do estacionamento grátis em shoppings de SP. O desembargador Luiz Edmundo Marrey Uint, do órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu na tarde desta quinta-feira (26), decisão liminar que suspende a lei que prevê gratuidade de estacionamento em *shopping centers* para clientes que gastarem pelo menos dez vezes o valor da taxa do serviço. Com isso, até que o mérito seja julgado novamente pelo Tribunal, a cobrança do estacionamento nos shoppings paulistas volta a ocorrer normalmente. BOROS. Talita; BERTOLOTTO, Rodrigo. Justiça suspende lei do estacionamento grátis em shoppings de SP. In **Notícias UOL**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/11/26/ult5772u6381.jhtm>>. Acesso em: 5-12-2009.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.710/GO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: 9-2-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3710.NUME.%20OU%203710.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3710.NUME.%20OU%203710.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 5-12-2009.

Já direitos a ações positivas normativas relacionam-se a direitos a atos estatais de edição de normas, exemplificando com a edição de norma penal para proteção de direitos fundamentais do nascituro ou proteção do titular de um direito fundamental à liberdade científica.

Quando se trata de “direito a prestações”, normalmente, relaciona-se a ações positivas fáticas, podendo ser designados como “direitos a prestações em sentido estrito”, e, em sua essência, ser realizados por particulares. Já os direitos a prestações normativas são designados como “direitos a prestações em sentido amplo”.³⁸⁷

Há muitos direitos fundamentais sociais, “que considerados direitos a prestação por excelência”, contêm posições relacionadas em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, o qual, muitas vezes, é considerado como um direito fundamental social, ou pelo menos “como algo a ele próximo”. O referido direito difere-se do direito à assistência social, que exige apenas uma prestação fática.

Alexy ressalta que um direito fundamental ao meio ambiente corresponde a um “direito fundamental completo”, sendo formado por uma série de posições de tipos muito distintas, explicando da seguinte forma:

Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, o que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado “proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome

³⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 201-203.

medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).³⁸⁸

O direito do consumidor, da mesma forma, deve ser considerado um direito fundamental completo, pois pode, como direito de defesa, se relacionar a diferentes pretensões: (1) pode ser objeto do direito à abstenção do Estado em determinada relação de consumo (direito de defesa), como a não intervenção por intermédio de legislação isentando o consumidor do pagamento do estacionamento em estabelecimentos comerciais, pois, além de configurar interferência indevida no direito de propriedade³⁸⁹, preserva-se os interesses dos consumidores que não utilizam o estacionamento e são atingidos por tal medida, pois os custos de tal isenção, por certo, serão repassados a todos os consumidores por intermédio dos preços de outros serviços ou produtos; ou não proibindo a cobrança de preço diferenciado para a vendas com cartão de crédito, pois, indiretamente, acarreta o aumento dos preços dos produtos ou dos serviços para os consumidores que não utilizam referida forma de pagamento, considerando-se que todos os custos da operação, que podem chegar a 12%³⁹⁰³⁹¹, são incluídos no preço final, incentivando, inclusive, a diminuição de mencionados custos e, por consequência, a ausência de justificativa para o

³⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 442.

³⁸⁹ Vide subitem 3.1.3.1

³⁹⁰ Lojistas de todo o país vão aproveitar a crise econômica para se insurgir contra as altas taxas e prazos excessivos cobrados pelas administradoras de cartões de crédito e débito no Brasil, que acabam caindo na conta do consumidor, encarecendo as compras em até 12%. Na quarta-feira que vem, depois do feriado de Tiradentes, a Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL) vai apresentar na Frente Parlamentar Mista do Comércio Varejista, no Câmara dos Deputados, mais detalhes sobre o custo das operações por loja, que podem ultrapassar o valor pago pela folha de pagamento. Além do aluguel das máquinas de passar o cartão, que varia de R\$ 80 a R\$ 200 mensais cada uma, o lojista paga até 5% de taxa de administração e de 3% a 5% pela antecipação dos valores a receber (no caso de cartões de crédito), que levam 30 dias para serem repassados ao comerciante. A taxa média apurada pelo Banco Central (BC) é de 2,9%. In **Anuidade Zero**. <Disponível em: <http://www.anuidadezero.com/2009/04/17/comrcio-reabre-guerra-ao-carto-de-credito/>> Acesso em 17-4-2010.

³⁹¹ Perdas após calotes com cheques são de 2,5%, dizem empresários, contra taxa de 5% cobrada pelas empresas de cartões eletrônicos [...] Marcelo Mattoso Azeredo, dono de loja no Bom Retiro e presidente da Câmara de Dirigentes Lojistas do bairro, afirma que o cartão é a segunda opção dada ao consumidor, devido às altas taxas cobradas pelas empresas de cartão. "A perda na venda com cheque nas minhas lojas é de da ordem de 2%. A taxa de administração das empresas de cartão é de 3,5% a 5%, fora o aluguel das máquinas, que varia de R\$ 70 a R\$ 90 por mês por equipamento", afirma. In FOLHA DE SÃO PAULO. **Dinheiro**. 11 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1107200922.htm>>. Acesso em 17-4-2010.

fornecedor ter a necessidade de cobrar um preço diferenciado para o usuário de cartão de crédito; ou, ainda, não interferindo nos preços dos produtos e serviços, em um mercado altamente competitivo, incentivando a livre concorrência; (2) um direito de proteção contra intervenção de terceiro lesiva ao consumidor, tais como: práticas abusivas do fornecedor em prejuízo do consumidor, destacando-se, apenas como exemplos, a venda casada ou a venda de mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência, o que também é tipificado como crime, ou a imposição de cláusulas abusivas.

Por outro lado, o direito do consumidor pode relacionar-se não a um direito de defesa, mas a um direito a que o (3) Estado adote medidas fáticas para proteção do consumidor, como a implantação de um órgão municipal de defesa do consumidor já criado por lei e ainda não instalado adequadamente; ou, ainda, a um direito a que o (4) Estado edite normas, como a criação de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor em conformidade com a legislação federal sobre o assunto, prevendo, expressamente, um Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, conforme previsão dos artigos 57 do Código de Defesa do Consumidor e 29 do Decreto n. 2.181/97.

Alexy ressalta que os direitos a ações positivas têm problemas com os quais os direitos as ações negativas não possuem, pelo menos com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas relacionam-se a limites impostos ao Estado na busca de seus objetivos, todavia eles não esclarecem quais objetivos devem ser almejados. Por outro lado, direito a ações positivas do Estado relacionam-se com a busca de alguns objetivos, suscitando o problema de “se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.” Saliencia o autor que esse problema é “de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador”, pois a Constituição submete os direitos constitucionais a “um amplo controle judicial de constitucionalidade.”³⁹²

³⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 444.

A “ideia guia” de atribuição de direitos a prestações a dispositivos de direitos fundamentais é a seguinte: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.³⁹³

“Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva.” Melhor esclarecendo, Alexy afirma que “Se o titular de direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*”, concluindo que havendo uma relação constitucional de referido tipo, entre o titular de direito fundamental e o Estado, terá o titular do direito fundamental a competência para exigir judicialmente mencionado direito, citando, expressamente, o artigo 4º, 1, da Constituição alemã.³⁹⁴

Tal exigibilidade, ainda segundo Alexy,

é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, a natureza de princípios. O direito de fazer ou deixar de fazer o que quiser não é um direito com menor grau de validade ou exigibilidade apenas em razão da possibilidade de que, ao final, ou seja, definitivamente, o indivíduo, em grande medida, não possa fazer ou deixar de fazer o que deseja. Esse direito, enquanto direito *prima facie*, é simplesmente um direito necessariamente restringível.³⁹⁵

Pela concepção formal de direitos fundamentais, normas de direitos fundamentais limitam a liberdade do legislador, pois “definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir”. São, “além disso, normas negativas de competência, que limitam suas competências”. Ocorre, obrigatoriamente, “uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, provocando, via de consequência, um

³⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 445.

³⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446..

“problema inevitável e permanente” de divisão de competências entre o “legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição - e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente”.³⁹⁶

Alexy salienta que solução da competência legislativa será resolvida sabendo se os direitos a prestações “são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.³⁹⁷

Aproveitando a linha de pensamento do referido Autor, entende-se que, diante da importância da proteção do consumidor na atualidade, falta competência ao legislador para editar qualquer norma que acarrete prejuízo ao consumidor, desprotegendo-o, pois violaria o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, que reconheceu a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental.

A título exemplificativo, destaca-se o artigo 25 da Medida Provisória n. 2.148-1/2001³⁹⁸, que afastou expressamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na execução do plano de racionamento de energia, salientando-se que, em razão da reação de órgãos de defesa do consumidor³⁹⁹, o Presidente da República retificou mencionado dispositivo legal, reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos consumidores de energia de natureza residencial.

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 447.

³⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 448.

³⁹⁸ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.148, de 22 de maio de 2001**. Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências. Art. 25. Art. 25. Não se aplica a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, em especial os seus arts. 12, 14, 22 e 42, às situações decorrentes ou à execução do disposto nesta Medida Provisória e das normas e decisões da GCE. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2148-1.htm> Acesso em: 9-12-2009.

³⁹⁹ “Governo muda MP do racionamento para evitar megaindenizações - O governo recuou e decidiu que os consumidores residenciais poderão utilizar o Código de Defesa do Consumidor para defender-se do plano de racionamento.” *In* FOLHAONLINE. **Dinheiro**. 28 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u22774.shtml>>. Acesso em: 9-12-2009.

Canotilho, com o subtítulo “Proposta da noção de posição jurídico-prestacional,” trata das obrigações positivas do Estado, ensinando, em relação aos direitos sociais ou direitos a prestações em sentido restrito, como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente (o direito à proteção do consumidor por parte do Estado), que o problema atual está em levá-los a sério. Não podem ser considerados como simples “aleluia jurídico”, cunhando a expressão de C. Schmitt, independentemente das dificuldades decorrentes de um tipo de direito “subjectivo” em que ausente a capacidade jurídica para obter a sua efetivação prática.⁴⁰⁰

Não se pode, na visão de Canotilho, citando lição de Alexy já destacada anteriormente, pela importância dos direitos fundamentais, deixar que a sua garantia, ou não garantia, seja “deixada a simples maiorias parlamentares”, encontrando-se um cidadão “numa posição jurídico-prestacional”, explicando que, no plano jurídico-dogmático, ocorre uma inversão do objeto do direito subjetivo, passando de uma pretensão relacionada à omissão dos poderes públicos ante a esfera jurídica a uma postulação de proibição de omissão, impondo-se uma intervenção ativa de fornecimento de prestações.⁴⁰¹

Canotilho refuta o entendimento que as posições jurídico-prestacionais limitam-se a uma única modalidade de situação jurídica, “reguladas por normas indeterminadas, vagas, injusticiáveis, não acionáveis, e, em último caso, não vinculantes.”⁴⁰²

Analisando o direito à vida Canotilho destaca na Constituição Espanhola, que todos têm direito à vida (art. 15º) e prossegue citando a Constituição Portuguesa que preceitua que “a vida humana é inviolável” (art. 24º/1), concluindo que o cidadão tem direito perante o Estado a prestações mínimas, ou seja, um direito subjetivo a prestações existenciais, competindo ao Estado um “dever correlativo”. Esclarece, todavia, não ter o cidadão um direito de ação diante dos poderes públicos, porquanto nas formas de proteção, na sua

⁴⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 51.

⁴⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 52.

⁴⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 53.

“dimensão positiva”, existe um relativo espaço de discricionariedade dos poderes públicos quanto ao meio (ou meios) para dar efetividade ao direito à vida em sua dimensão existencial mínima.⁴⁰³

Adverte Canotilho, porém, que a discricionariedade dos poderes públicos não é total, diante da existência de “determinantes constitucionais heterônomas a vincular o legislador”, como, por exemplo, na Constituição Portuguesa sob a forma de direitos, como o direito à paternidade e maternidade; à cultura; e das crianças ao desenvolvimento integral. Arremata o Autor com o entendimento do Tribunal Constitucional alemão de que o Estado, os poderes públicos e o legislador vinculam-se a proteger o direito à vida, escolhendo um meio (ou vários meios) que darão efetividade a referido direito; havendo apenas um meio para alcançar tal desiderato, devem escolher exatamente tal meio.⁴⁰⁴

Quando o princípio constitucional enquadra-se em “tarefas políticas” do Estado a situação se difere da abordada anteriormente (direito à vida). Como exemplo, Canotilho destaca a execução da política de pleno emprego⁴⁰⁵, prevista nas Constituições portuguesa e espanhola, como pressuposto do direito ao trabalho e do progresso econômico e social. O Estado, “em termos não relacionais”, está constitucionalmente obrigado a uma política de pleno emprego. O cidadão, porém, não tem, perante o Estado, um direito à política de pleno emprego. Segundo Alexy, citado expressamente por Canotilho, o Estado, nesses casos, teria um “simples dever objectivo-*prima facie* garantido por normas não vinculantes.”⁴⁰⁶

Canotilho, salientando que, se na situação anterior, a posição jurídica-prestacional era subjetivamente fraca, em razão de se tratar de

⁴⁰³ Na Constituição Federal brasileira é assegurado a todos a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*) valendo, assim, todas as lições relacionadas às constituições portuguesa e espanhola destacadas por Canotilho.

⁴⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 57-58.

⁴⁰⁵ Na Constituição Federal a busca do pleno emprego é considerada um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VII), assim como o Direito do Consumidor (art. 170, V).

⁴⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 59-60.

um direito econômico (direito ao trabalho) ao qual não se observa o regime dos “direitos, liberdades e garantias” (no direito português), ou em razão de a imposição constitucional da política de pleno emprego corresponder a “apenas um dever não relacional do Estado”, afirma ser difícil negar em outras hipóteses “a subjectividade jurídico-prestacional, desde logo porque a sua garantia a nível constitucional, é de tal modo importante que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maioria parlamentares.”⁴⁰⁷

Como exemplo, Canotilho trata do direito ao ensino, como direito de acesso à universidade, destacando o texto da Constituição Espanhola, que, no capítulo destinado aos direitos e às liberdades, incluiu a educação como um direito de todos, fazendo o seguinte questionamento:

Em que medida um “direito a prestações” (“posição jurídico-prestacional”), como é o direito à educação, pode ser considerado como dimensão relevante do “programa normativo” de um direito subjectivo pessoal (exemplo: liberdade de escolha de profissão, liberdade de aprender)?⁴⁰⁸

Canotilho afirma existirem diferentes respostas: a posição maximalista, entendendo estar presente “direitos originários e prestações”, com a possibilidade de acionar o Estado buscando um lugar na Universidade; a posição minimalista, entendendo o “direito de acesso” como uma imposição constitucional ou até uma mera “linha de direção” ou “princípio objetivo”.

Para Canotilho, o acesso à educação relaciona-se à questão de competência do Estado, de um “poder jurídico”. Assim como na hipótese anterior (direito ao trabalho), esse dever de competência corresponde a um “dever não relacional” de “garantia e acesso aos graus mais elevados do ensino [...]”.⁴⁰⁹

Acrescenta, todavia, que, se fosse considerado apenas o direito de ensino como “simples princípio objetivo” a que corresponderia um

⁴⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p.. 62.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p.. 63.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 63.

mero “dever não relacional do Estado”, não haveria qualquer distinção da situação anterior. Propõe que se estabeleça uma “relação de congruência” entre a obrigação do legislador (“criação de condições a lugares de acesso aos graus mais elevados do ensino”) “e a pretensão subjectiva do cidadão”.

Como problema, aponta Canotilho que ao direito subjectivo se associa o carácter “da atualidade ou aplicabilidade imediata da norma garantidora” de tal direito, “a determinabilidade do destinatário e a acionabilidade judicial, características que faltarão inequivocamente em muitos direitos a prestações.”⁴¹⁰

Comparando essa situação e a hipótese do direito à vida, aponta Canotilho a diferença que há:

i) entre uma norma que garante um direito subjectivo de tipo definitivo, isto é, uma norma que fornece fundamento imediato para uma norma individual de decisão (caso do “direito de sobrevivência”); ii) e uma norma que garante *prima facie* um direito subjectivo, ou seja, uma norma que contém fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma “decisão individual”. Direito subjectivo *prima facie* porque, com razoabilidade, não é possível resolver o problema do acesso à Universalidade em termos de “tudo ou nada”.⁴¹¹

Baseando-se, assim, nas lições de Alexy e Canotilho, conclui-se, que o Estado está proibido de deixar de proteger o consumidor, por ser considerado um direito e uma garantia fundamental, tendo em vista sua importância, impondo-se, por consequência, uma intervenção ativa para propiciar sua adequada e efetiva tutela, admitindo-se, inclusive ação judicial para alcançar tal finalidade, por ser considerado um direito subjectivo do cidadão.⁴¹²

⁴¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 65.

⁴¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 66.

⁴¹² Neste sentido ato editado pelo Ministério da Justiça, datado de 1988, determinando a fixação de etiquetas indicativas de preços em produtos expostos à venda, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RMS 23.732, em julgamento realizado em 17 de novembro de 2009, sendo destacado pelo Min. Gilmar Mendes, Relator do Acórdão, que “o ato do ministro da Justiça não violou qualquer dispositivo constitucional”, mas, ao contrário, observou dois dispositivos da Constituição: o inciso 32 do artigo 5º, que diz que o Estado

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, tendo em vista a doutrina dos direitos fundamentais de Rober Alexy, identificaram o direito do consumidor como o que o referido autor denomina de “espécies de direito de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiro”, concluindo que:

Neste sentido o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e excepcionalmente, ao próprio Estado (p. ex: art. 22, CDC).⁴¹³

O Ministro Gilmar Mendes, atualmente exercendo o cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, baseado na teoria dos *Status* de Jellinek⁴¹⁴, abordada anteriormente, manifesta-se no mesmo sentido,

promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; e o parágrafo 5º do artigo 170, segundo o qual a ordem econômica deve observar os princípios de defesa do consumidor”. In Notícias STF, de 17-11-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116171&caixaBusca=N>>. Acesso em 17-12-2009.

⁴¹³ SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Org.). **Estudos de direito do consumidor**: tutela coletiva. homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública. Rio de Janeiro: Lumem jûris, 2005. p. 136.

⁴¹⁴ Gilmar Mendes, ao comentar a teoria dos *Status* de Jellinek, destaca: “É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatro "Status", que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (Abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (Leistungsrechte), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (faktische positive Handlungen), quanto a prestações normativas de índole positiva (normative Handlungen) [...] A garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais. É o que se verifica, v.g., com as chamadas garantias de natureza institucional, com os direitos à prestação positiva de índole normativa, inclusive o chamado direito à organização e ao processo (Recht auf Organization und auf Verfahren) e, não raras vezes, com o direito de igualdade. A concretização desses direitos exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar. A visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (Abwehrrecht) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (Freiheit vom...), mas de desfrutar essa liberdade através do Estado (Freiheit durch...). A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a

asseverando que se o Estado não atua de forma adequada há uma outra dimensão do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição da proteção insuficiente, que deve ser observado em relação à proteção do consumidor. O Estado tem o dever de legislar e agir de um modo geral, salientando que os deveres positivos não cumpridos exigem uma atuação do ente estatal.⁴¹⁵

Tal conclusão não é diferente daquela destacada por Canotilho anteriormente, no sentido da obrigação de intervenção positiva dos poderes públicos para tutelar determinado direito fundamental, sendo admissível, inclusive, postular uma proibição de omissão.⁴¹⁶

Claudia Lima Marques, na mesma linha de Alex e Canotilho, pontua que, em razão da evolução do direito, como um dos instrumentos de modificações sociais, os direitos políticos (direitos fundamentais de primeira geração), os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de segunda e terceiras gerações), “passam a ter eficácia positiva”. De um efeito meramente negativo, de proibição da interferência do Estado em determinadas atitudes dos indivíduos, passaram as referidas previsões constitucionais a ganhar “uma nova força ‘positiva’”, obrigando-se “o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores”. Essa é a razão da disposição de o legislador moderno buscar dar eficácia prática aos novos direitos fundamentais do indivíduo, inclusive os direitos econômicos, “através da inclusão destes ‘objetivos

possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.” MENDES, Gilmar. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão. MENDES, Gilmar Ferreira - **Caderno Virtual, 2009.** Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/49/26>>. Acesso em 17-4-2010.

⁴¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Palestra - a dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor.** VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – a defesa do consumidor e a justiça – ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal. Starfish Resort Hotel. Aracajú/SE, 29.04.2009.

⁴¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** p. 52.

constitucionais' em normas ordinárias de direito privado", como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.⁴¹⁷

Compreendendo-se, assim, a obrigação de atuação do Estado para concretização de direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva, apesar de já ter destacado, por várias vezes, ao longo do trabalho, que o direito do consumidor é um direito e uma garantia fundamental, fazendo-se algumas reflexões a partir de tal constatação, como no presente tópico, por questão de organização, tratar-se-á do referido tema separadamente, na sequência, procurando-se aprofundar a abordagem.

3.1.3.3 Defesa do consumidor como direito e garantia fundamental

Em razão da importância do consumidor no contexto social o constituinte entendeu por bem incluir sua defesa como direito e garantia fundamental, assim como fez com outros temas relevantes, como o racismo, considerando crime inafiançável, gerando sérias consequências para o regime jurídico geral.⁴¹⁸

Importância, aliás, demonstrada, em 15 de março de 1962, pelo então Presidente John F. Kennedy, em mensagem especial para o Congresso sobre a proteção dos interesses do consumidor, enumerando direitos fundamentais do consumidor, quais sejam: à segurança, à informação à escolha e a ser ouvido⁴¹⁹.

⁴¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002. p. 513. Mesma lição na obra MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Palestra - a dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor**. VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – a defesa do consumidor e a justiça – ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal. Starfish Resort Hotel. Aracajú/SE, 29.04.2009.

⁴¹⁹ KENNEDY, John F. Mensagem especial para o Congresso. *Apud* CRUZ, Guilherme Ferreira. Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção. **Biblioteca de Direito do Consumidor** – 34. Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques (Coords). São Paulo: RT, 2008.

O referido documento foi considerado um marco na história da defesa do consumidor, provocando a gradativa preocupação, por muitos países, com a proteção do consumidor, inaugurando, segundo Newton de Luca, a terceira fase da proteção do consumidor. A primeira fase ocorreu após a 2ª Guerra, todavia ainda não se diferenciavam os interesses dos fornecedores e consumidores; a preocupação era com o preço, a informação e a rotulagem adequada dos produtos. Na segunda fase, já se preocupava com a atitude do fornecedor diante do consumidor, destacando-se a figura do conhecido advogado americano Ralph Nader.⁴²⁰

A famosa mensagem do Presidente americano, além de inspirar a Resolução n. 39.248, da Organizações das Nações Unidas, que relacionou os principais direitos do consumidor⁴²¹, a qual, por sua vez, serviu de fonte para o reconhecimento dos direitos básicos previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, ensejou a comemoração, todos os anos, no dia 15 de março, do dia internacional do consumidor, assim como também do dia nacional do consumidor.⁴²²

Ressaltou John Kennedy alguns aspectos extremamente atuais da defesa do consumidor, demonstrando com pertinência sua importância e a necessidade de o Estado proteger seus interesses, valendo a pena destacar as seguintes observações:

⁴²⁰ LANG, Tim. Consumers or citizens? The Ecologist, 21, julho/agosto de 1991. p. 55 *apud* LUCA, Newton. **Direito do consumidor**. p. 47.

⁴²¹ Segundo José Geraldo Brito Filomeno, “Outro mito que precisa ser desfeito desde logo é o de que os direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º do novo Código são a grande novidade. Em verdade, constam já de resolução da ONU, de 1985, que fala em direito de proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, informação clara e adequada sobre os mesmos, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, meios coercitivos ou desleais, cláusulas abusivas em contratos, principalmente de adesão, modificação de suas cláusulas, prevenção e reparação de danos, acesso aos órgãos judiciais e administrativos com vistas à reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, *in* GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 19.

⁴²² BRASIL. **Lei 10.504, de 8 de Julho de 2002**. Que Dispõe sobre a criação do Dia Nacional do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10504.htm> Acesso em: 15-11-09.

Consumidores, por definição somos todos nós. Eles são o maior grupo econômico na economia, influenciados e influenciando toda e qualquer decisão econômica, pública ou privada [...] O Governo Federal – por natureza o mais poderoso interlocutor de todas as pessoas – tem como obrigação estar atento para a necessidade dos consumidores e avançar na proteção dos seus interesses [...] A marcha da tecnologia – afetando, por exemplo, os alimentos que comemos, os medicamentos que usamos e muito dos utensílios que utilizamos em casa – tem aumentado a dificuldade do consumidor fazer suas escolhas [...] O marketing cada vez mais impessoal. A escolha do consumidor é influenciada por propaganda de massa, que se utiliza de técnicas de persuasão extremamente desenvolvidas.⁴²³

Pode-se acrescentar às suas palavras outros inúmeros motivos que demonstram a pertinência e o acerto da Constituição em considerar a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, para propiciar sua adequada e efetiva tutela pelo Estado na órbita civil, administrativa ou penal, algumas delas, é bem verdade, já mencionadas ao longo do trabalho: os contratos de adesão, com inúmeras cláusulas abusivas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, sem a mínima possibilidade de discussão do seu conteúdo, gerando, como conseqüência, a necessidade de relativização do *pacta sunt servanda*, um dos maiores dogmas do direito privado, em homenagem ao reconhecimento da função social do contrato; os riscos à saúde e segurança do consumidor provocados por produtos e serviços, citando-se, apenas como exemplo, o aumento de casos de câncer em decorrência da utilização de aparelhos celulares e pela exposição as ondas provenientes das antenas para irradiação do sinal^{424 425}; a impessoalização ou a desumanização⁴²⁶, nas relações

⁴²³ KENNEDY, John F. Mensagem especial para o Congresso. *Apud* CRUZ, Guilherme Ferreira. **Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral**. p. 205-206.

⁴²⁴ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.03.660426-0**, movida por associação civil, cujo objeto é a inclusão, de forma visível, destacada e compreensível, em toda e qualquer publicidade do serviço de telefonia celular que veiculam no estado de Santa Catarina, informações sobre os riscos potenciais à saúde que podem advir do uso dos aparelhos celulares. Juiz sentenciante: Luiz Antonio Zanini Forneroli. Data do julgamento: 2-2-2009. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>>. Acesso em: 10-12-2009. O pedido foi julgado procedente, ficando consignado na sentença: “Depois de muitos debates e inúmeros estudos científicos colacionados aos autos, bem como pelo laudo pericial confeccionado, verifica-se que a comunidade científica não tem decisões conclusivas acerca dos riscos provocados pela utilização dos aparelhos celulares.”

de consumo, aprofundada ainda mais com a disseminação do comércio eletrônico e de atendimento ao consumidor por telefone; a falta de informação adequada quanto às principais características dos produtos e serviços; as deficiências nos serviços públicos objeto da relação de consumo, especialmente os serviços telefônicos; as publicidades enganosas e abusivas; e a sanha dos banqueiros, cobrando juros e tarifas escorchantes e ocasionando o superendividamento.

Entendeu, assim, o constituinte, pela primeira vez na história da República, reconhecer a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, proclamando no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Segundo Claudia Lima Marques, promover exprime a noção de “assegurar afirmativamente que o Estado-Juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses desses consumidores.” Estão, assim, todos os entes do Estado com a obrigação de uma prestação protetiva, a uma atuação positiva, conforme visto anteriormente. É considerado “direito subjetivo público geral”, não apenas de proteção contra as atuações do Estado mas também de ação efetiva “(protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a

⁴²⁵ A respeito dos riscos provocados pela exposição do ser humano a campos eletromagnéticos, vide: DODE, Adilza Condessa. **Poluição ambiental e exposição humana a campos eletromagnéticos**: estudo de casos no município de Belo Horizonte, com ênfase nas estações radiobase de telefonia celular [resumo publicado]. 2003. 175f. Dissertação de Mestrado. Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental, Departamento de Engenharia Hidráulica e Recursos Hídricos. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.mreengenharia.com.br/pdf/tese_protugues.pdf>. Outros estudos sobre o assunto disponíveis em: <<http://www.mreengenharia.com.br/>>. Ambos acesso em: 30-11-2009.

⁴²⁶ Segundo lição de Claudia Lima Marques, “a doutrina européia atual, analisando o uso de máquinas de televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’, por outras coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não-perenes e virtuais; atos existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e clicks deste homem atual, que denominam, ironicamente, não mais *homo loquens*, dada a perda da importância da palavra e sim *homo videns*, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato...Um contrato ‘desumanizado’, que beira a auto-suficiência do declarado e ‘construído’ de forma unilateral e prévia no *síte* eletrônico ou na máquina colocada em um corredor da escola, auto-suficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo.” In MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime da relações contratuais. p. 55.

alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão Rechte auf positive Handlungen)”.^{427 428}

Como direito fundamental, além de direito subjetivo a uma ação protetiva do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), o consumidor também tem assegurado a proteção em uma relação de natureza privada (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)⁴²⁹, salientando-se que o tema já foi abordado no subitem 3.1.1, destacando-se, ainda, que tais consequências são decorrentes da constitucionalização do direito, objeto do primeiro Capítulo.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, os artigos 5º, XXXII, e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (que determina a necessidade de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor) estabelecem um desafio entre o direito comercial, civil e processual com a defesa do consumidor, salientando-se que pode ser compreendido que a própria legislação não contemplada no Código de Defesa do Consumidor, mas tratando

⁴²⁷ MARQUES, Claudia Lim; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 25.

⁴²⁸ Fábio Konder Comparato entende que a proteção do consumidor prevista no art. 5, XXXII, da CF/88, não pode ser considerado um direito subjetivo, afirmando: “Para que isso se verificasse, seria preciso que todo consumidor fosse titular, contra o Estado (em que extensão subjetiva: toda e qualquer pessoa jurídica de direito público interno e, também, todas as entidades da chamada Administração Pública indireta?), de uma pretensão a uma prestação determinada. Ora, a proteção ao consumidor, referida genericamente no citado dispositivo de nossa Constituição, não pode ser considerada uma prestação pública determinada. Ademais, a referência à mediatização da lei parece indicar que nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei [...] Na doutrina constitucional alemã, aliás, já se sustentou que os direitos humanos de conteúdo social não constituem autênticos direitos subjetivos fundamentais [...]”. Comparato sustenta que a proteção do consumidor é um princípio de natureza programática, com dupla eficácia: “De um lado, não pode o legislador, ou a administração pública, editar norma conflitante com o objetivo do programa constitucional. De outro lado, os Poderes Públicos têm o dever de desenvolver esse programa, por meio de uma ação coordenada.” KONPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *In Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 80. São Paulo: RT, out.dez./1990. p. 69.

⁴²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 28.

de relação de consumo, seja interpretada favoravelmente ao consumidor, conclusão com a qual se concorda inteiramente.⁴³⁰

Conforme observações de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques, o reconhecimento do direito do consumidor como direito e garantia fundamental, aliado ao seu enquadramento como um dos princípios da ordem econômica (artigo 170, V, CF/88) e a determinação constitucional de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (artigo 48 do ADCT)⁴³¹, representa a reconstrução do direito privado brasileiro, diferenciando as relações entre iguais, de natureza puramente civil, e as relações comerciais, daquelas estabelecidas entre o consumidor e um profissional, outorgando-lhe o constituinte “um *status* diferente, este sim diretamente oriundo do mandamento de proteção desse sujeito especial, identificado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da proteção do consumidor.”⁴³²

Os mesmos doutrinadores ressaltam que a forma de o Estado promover a defesa do consumidor, conforme o texto constitucional – “na forma da lei” - é por intermédio do legislador ordinário. Destacam, ainda, que, pela nova compreensão dos direitos fundamentais, especialmente considerando-se o entendimento da Corte Constitucional alemã, o Estado passa de uma condição de adversário – típica dos direitos-liberdades – “para uma posição de garantidor destes direitos, o que vai determinar do Poder Público, não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão.”⁴³³

Fábio Konder Comparato esclarece que a defesa do consumidor é um “tipo de princípio-programa”, que tem como objeto uma “ampla política pública”, exprimindo a expressão “um programa de ação de interesse

⁴³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Palestra - a dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor**. VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – a defesa do consumidor e a justiça – ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal. Starfish Resort Hotel. Aracajú/SE, 29.04.2009.

⁴³¹ Ambos os dispositivos constitucionais serão apreciados mais adiante.

⁴³² SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Org.). **Estudos de direito do consumidor** - tutela coletiva – homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública. p. 124-125.

⁴³³ SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Org.). **Estudos de direito do consumidor** - tutela coletiva – homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública. p. 137-138.

público. Para sua concretização, desenvolve-se uma atividade, ou seja, “uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição, que ocorre por meio das chamadas normas-objetivo”.

Significa a existência de um “certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório”, salientando Comparato que a “implementação desses meios exige a edição de normas, que podem ser leis e regulamentos da Administração Pública”, todavia, deixa claro que “essa atividade normativa - incluindo o Código de Defesa do Consumidor - não exaure, em absoluto, o conteúdo da *policy*, ou programa de ação pública”, sendo, indispensável, para sua realização, a “organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa”.⁴³⁴

Em toda a relação de consumo, ocupada, em um polo, pelo consumidor, e em outro, pelo fornecedor de um produto ou serviço, deve ser lembrada a especial proteção que a Constituição confere ao primeiro, associando-a ela ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois quanto maior a vulnerabilidade de um dos atores da relação jurídica mais intensa será a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, especialmente em um país de dimensão continental como o nosso, pródigo pelas significativas desigualdades, que necessitam ser afastadas, entre as pessoas, ou, no mínimo, diminuídas.⁴³⁵

3.1.3.3.1 Normas de ordem pública e interesse social

Um desdobramento bastante significativo do direito do consumidor como direito e garantia fundamental ou, melhor dizendo, utilizando-se lição de Claudia Lima Marques, a inclusão de referido objetivo constitucional na

⁴³⁴ KONPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. In **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 80. São Paulo: RT, out.dez./1990. p. 70

⁴³⁵ GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo – **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69. São Paulo: RT, jan.-mar. 2009. p. 108.

legislação ordinária de direito privado⁴³⁶, é o fato de as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor - elaborado por determinação constitucional (artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) - serem consideradas de ordem pública e interesse social, conforme previsão do artigo 1º do mencionado estatuto protetivo, significando, conforme José Geraldo Brito Filomeno, "que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo", ressalvando-se a possibilidade de "livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 107."⁴³⁷

Normas de ordem pública representam valores "básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos", interessando mais "diretamente à sociedade que aos particulares".

Por outro lado, a função social do Código de Defesa do Consumidor é representada pelo objetivo de proteger um grupo específico de indivíduos, em razão de sua vulnerabilidade diante das práticas abusivas do livre mercado, "com intervenção imperativa nas relações de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social."⁴³⁸

Considerando, assim, a natureza de direito e garantia fundamental do direito do consumidor, e o fato de as normas do Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e interesse social, a consequência, nos parece lógica, seria o Estado-Juiz conhecer as cláusulas abusivas dos contratos de consumo de ofício, consideradas, pelo artigo 51 do

⁴³⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. p. 513.

⁴³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al.*]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. p. 24.

⁴³⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74**. p. 55.

Código de Defesa do Consumidor, nulas de pleno direito, independentemente do pedido do autor, até para afastar definitivamente tais cláusulas do mundo jurídico.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, na Súmula 381, acabou entendendo que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, em manifesta oposição à doutrina consumerista⁴³⁹ e aos inúmeros precedentes dos Tribunais de várias Unidades da Federação e do próprio STJ⁴⁴⁰, admitindo, assim, que as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor sejam derogadas por vontade das partes, ou, pelo menos, de uma das partes, no caso o fornecedor.

Um dos argumentos contrários ao conhecimento de ofício que chama a atenção é do Ministro João Otávio de Noronha, que, ao apreciar o Recurso Especial n. 1.061.530⁴⁴¹, salientou não caber ao magistrado afastar-se de sua neutralidade na presidência do processo, não devendo, assim, “advogar no sentido de defender interesse algum no processo”, destacando que não cabe ao juiz proteger parte alguma, mas apenas a lei, dando como exemplo a inversão do ônus da prova no caso do consumidor hipossuficiente. Em conclusão, afirma que “A este (juiz) cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos a norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso.”

Ora, discorda-se, primeiramente, da observação que não compete ao juiz proteger parte alguma no processo. O Estado-Juiz não está afastado do cumprimento de um direito e uma garantia fundamental de proteger, na forma da lei, o consumidor. Assim, se a lei, de ordem pública e interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o juiz, interpretando adequadamente a lei, tendo como norte os princípios estruturantes

⁴³⁹ Neste sentido Nelson Nery Júnior, *in* GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 560.

⁴⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 655.443**. 4ª Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 5-4-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5-12-2009. No mesmo sentido **REsp n. 248.155/SP**.

⁴⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.061.530/RS**. 2ª Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 22-10-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1061530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5-12-2009.

do texto constitucional abordados no presente trabalho, tais como: a proteção da dignidade da pessoa humana, o espírito republicano, a cidadania, a justiça e a liberdade, conhecer de ofício a nulidade da respectiva cláusula contratual, protegendo, por consequência, o ente vulnerável, o débil.

Rizzato Nunes deixa claro a necessidade de o “intérprete, de o aplicador da lei e de o legislador infraconstitucional” tratarem certas pessoas reconhecidas pela Constituição Federal como hipossuficientes, “de maneira diferenciada, visando a busca de uma igualdade material”, como é o caso do consumidor, por sua vulnerabilidade.⁴⁴²

Por outro lado, importante registrar que o princípio prevalente, no caso, deveria ser o de proteção do consumidor em relação a princípios de natureza processual, tendo o legislador ordinário, para dar concretude ou densidade a mencionado princípio, elaborado uma regra para deixar claro a impossibilidade de os envolvidos na relação de consumo disporem das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de obrigar o Estado a uma prestação protetiva, a uma obrigação positiva, para aplicação concreta de seus preceitos.

A linha de pensamento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na menciona Súmula é típica do Estado Liberal do século XIX, pois privilegiou-se o forte, aquele que agiu afrontando o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta do espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade dos particulares regularem livremente suas relações negociais, conforme visto anteriormente e lição de Claudia Lima Marques:

[...] Hoje a intervenção determinada pela própria Constituição diminui o espaço reservado para os particulares auto-regularem livremente as suas relações negociais, isto é, limita a própria autonomia privada; diminuindo também o espaço de decisão do

⁴⁴² RIZZATO, Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. p. 32-33.

próprio Estado e de seus três Poderes, levados a legislar, executar e interpretar leis conforme as linhas ordenadas pela Constituição.”⁴⁴³

Salienta-se, ainda, que, conforme observado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, Relatora do Resp n. 1.061.530, artigo 168, parágrafo único, do Código Civil, determina que as nulidades do negócio jurídico devem ser pronunciadas pelo juiz, isto é, de ofício, destacando-se que, pela regra do artigo 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, o referido dispositivo tem inteira aplicação nas relações de consumo, porquanto os direitos previstos no estatuto protetivo não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária, o que é chamado de “diálogo das fontes” exigindo uma interpretação das normas aplicáveis ao caso de forma “compatibilizadora”, “integrativa”.⁴⁴⁴

Na verdade, a preferência externada pelos Ministros foi pelas regras processuais dispostas no art. 115 do Código de Processo Civil (*tantum devolutum quantum appellatum*)⁴⁴⁵ e no 267, § 3º⁴⁴⁶, do Código de Processo Civil, em detrimento das regras de direito material e, o fundamental, dos valores mais importantes previstos na Constituição Federal. Vale, aqui, lembrar as lições de Paulo de Tarso Brandão, destacadas no primeiro Capítulo⁴⁴⁷, no sentido da necessidade da utilização da Constituição Federal para o manejo das

⁴⁴³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 514.

⁴⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 519. O Termo diálogo das fontes é utilizado por Erik Jayne e adotado por Claudia Lima Marques.

⁴⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. n. 782.895/SC. 3ª Turma. Relator: Min. Sidney Beneti. Data do julgamento: 19-06-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=782895&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 12-12-2009.

⁴⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. “Art. 267, § 3º - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.s. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito [...] IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;” Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12-12-2009.

⁴⁴⁷ Vide subitem 1.5.

ações constitucionais envolvendo os “novos direitos”, em detrimento dos institutos processuais clássicos do processo civil.

Por tudo isso, conclui-se que mencionada decisão é inconstitucional, pois violou a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental e como um princípio da ordem econômica⁴⁴⁸, além dos princípios constitucionais estruturantes umbilicalmente a ele ligados, como o republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a solidariedade, valores da mais alta importância que devem servir como farol e guia da atuação de todos os entes estatais, conforme já visto no presente trabalho, especialmente de nosso Tribunal da Cidadania.

3.1.3.4 A defesa do consumidor e o princípio da isonomia

O princípio da isonomia está previsto expressamente no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e quer dar concretude aos princípios fundamentais destacados no segundo Capítulo ou pode ser considerado importante especificação decorrente dos mencionados princípios, conforme lição de Barroso já destacada⁴⁴⁹, razão pela qual também o considera-se como um princípio constitucional geral, assim como o direito do consumidor, conforme classificação já efetuada ao longo do trabalho.⁴⁵⁰

A redação do dispositivo constitucional mencionado é a seguinte:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Segundo ensinamentos de Paulo Bonavides, “o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é

⁴⁴⁸ Vide subitem 3.2.1.

⁴⁴⁹ Vide subitem 3.1.

⁴⁵⁰ Igualdade, segundo Norberto Bobbio, é um valor que serve de fundamento à democracia, conforme destacado no subitem 2.3.4.1.

indubitavelmente o princípio da igualdade”, materializando o referido princípio a “liberdade da herança clássica”, compondo, com esta, “um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”.⁴⁵¹

Canotilho afirma que o princípio da igualdade contém uma dimensão objetiva, ou seja, “vale como princípio jurídico-informador de toda a ordem jurídico-constitucional”.⁴⁵²

A igualdade é o direito fundamental que mais tem crescido em importância no Direito Constitucional atual, sendo o “direito-chave, o direito guardião do Estado social.”

A igualdade jurídica presente no liberalismo é transformada em igualdade material na nova concepção de Estado, vinculando os legisladores.⁴⁵³ Passa-se de uma igualdade “perante” a lei para uma igualdade “feita” pela lei, conforme observações de Gerhard Leibholz, destacada por Bonavides.⁴⁵⁴

Conforme Alexy, a igualdade foi “compreendida por muito tempo exclusivamente no sentido de um dever de igualdade na aplicação do direito”, sendo admissível, por essa visão, que o legislador discrimine como bem entender, “desde que as normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos”, pois, assim, “o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito”.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, todavia, segundo lição de Alexy, a partir de suas primeiras decisões sobre o tema, “assumiu como evidente a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade, ou seja, assumiu uma interpretação do art. 3º, § 1º, não apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do direito”.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 376.

⁴⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1174

⁴⁵³ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 376.

⁴⁵⁴ LEIBHOLZ, Gerhard. *Apud* BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 376

⁴⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 392-393.

Canotillho, na mesma linha, salienta que o princípio da igualdade previsto na Constituição portuguesa não está relacionado com a igualdade formal, mas com a exigência de uma igualdade material por intermédio da lei, “devendo-se tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.”⁴⁵⁶

Alexy destaca não ser possível exigir do legislador que todos sejam tratados “exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos”. Em contrapartida, também não se pode permitir “toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção”. Como ponto de partida para se encontrar um meio-termo, propõe o Autor a “fórmula clássica: ‘O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente’”, que constitui a “coluna vertebral do Tribunal Constitucional Federal alemão.”⁴⁵⁷

Acrescenta Alexy que a aplicação da referida fórmula relaciona-se ao conteúdo da norma e não a sua forma, “ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade.”⁴⁵⁸

A defesa do consumidor é um exemplo típico de igualdade “feita pela lei”, na “criação do direito”, porquanto quer, exatamente, tornar mais igual uma relação jurídica tipicamente desigual, formada pela presença de um consumidor extremamente vulnerável com um fornecedor que ocupa uma posição de superioridade, relembrando-se, aqui, o que já ficou consignado sobre o assunto no primeiro Capítulo.⁴⁵⁹

A vulnerabilidade do consumidor, utilizando a divisão proposta por Claudia Lima Marques pode ocorrer de três formas: a técnica, a fática e a jurídica.

⁴⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 427-428.

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 397.

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 399.

⁴⁵⁹ Vide Subitem 1.5, com lições sobre o princípio da isonomia do Padre Lacordaire, Norberto Bobbio, Aristóteles, Konrad Hesse e Robert Alexy.

Na vulnerabilidade técnica, o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo, podendo, assim, ser facilmente enganado sobre suas características ou utilidade. Pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, a referida vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional e apenas excepcionalmente reconhecida para o fornecedor profissional, destinatário fático do bem.

A vulnerabilidade fática é o desequilíbrio fático de forças, intelectuais e econômicas, que estão presentes nas relações de consumo.

Finalmente, a vulnerabilidade jurídica ou científica está relacionada à ausência de conhecimentos “jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”, sendo, também, presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Para os profissionais e as pessoas jurídicas a presunção é exatamente a contrária, porquanto devem ter conhecimentos jurídicos e de economia para exercer a profissão, ou, pelo menos, têm a obrigação de consultar advogados e outros profissionais especializados antes de contrair uma obrigação.⁴⁶⁰

Os mais recentes estudos europeus sobre a noção de vulnerabilidade procuram separá-la de sua “fonte ou base filosófica: a igualdade ou desigualdade entre sujeitos”. A razão para isso “é que a igualdade é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas;” para se buscar a justiça, os iguais são tratados igualmente e os desiguais desigualmente. “Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, que apresenta traços de subjetividade, que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos”.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. o novo regime das relações contratuais. p. 270-272.

⁴⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º a 74. p. 55.

Konrad Hesse, ao tratar da igualdade jurídica material, deixa claro “não consistir em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais”. Apenas “casos iguais devem encontrar regra igual.”⁴⁶², justificando-se, assim, o tratamento desigual entre o consumidor e fornecedor, pela manifesta diferença entre ambos.

Na verdade, o tratamento desigual entre os atores participantes da relação de consumo é uma obrigação, por uma questão de justiça, característica do Estado social⁴⁶³, aplicando-se a seguinte fórmula proposta por Alexy: “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.”⁴⁶⁴

3.1.3.4.1 O tratamento diferenciado a consumidores.

Uma questão que também deve ser analisada tendo em vista o princípio da isonomia é a possibilidade, ou não, de tratamento diferenciado a consumidores, destacando-se que o artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, reconhece como direito básico do consumidor a “igualdade nas contratações”, lembrando-se, todavia, que já foi tratado superficialmente do tema no primeiro e no segundo Capítulos⁴⁶⁵.

A resolução do problema não é diferente dos requisitos que autorizam o tratamento diferenciado de pessoas em outras situações, apresentando Alexy considerações muito importantes sobre o assunto. Conforme o referido Autor, a fórmula que representa o tratamento desigual é a seguinte: “Tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos”.

Ocorre uma diferenciação arbitrária, para o Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo Alexy, “se não é possível encontrar um

⁴⁶² HESS, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 330.

⁴⁶³ Sobre o conceito de Estado social vide Capítulo 1, subitem 1.5, e capítulo 2, subitem 2.3.1.

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 410.

⁴⁶⁵ Vide subitem 1.4.3 e 2.3.5.1.

fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei”. Ou seja, a diferenciação será arbitrária e, assim, vedada, “ser não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela”. O pano de fundo para a possibilidade de diferenciação é a “ideia de justiça”. Pode ser expressa a ideia de diferenciação da seguinte forma: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”.⁴⁶⁶

Então, para a possibilidade de um tratamento diferenciado a consumidores é necessário que um fundamento razoável o justifique ou uma razão objetivamente evidente, tendo como pano de fundo o conceito de justiça.

Canotilho segue a mesma linha, salientando que o princípio da “proibição do arbítrio” deve estar “sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo”. Estará presente uma violação arbitrária do princípio da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não estiver baseada em um: “(i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. Este último requisito aponta para um “problema de valoração”, sendo necessária a “análise da ‘natureza’, do ‘peso’, dos ‘fundamentos’ ou ‘motivos’ justificadores de soluções diferenciadas”.⁴⁶⁷

Rizzato Nunes salienta que, em algumas situações, é da discriminação que nasce o princípio da isonomia, destacando, todavia, que o critério discriminatório deve estar “conectado logicamente com o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada”, acrescentando, ainda, outro requisito, representado pela existência de “afinidade entre essa correlação lógica e os valores protegidos pelo ordenamento constitucional”.

Como exemplo de impossibilidade de tratamento discriminatório, Rizzato destaca o fato de portadores de um determinado cartão de crédito poderem comprar ingressos de cinema por telefone, escapando, assim,

⁴⁶⁶ ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 407-408.

⁴⁶⁷ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 428-429.

das imensas filas. Como motivos que legitimam o tratamento diferenciado, é destacado o privilégio concedido aos idosos e mulheres grávidas⁴⁶⁸, acrescentando-se o pagamento de meia-entrada por estudantes.

A Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis enfrentou duas questões relacionadas à violação, ou não, do princípio da isonomia em razão de tratamento a consumidores de forma diferenciada.

A primeira relaciona-se com a cobrança de tarifas diferenciadas para pagamento do transporte coletivo municipal pelo consumidor que utiliza o cartão eletrônico e para o consumidor que efetua o pagamento em dinheiro, diretamente no coletivo, ou seja, a prestação do mesmo serviço público com preços diferenciados.⁴⁶⁹

Concluiu-se, invocando precedentes do Superior Tribunal de Justiça^{470 471}, que a prática autorizada pelo poder concedente não configuraria violação ao princípio da isonomia, sendo, assim, perfeitamente admissível, pois

⁴⁶⁸ NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. p. 31-32.

⁴⁶⁹ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Procedimento Administrativo Preliminar n. 006/2006/29ª PJ**. 29ª Promotoria de Justiça - Florianópolis. Objeto: cobrança de preço diferenciado entre consumidores que pagam com cartão e com dinheiro. [documento disponível impresso].

⁴⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em MS n. 12.959/SP**. 1ª Turma. Relator: Min Milton Luiz Pereira. Data do julgamento: 11-2-2002.. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12959&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 15-11-2009. Excerto do Voto do Relator “[...].RMS 12.959. [...] Com efeito, o decreto municipal viola a isonomia entre os usuários de transporte coletivo, na medida em que permite a diferenciação de tarifas pelo mesmo serviço prestado, sem qualquer indicação que motive ou fundamente a diversidade imposta. 21. Ademais, não demonstra o recorrido que a disparidade prevista na norma possua um fim social maior, o que justificaria a desigualdade das tarifas. O 'bilhete social' não se destina especificamente a determinada categoria (como a de idosos, estudantes ou desempregados), mas é aplicável a toda população. indistintamente, bastando, para isso, que se compre o bilhete nos locais indicados ou nas catracas dos ônibus”.

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 12.326/SP**. 1ª Turma. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 20-03-2001. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12326&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 15-11-2009. Excerto do Voto do Relator, citando parecer emitido pela Procuradora de Justiça Regina Z. Capistrano da Silva: “[...] É que a tarifa, diferentemente do que ocorre com a taxa, pode ser livremente fixada pelo Poder Público para retribuição de serviços prestados, admitindo diferenciação quanto à captação dos valores exigidos em contraprestação a um serviço, devendo, todavia, sofrer tal disparidade na cobrança a devida justificativa ou suporte fático/jurídico relevante, demonstrando o prestador do serviço, de forma cabal ou ausente de dúvidas, o motivo específico para a diversidade pecuniária na retribuição dos mesmos bens prestados, oferecidos ou simplesmente postos à disposição do público”.

baseada em um critério objetivo que trazia benefícios à coletividade de consumidores⁴⁷², o que ocasionou o arquivamento do procedimento administrativo relacionado ao assunto, que foi devidamente homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público.

A segunda questão relaciona-se com a cobrança de tarifa de água para moradores de balneários da região litorânea catarinense, durante os meses de janeiro e março de 2009, com o valor mais alto do que para outros consumidores, sob a justificativa da prestadora de serviço de risco de falta de água pelo excesso de consumo.⁴⁷³

Nas manifestações pelo arquivamento do inquérito civil - que foi devidamente homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público⁴⁷⁴ - e em mandado de segurança que tratava do assunto⁴⁷⁵, entendeu-se que a prática

⁴⁷² Destaca-se da promoção de arquivamento do referido procedimento a ementa e um trecho de sua fundamentação: “Consumidor – Transporte coletivo urbano – Cobrança diferenciada de tarifas - Cartão eletrônico e dinheiro – Princípio da isonomia – Violação - Prática abusiva – Inocorrência – Critério objetivo – Benefício à coletividade de consumidores – Arquivamento [...] “Tal situação se justifica, uma vez que o usuário que adquire o cartão eletrônico passa a diferenciar-se daquele que efetua o pagamento em dinheiro, pois o uso da bilhetagem eletrônica, segundo o Município, contribuirá para a melhoria do sistema integrado, através da prestação de um serviço eficiente, adequado, rápido e seguro. Além disso, o tratamento diferenciado justifica-se também pelo fato de que, estimulando o uso do cartão através do desconto, outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico serão salvaguardados, tais como o direito à segurança, à prestação de serviço adequado e à melhoria da qualidade de vida. Com efeito, segundo informado pelo poder concedente do serviço público de transporte coletivo municipal, o uso do cartão eletrônico trará significativos benefícios para os usuários do mencionado serviço, mormente aqueles que o utilizam diariamente, pois, além de facilitar e agilizar a integração do sistema, diminuirá o número de assaltos que freqüentemente ocorrem no interior dos ônibus [...]” *In SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Procedimento Administrativo Preliminar n. 006/2006/29ª PJ. 29ª Promotoria de Justiça - Florianópolis. [documento disponível impresso].*

⁴⁷³ SANTA CATARINA. Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. **Resolução n. 234/2008.** [documento disponível impresso].

⁴⁷⁴ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2009.000138.0. CSMP n. 12578.** Conselho Superior. 1ª Turma Revisora - Florianópolis. Conselheiro Relator: Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro. Data do julgamento: 28-9-2009. [documento disponível impresso]. A ementa ficou assim consignada: “Inquérito Civil público oriundo da 29ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital. Consumidor. Casan. Irregular aplicação de tarifa sazonal de água. Abrangência dos consumidores litorâneos. Constatação negativa. Legalidade da medida – art. 30, I e V, da Lei Federal n.11.445/2007. Precedentes jurisprudenciais até do STF. Falta de justa causa para a persecução. Promoção de arquivamento. Homologação.”

⁴⁷⁵ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Mandado de segurança n. 023.09.032722-8.** Disponível em: <http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.09.03>

adotada não violava o princípio da isonomia, pois, além de ser autorizado pelo artigo 30, I e IV, da Lei Federal n. 11.445/2007⁴⁷⁶, era baseada em critérios objetivos e atendia a um interesse maior da coletividade, representado pela manutenção de abastecimento normal durante um período de aumento do consumo e escassez de água. Registrou-se, ainda, como fundamento do posicionamento ministerial, a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal admitindo a possibilidade de cobrança de tarifa especial ou sobretarifa aos consumidores que excedessem as metas estabelecidas na legislação em período de escassez, sendo destacada, no referido acórdão, a necessidade do exercício da solidariedade⁴⁷⁷ social mínima.⁴⁷⁸

2722-8&cdForo=23> Acesso em: 19-11-2009. Salienta-se que a liminar foi concedida, entendendo o Juiz Luiz Antônio Zanini Forneroli que a prática era ilegal. Até 19-11-2009 ainda não havia sido proferida a respectiva sentença.

⁴⁷⁶ BRASIL. **Lei n. 11.445, de 16 de julho de 1997**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei . 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 11-12-2009.

⁴⁷⁷ Sobre solidariedade vide subitem 2.3.5.3.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 09-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira. Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 13-12-2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=sobretarifa%20energia%20elétrica&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23-11-2009. A ementa tem o seguinte teor: "AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. **Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.** 3. **Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima**, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (destaque que não está no original).

3.1.3.5 A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e as limitações da publicidade

Considera-se que a liberdade de expressão também quer densificar os princípios estruturantes destacados no segundo Capítulo, razão pela qual se entende enquadrar-se na condição de princípio constitucional geral.

A Constituição Federal enumera como direito e garantia fundamental a livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV) e a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IV).

Mais à frente, o texto constitucional, no Capítulo V, que trata da Comunicação Social, afirma que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*), enquadrando-se essa regra na qualidade de princípio constitucional especial, assim como aquelas objeto dos parágrafos do referido artigo destacados na sequência, salientando-se que tal espécie de subprincípio será explicado no subitem 3.2.

Autorizou a Constituição Federal que lei federal estabeleça os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, prática e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II).

E, finalmente, estabeleceu a Constituição que estará sujeita a restrições legais a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, devendo conter, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, § 4º). Ou seja, o próprio constituinte deixou claro que a manifestação de pensamento não é total, admitindo-se restrições às publicidades nocivas à saúde, ao meio ambiente, de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Na verdade, relembando-se das lições de Canotilho⁴⁷⁹, o balanceamento abstrato já foi feito

⁴⁷⁹ Vide subitens 1.4.2 e 1.4.3.

pela norma constitucional, que, *prima facie*, estabeleceu o valor “reforçado” da proteção dos valores já referidos em relação à liberdade de manifestação de pensamento por intermédio da publicidade, dependendo, apenas, da mediação concretizadora do legislador ordinário.

Robert Alexy ensina que os direitos fundamentais podem ser restringidos diretamente por normas de hierarquia constitucional. A restrição constitucional ocorre por intermédio das cláusulas restritivas, que integra a norma de direito fundamental completa, dizendo “como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido”.

Como exemplo, destaca o Autor a norma constitucional alemã autorizadora de reuniões desde que “pacificamente e sem armas”. Referida cláusula (“pacificamente e sem armas”) pode ser interpretada como um “formulação resumida de uma regra, que transforma os princípios de liberdade de reunião em não-direitos definitivos” e restringe a “realização de um princípio constitucional”, tendo, como peculiaridade, o fato de ter sido o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva.⁴⁸⁰

Já “direitos que não têm hierarquia constitucional – cuja existência, portanto, depende de decisões do legislador ordinário, que os pode criar, manter ou eliminar – não são restrições diretamente constitucionais”. Quando a norma constitucional permite a restrição por intermédio de normas infraconstitucionais é uma cláusula de reserva: “ela confere poderes ao legislador para estabelecer restrições indiretamente constitucionais.”⁴⁸¹

Importante destaque é dado à possibilidade de o legislador ordinário eliminar o direito protegido pela norma infraconstitucional quando o texto constitucional “ordena que haja determinadas normas restritivas”. Como exemplo, Alexy invoca a obrigação imposta pela Constituição alemã de normas para proteção da “honra pessoal”, afirmando ser “possível pressupor, sem grandes questionamentos, que o legislador violaria normas constitucionais se revogasse

⁴⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 286.

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 288.

todo o direito à honra pessoal”, salientando não significar que as restrições constitucionais em tal caso sejam consideradas “restrições constitucionais diretas”, explicando da seguinte forma:

Se o legislador revoga normas destinadas à proteção da honra pessoal, essas normas deixam de existir. O que continua a existir é o dever estabelecido constitucionalmente e dirigido ao legislador de que a honra pessoal seja protegida na medida exigida pela Constituição, bem como direitos fundamentais à proteção que correspondem a esse dever. A competência para estabelecer restrições concedidas ao legislador por meio da cláusula “direito à honra pessoal”, é portanto, uma competência associada à deveres de proteção. Isso nada muda na existência da competência e, nesse sentido, no caráter indiretamente constitucional das normas que o legislador, para exercer sua competência na forma devida, deve criar ou não revogar.⁴⁸²

Concluí-se, assim, com base nas lições de Robert Alexy, que as restrições à publicidade, no texto constitucional já destacadas, não são diretamente constitucionais, devem ser consideradas cláusulas de reserva, todavia o legislador ordinário não tem competência para revogar a legislação criada - que será abordada na sequência - e eliminar a proteção garantida pela norma constitucional.

3.1.3.5.1 Publicidade de tabaco e de bebidas

A Lei n. 9.294/96⁴⁸³ regulamentou a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, destacando-se, dentre tantas regras importantes, a prevista no seu artigo 3º, que admite a propaganda comercial apenas por intermédio de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda, banindo, de uma vez por todas, as publicidades na televisão, que representavam uma grande fonte de captação de novos fumantes, pela

⁴⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 289-290.

⁴⁸³ BRASIL. **Lei n. 9294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9294.htm>.> Acesso em: 23-11-2009.

relação entre o cigarro e o sucesso pessoal e profissional, por intermédio de uma linguagem subliminar, atribuindo ao comportamento de fumar a possibilidade de penetrar no mundo do prazer e da felicidade intensa, relacionando o cigarro com a aquisição de bens materiais, com as belezas naturais e com o desempenho sexual.

Não andou a referida Lei bem, todavia, ao considerar, no seu parágrafo único do artigo 1º, como bebidas alcoólicas, as “bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac”, deixando, assim, fora de sua abrangência as propagandas de cervejas, pois tinham um índice menor de teor alcoólico do que o indicado.

Para corrigir a referida falha, o Poder Executivo, acatando proposição do Ministério da Saúde, encaminhou, em regime de urgência, à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.733⁴⁸⁴, em 23 de janeiro de 2008, diminuindo para meio grau Gay-Lussac - GL, o teor alcoólico a partir do qual, para todos os efeitos legais, uma bebida será considerada como alcoólica, proibindo-se, via de consequência, qualquer publicidade entre as 21 e as 6 horas, conforme previsão do artigo 4º da Lei 9.294/96.

Em razão do forte *lobby* da indústria da cerveja, dos veículos de comunicação e das agências de publicidade, que têm um grande faturamento proporcionado pelas publicidades de cervejas, foi retirado o regime de urgência do referido projeto de lei, caindo, assim, na vala comum dos demais projetos, apesar de tramitar sob o regime de prioridade, o que, por certo, dificultará sobremaneira sua aprovação, para não dizer que simplesmente tal medida inviabilizou sua apreciação e aprovação, dando maior peso o legislador ordinário e o Presidente da República ao interesse econômico do que a proteção da saúde do consumidor, notadamente tendo em vista pesquisas indicando os malefícios

⁴⁸⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.733, de 23 de janeiro de 2008**. Altera a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Explicação da Ementa: Reduz de treze para meio grau Gay-Lussac - GL, o teor alcoólico a partir do qual, para todos os efeitos legais, uma bebida será considerada como alcoólica. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 23-11-2009.

ocasionados pelo consumo de cerveja⁴⁸⁵, o que viola frontalmente a fórmula do peso proposta por Alexy analisada no primeiro Capítulo.^{486 487 488 489 490}

⁴⁸⁵ "Recente pesquisa revelou que, entre os brasileiros que têm uma relação problemática com o álcool, a cerveja representa 73% das doses ingeridas. O uso de álcool, turbinado pela propaganda de cerveja, é um dos mais graves problemas de saúde e segurança pública no Brasil. É responsável por mais de 10% de todos os casos de adoecimento e morte. Segundo o Denatran, mais de 50% dos acidentes de trânsito fatais estão relacionados ao consumo de álcool, que está também ligado a abandono de crianças, homicídios, delinquência, violência doméstica e abusos sexuais. A presença do álcool é detectada em 70% dos laudos cadavéricos de mortes violentas, a maioria jovens. O consumo abusivo de álcool custa caro à sociedade e ao Sistema Único de Saúde, em tratamento de doenças, atendimentos em prontos-socorros, internações psiquiátricas, faltas no trabalho, além dos custos humanos com a diminuição da qualidade de vida dos usuários e de seus familiares. Atualmente, mais de 10% dos brasileiros podem ser considerados dependentes do álcool. E o mais alarmante: diversos estudos confirmam que a idade com que adolescentes começam a beber está caindo no Brasil, e a frequência, aumentando [...] In FOLHA DE SÃO PAULO. **Entre aspas**. 3 de maio de 2008. Artigo subscrito por Henrique Carlos Gonçalves (médico pediatra e presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo). Marilena Lazzarini (coordenadora-executiva do Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e ex-presidente da Consumers International.) e Ronaldo Laranjeira (médico psiquiatra, professor e coordenador da Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas da Unifesp - Universidade Federal de São Paulo). Disponível em: : <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=484ASP003>>. Acesso em: 12-12-2009.

⁴⁸⁶ "O presidente Lula garantiu ontem uma vitória ao lobby contrário a restrições à propaganda de cervejas ao decidir encaminhar ao Congresso sob forma de projeto de lei a proposta que considera bebidas alcóolicas aquelas com mais de 0,5% de álcool. O projeto será o 143º de uma fila de propostas sobre o tema que se arrasta na Câmara há mais de uma década e tem chances quase nulas de aprovação. O deputado Sandes Júnior (P-GO), último relator da matéria, confirma: "A cerveja é um dos principais anunciantes do país, é muito difícil isso passar [...]". In FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 22 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2201200810.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁸⁷ "Praticamente um em cada cinco deputados federais está ligado a empresas com interesses contrários à regulamentação da publicidade de cerveja. Dos 513 parlamentares, 87 têm concessões de rádio e televisão e/ou receberam doações de campanha da indústria de bebidas e de comunicação. Nesta semana, o projeto que restringe a propaganda de bebidas com baixo teor alcoólico, inclusive a cerveja, entre as 6h e as 21h em rádio e televisão, foi retirado da pauta de votações da Câmara, a pedido do governo, após resistência de líderes partidários [...] Levantamento feito pela Folha a partir de dados do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) mostra que 33 deputados eleitos tiveram parte da campanha eleitoral de 2006 financiada pela indústria de cerveja. Eles receberam R\$ 2.130.120 [...]". In FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 10 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1005200802.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁸⁸ "Sob o lobby das indústrias de cerveja, das emissoras de TV e rádio e de agências de publicidade, o governo aceitou ontem retirar a urgência constitucional do projeto de lei que proíbe a veiculação de propaganda de todas as bebidas alcóolicas entre as 6 horas e as 21 horas. O recuo do governo significa, na prática, adiar em pelo menos um mês a votação do projeto -que antes tinha prioridade de votação no plenário. Agora, o projeto não tem mais prazo para ser votado [...] A Abap (Associação Brasileira de Agências de Publicidade) mantém desde o final de abril uma campanha contra a proposta do governo. Nas propagandas, o órgão diz que a restrição teria o mesmo efeito que proibir "a fabricação de abridores de garrafa". Vale, aqui um breve comentário. A comparação não tem o mínimo sentido, porquanto a influência do abridor de garrafa para o ato de beber simplesmente não existe, enquanto a influência da publicidade para o mesmo ato é fundamental. In FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 08 de maio de 2008.

3.1.3.5.2 Publicidade de alimentos e bebidas destinadas às crianças

A limitação de publicidade de produtos alimentícios com quantidades altas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional destinados a crianças de até 12 anos, objeto da Consulta Pública da Agência Nacional de Saúde n. 71⁴⁹¹, é outro exemplo de adequada limitação à liberdade de manifestação de pensamento por intermédio da publicidade, pois os prejuízos à saúde das crianças, em razão do consumo de tais produtos, é significativo, justificando-se, via de consequência, eventuais restrições, tais como: só poder ser realizada entre as 21 e às 6 horas (art. 7º); proibição de publicidades em instituições de ensino infantil ou fundamental e em outras entidades públicas ou privadas destinadas a fornecer cuidados às crianças (art. 8º); proibição de divulgação, direcionada à criança, de brindes, prêmios, bonificações e apresentações especiais, condicionadas a aquisição de referidos alimentos (art. 9º); proibição de realização de qualquer tipo de propaganda, publicidade ou promoção, inclusive merchandising, direcionada às crianças, de referidos alimentos em brinquedos, filmes, jogos eletrônicos, páginas de *internet*, veículo ou mídia (art. 10).

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0805200816.htm>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁸⁹ "Representantes das emissoras de televisão admitem ter feito lobby no Congresso para o adiamento da votação do projeto que restringe a propaganda de cerveja. Os deputados, por sua vez, negam ter sucumbido a interesses econômicos. "A Abert conversou com lideranças tentando mostrar que precisamos de mais conversas. A nossa posição é que a publicidade não é a responsável pela dezena de acidentes que acontecem", disse o diretor da Abert, Flávio Cavalcanti Júnior. Ele disse que conversou no último mês com líderes partidários e com os "principais deputados". É "natural", diz. [...] *In FOLHA DE SÃO PAULO. Cotidiano*. 10 de maio de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1005200803.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁹⁰ "Um estudo realizado pela Unifesp (Universidade Federal de São Paulo) mostra que as propagandas de cerveja veiculadas na TV não respeitam várias determinações do código de auto-regulamentação da publicidade do Conar (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária). As propagandas, de acordo com o estudo, têm apelo imperativo ao consumo, despertam a atenção de crianças e adolescentes, mostram pessoas que aparentam ter menos de 25 anos, exploram o erotismo, não são veiculadas apenas em programas de TV destinados ao público adulto e mostram a cerveja relacionada ao sucesso profissional, social ou sexual. Das 16 regras do Conar avaliadas na pesquisa, 12 foram desrespeitadas. [...] *In FOLHA DE SÃO PAULO. Cotidiano*. 10 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1005200804.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁹¹ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Consulta Pública n. 71** de 10 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 15-09-2009.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito destacado por Alexy na fórmula do peso⁴⁹², entende-se que as intervenções nas publicidades referidas acima representam, na verdade, forma de intervenção média no livre exercício da atividade profissional. Por outro lado, considera-se alto o grau de importância, o fundamento ou o peso das intervenções, pois objetivam proteger a saúde das crianças. Conclui-se, assim, sem muita dificuldade, ser perfeitamente admissível e recomendável que o Estado legislador concretize o direito fundamental de proteção do consumidor, viabilizando a aprovação das restrições nas publicidades dos produtos objeto da Consulta Pública anteriormente mencionada, notadamente tendo em vista ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, dentre outras obrigações”, conforme disposição do artigo 227 da Constituição Federal.

Chama a atenção, pela inconsistência, a opinião de Hélio Schwartsman, da equipe de articulistas do Jornal “Folha de São Paulo”, afirmando, ao referir-se a mesma Consulta Pública, que o Estado pode limitar apenas as publicidades de “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”. Para tudo o mais, vale a regra geral de plena tolerância criativa”, fazendo expressa referência ao artigo 220 da Constituição Federal.⁴⁹³ Ora, duas incongruências: 1ª - o artigo citado deveria ser o § 4º do artigo 220 da Constituição Federal; e 2ª - esqueceu o articulista que o § 3º, II, da Constituição Federal também autoriza a restrição de publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Assim, perfeitamente admissíveis e adequadas eventuais restrições às publicidades de mencionados produtos, pois, conforme lição de Canotilho destacada no primeiro Capítulo⁴⁹⁴, deverá prevalecer o balanceamento abstrato já feito pela norma constitucional, pela relação de preferência já estar definida *prima facie*.

⁴⁹² Vide primeiro Capítulo, subitem 1.4.2.

⁴⁹³ FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 26 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2608200902.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁹⁴ Vide subitem 1.4.2.

Destaca-se, ainda, como reforço de argumentação, a pesquisa efetuada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, divulgada em março de 2009, dando conta da utilização de publicidades em *sítes* destinadas às crianças com apelos lúdicos, como jogos interativos e outras brincadeiras⁴⁹⁵, o que apenas reforça a necessidade de o Estado social⁴⁹⁶ intervir.

3.1.3.5.3 Publicidades proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor

Além das limitações da publicidade expressamente previstas nos parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, devem ser observadas aquelas limitações impostas por outras legislações, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 37, parágrafos 1º e 2º, proíbe a publicidade enganosa ou abusiva, compreendida esta última, conforme Antonio Herman, “ofensa a valores da sociedade”⁴⁹⁷, listadas, exemplificativamente, no mencionado dispositivo legal.

Repetindo-se o que já se afirmou algumas vezes: o legislador ordinário fez o balanceamento dos princípios colidentes (liberdade de expressão e proteção do consumidor) e, atribuindo maior peso ao segundo, editou a regra concretizadora do princípio prevalente, autorizado pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual determinou que fosse elaborado um Código de Proteção de Defesa do Consumidor, num prazo de 120 dias.

Por outro lado, aplicando-se o teste da razoabilidade destacado por Canotilho no primeiro Capítulo⁴⁹⁸, poder-se-ia compreender que não está enquadrado na esfera de proteção da liberdade de expressão o direito de fazer publicidade enganosa ou abusiva, pois atentam contra valores sociais que devem ser preservados por todos, afastando, também por essa ótica,

⁴⁹⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. **Vitrine**. 14 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1403200921.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

⁴⁹⁶ Sobre Estado social vide subitens 1.5, 2.3.1, 2.3.5.3, 3.1.3.3 e 3.1.3.4.

⁴⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 339.

⁴⁹⁸ Vide subitem 1.4.2.

qualquer iniciativa para declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor relacionados ao assunto.

Como exemplo da necessidade da limitação da publicidade pelo Estado, destacam-se, na sequência, algumas publicidades consideradas abusivas que foram objeto de ações judiciais movidas pela Promotoria de Defesa do Consumidor da Comarca de Florianópolis, todas julgadas, em primeiro grau, procedentes.

A primeira⁴⁹⁹ decorreu de uma publicidade veiculada, no rádio, em dezembro de 2002, de uma loja de roupas para adolescentes, cujos “versos”, cantados, diziam o seguinte:

PEÇA N. 1 - VOZ DE MENINA CANTANDO: Tipo assim, Papai Noel... ...Mandeí tudo para o beleléu! Não fui uma boa menina! Mas fui uma menina BOA! Fiquei com uns dez.. ... fiz até topless! Natal é paz, abraçar o vovô... Natal é amor, beijar a madrinha...vou aproveitar e liberar a pombinha! Natal [...] ganha quem não se comportou! [...] a loja que te entende. Em Florianópolis – Beira-Mar Shopping. PEÇA N.º2 - VOZ DE MENINO CANTANDO: Matei aula! Para jogar bola! Ô Noel... ...rodei na escola! Na festa à fantasia eu ia de frentista, mas tirei toda a roupa e fui de nudista. Fiz até uma tatuagem. Peguei um brucutu. Minha mãe me xingou, eu mandei ela... ...tirar tatu! Natal [...]. ganha quem não se comportou! [...] a loja que te entende. Em Florianópolis – Beira-Mar Shopping.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2006.014451-3**, da Capital. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=0100087C80000>>. Acesso em: 12-12-2009.

⁵⁰⁰ Trecho da inicial da Ação Civil Pública de autoria de Max Zuffo. In SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Ação civil pública n. 023.02.045580-4**. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. [documento disponível impresso].

A segunda⁵⁰¹ relaciona-se a uma publicidade veiculada no decorrer do mês de julho de 2005, em rede nacional e em horário nobre, em que o personagem representando o filho, com cerca de 12 anos de idade, chama o personagem representando seu pai de “picareta”. A afirmação ocorre quando o pai, antes de ter acesso ao valor da conta telefônica mensal, de forma bem humorada e divertida, desafia a família e “adivinha” o valor da respectiva conta⁵⁰², destacando-se que, em segundo grau, entendeu-se que a publicidade não era abusiva, pois a expressão, “ainda que inadequada ou de mal gosto, não chega a atentar contra a instituição familiar”, não se justificando a intervenção do Poder Judiciário.⁵⁰³

⁵⁰¹ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.05.028333-5**. Sentença proferida em 12 de setembro de 2007, pelo Juiz Domingos Paludo, proibindo a divulgação da publicidade abusiva e condenando o fornecedor ao pagamento de R\$ 20.000 a título de danos morais difusos. Atualmente está em grau de recurso. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 24-11-09.

⁵⁰² Da inicial, de autoria de Fábio de Souza Trajano e Max Zuffo, destaca-se: “Inicialmente, convém definir o conceito de picareta. Segundo o Aurélio, seria a “Pessoa que usa de expedientes ou embustes para alcançar favores”. No dicionário Houaiss, “picaretagem” significa “armação”, “embuste”, a boa e velha “enganação”. Na verdade, no meio popular picareta seria a pessoa que não paga suas contas, que engana outras pessoas, com o objetivo de obter vantagem. Não se pode admitir que tal forma de tratamento dos filhos em relação aos pais seja incentivada e “popularizada” por meio de campanhas publicitárias como a que ora se combate. Os filhos vão achar natural chamar seus pais de picaretas, em flagrante e manifesta agressão aos valores que devem ser preservados na família de respeito dos filhos para com os pais, prejudicando sobremaneira sua formação pessoal e educacional. *In* SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Ação civil pública n. 023.05.028333-5**. Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis [documento disponível impresso].

⁵⁰³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2007.022085-4, da Capital**. 4ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Jânio Machado. Data do julgamento: 28-8-2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=picareta+claro&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAIAAA7MIAAT>>. Acesso em 18-03-10. Destaca-se a ementa: “Apelação cível. Ação civil pública. Propaganda considerada abusiva pelo autor. Art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Pretensa violação à moral e aos bons costumes. Concessionária de serviços de telecomunicações. Anúncio publicitário em rede de televisão. Filho que, num determinado momento, chama o pai de “picareta”. Contexto que busca explorar o humor. Expressão que, ainda que inadequada ou de mau gosto, não chega a atentar contra a instituição familiar. Incentivo ao desrespeito dos filhos em relação aos pais que não foi demonstrado. Propaganda incapaz de causar danos morais coletivos. Indenização indevida. Hipótese que não justifica a intervenção do poder judiciário. Conselho nacional de autorregulamentação publicitária e conar. Órgão competente para tratar de questões como esta em debate. Garantia fundamental da livre expressão que deve ser assegurada. Art. 5º, inciso ix, da constituição federal. Sentença reformada. Recurso provido. Não há como se confundir propaganda de mau gosto com a propaganda abusiva. Somente esta é que justifica a interferência do Judiciário. Do contrário,

Relembre-se que pesquisas demonstram a adoção pelas crianças de hábitos iguais aos mostrados pelas publicidades na televisão, conforme destacado no primeiro Capítulo.⁵⁰⁴

A terceira publicidade, objeto de ação civil pública movida pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis⁵⁰⁵, foi em razão de publicidade veiculada em rádios de frequência modulada – FM -, em setembro de 2005, cujo diálogo entre os personagens desenvolveu-se da seguinte forma:

- Oi pai! - Fala filhota.- Sabe que que é pai, eu queria te pedir um favor. - O quê? - Posso trazer meu namorado para dormir em casa, passar a noite fazendo sexo selvagem e acordando a vizinhança toda? Claro filhota. - Aí paizão, valeu! Sabia que cê ia deixar. -Ufa, achei que ela ia me pedir o carro!.⁵⁰⁶

A quarta publicidade^{507 508 509} relaciona-se à campanha de lançamento nacional da coleção verão/2007, de uma conhecida produtora de

estar-se-ia estimulando a desnecessária censura em atividade que é marcada pela liberdade de criação.”

⁵⁰⁴ Vide subitem 1.4.3.

⁵⁰⁵ SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Ação civil pública n. 023.05.035304-0**. Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis. Sentença proferida em 31 de janeiro de 2007, pelo Juiz Domingos Paludo, proibindo a divulgação da publicidade abusiva e condenando o fornecedor ao pagamento de R\$ 50.000 a título de danos morais difusos. Atualmente está em grau de recurso. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 24-11-09

⁵⁰⁶ Trecho da inicial, de autoria de Fábio de Souza Trajano: “A publicidade em tela é manifestamente abusiva, vedada pelo art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto incentiva a valorização de bens materiais em detrimento da boa formação, e o desrespeito ao ambiente familiar, notadamente pela capacidade de influenciar as crianças e adolescentes a se comportarem de forma semelhante, pois a personagem tem a voz de adolescente [...] Ao se proliferarem publicidades de tal natureza, situações constrangedoras e contrárias ao bom convívio familiar serão incentivadas, pois fica nítido que o pai dá muito mais valor ao seu carro, bem material, do que à educação moral da filha adolescente, numa distorção que fere os mais mezinhos princípios de boas maneiras e orientação sexual que um pai deve oferecer a uma filha menor de idade.” In SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Ação civil Pública n. 023.05.035304-0**. Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis [documento disponível impresso].

⁵⁰⁷ SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Ação civil pública n. 023.06.379233-0**. Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis. Sentença proferida em 23 de julho de 2007, pelo Juiz Domingos Paludo, proibindo a divulgação da publicidade abusiva e condenando o fornecedor ao pagamento de R\$ 500.000 a título de danos morais difusos. Atualmente está em grau de recurso. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N000ECNO0000&cdForo=23&baseIndice=INDDS>> Acesso em: 24-11-2009.

roupas, com forte apelo sexual, por intermédio de *outdoors* e cartazes, representado por uma mulher deitada na praia, nua, e um rapaz, ajoelhado, prestes a tirar a calça, conforme imagem abaixo:



Figura 1. Peça publicitária. Fonte: <[www. http://blogs.abril.com.br/munhoz/2008/09/censura-em-propagandas.html](http://blogs.abril.com.br/munhoz/2008/09/censura-em-propagandas.html)>. Acesso em 12-12-2009.

Outra publicidade que motivou a atuação da Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis foi a exibição de imagens de mulheres nuas e semi-nuas em ônibus que fazem o transporte público municipal, sendo retirada com o acatamento de recomendação ministerial expedida.⁵¹⁰

Finalmente, destaca-se um termo de ajustamento de conduta relacionada à publicidade representada pela imagem seguinte, em que é

⁵⁰⁸ Destaca-se curiosa manchete de jornal sobre o assunto: “Promotor defende censura. Promotor de Justiça Fábio Trajano diz que cabe censura a publicidades abusivas”. In Jornal FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 19 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1910200720.htm>> Acesso em: 25-11-2009.

⁵⁰⁹ “Finalmente, reclama-se que o Poder Judiciário exerça um papel mais ativo na busca de uma interpretação que melhor atenda a finalidade para a qual a Lei foi criada, consagrando, de forma definitiva, e não apenas na aparência, o bem estar social e as exigências do bem comum, tal qual se lê, de longa data, das disposições do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. De fato, no exercício da jurisdição o juiz não deve ser mero expectador dos fatos que lhe são submetidos, mas um agente de transformação, apto para compreender que a dinâmica dos novos direitos permite a sobreposição dos interesses maiores da coletividade, que em casos que tais não pode e não deve ficar à mercê dos interesses econômicos da empresa Agravante.” Trecho de manifestação do Procurador de Justiça Jacson Correa ao apreciar o recurso da concessão da liminar. Santa Catarina. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Data da decisão: 31-5-2007. **Agravo de Instrumento n. 2007.003836-1**. Segunda Câmara de Direito Público. Relator: Des. Orli Rodrigues. [documento disponível impresso].

⁵¹⁰ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2007.000298-9, 29ªPJ de Florianópolis**. [documento disponível impresso].

exposta uma criança do sexo feminino com conotação erótica, com a frase “Use e se lambuze”.⁵¹¹



Figura 2. Peça publicitária. Fonte: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/acoes/marisol_lilicaripilica/Foto%20Outdoor%201.jpg> Acesso em 12-12-2009.

Para encerrar este tópico, ressalta-se que a condenação em danos morais difusos é fundamental para combater as publicidades abusivas e outras práticas violadoras dos direitos dos consumidores, o que, aliás, embora admitindo a controvérsia a respeito do tema⁵¹², vem ocorrendo, pelo menos em primeiro grau, conforme notas de rodapés, todavia, é bem verdade, na maioria das vezes, em valores insignificantes, considerando-se o porte econômico dos fornecedores e que as publicidades são veiculadas em todo o território nacional.

Ocorre que, conforme último substitutivo apresentado pelo Relator do Projeto de Lei n. 5.139/2009, que dá nova disciplina à ação civil publica, disponibilizado em 26 de novembro de 2009, afastou-se expressamente a possibilidade de danos morais coletivos, o que representará uma significativa

⁵¹¹ SANTA CATARINA. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2008.000581-2, 29ªPJ de Florianópolis**. [documento disponível impresso]. Estipulação de multa compensatória no valor de R\$ 20.000, destinados ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina.

⁵¹² Admitindo a tramitação da ação: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 797963 / GO**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07-02-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501896708&dt_publicacao=05/03/2008>; Exigindo prova concreta do dano ocasionado à coletividade: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 821891/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 12-05-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=821891&b=ACOR>; Admitindo independentemente do comprovação concreta. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Civ. 2007.061907-5**. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data do julgamento: 26-3-2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AWN10000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=707308>>. Todos os acessos em 30-11-2009.

diminuição dos instrumentos do Estado para a concretização do direito fundamental de proteção do consumidor, notadamente considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor prevê, no artigo 6º, VI, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”⁵¹³

Analisados os princípios constitucionais gerais considerados mais importantes para abordarem-se no presente trabalho, passa-se, na sequência, aos princípios constitucionais especiais relacionados com a defesa do consumidor.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECIAIS

Além dos princípios constitucionais estruturais e gerais, descendo um pouco mais o degrau de uma escada figurada, objetivando dar concretude aos mencionados princípios constitucionais, encontram-se os princípios constitucionais especiais que densificam ou concretizam os princípios gerais fundamentais.

Canotilho dá alguns exemplos da Constituição portuguesa, mas que têm inteira aplicação na Constituição brasileira, partindo-se dos princípios estruturantes, passando pelos princípios gerais, até chegar-se aos princípios especiais, como se estivesse descendo os degraus de uma escada de princípios constitucionais.

O princípio do Estado de Direito, considerado estruturante, ganha concretude com vários subprincípios de caráter geral: o princípio da constitucionalidade, o da legalidade da administração, o da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e o da independência dos Tribunais.

Os princípios gerais ganham concretude com o princípios especiais, como, por exemplo, o princípio da legalidade com o princípio da

⁵¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.139, de 29-4-2009**. Relator Deputado Antonio Carlos Biscaia. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PL5139-09.pdf>> Acesso em: 27-11-2009. A redação do dispositivo referido ficou assim: “Art. 3º. A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: [...] V- tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais individuais e coletivos e dos danos morais individuais, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;”

prevalência da lei e pelo princípio da reserva da lei; o princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais é concretizado por outros princípios especiais, como o princípio da proibição do excesso e o princípio da não retroatividade de leis restritivas.⁵¹⁴

Já o princípio democrático, considerado estruturante, é densificado pelos seguintes princípios constitucionais gerais: soberania popular; sufrágio universal; participação democrática dos cidadãos; separação e interdependência dos órgãos de soberania. Tais princípios constitucionais são concretizados ainda por outros princípios especiais, como, por exemplo, o princípio da liberdade de propaganda densifica o princípio democrático do sufrágio e o da renovação dos titulares de cargos políticos representa a densificação dos princípios da soberania da vontade popular.⁵¹⁵

Na visão de Luis Roberto Barroso, os princípios setoriais ou especiais, “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição.”⁵¹⁶ Algumas vezes são apenas detalhamento dos princípios gerais, como o princípio da reserva legal ou da legalidade tributária em sede penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio do concurso público para preenchimento dos cargos na administração pública ou o da anterioridade em matéria tributária.

Considera-se a defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, conforme já destacado, um princípio constitucional geral que quer densificar os princípios estruturantes referidos no segundo Capítulo.

Descendo um degrau a mais da hipotética escada, chega-se à defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica, classificando-o como um princípio constitucional especial, pois quer densificar ou concretizar a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, tema que será tratado na sequência.

⁵¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1174.

⁵¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1174.

⁵¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. p. 376.

3.2.1 A defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica

A Constituição Federal, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, no seu artigo 170, *caput*, dispõe estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, estabelecendo-se, dentre outros, a defesa do consumidor (inciso V) e a livre concorrência (inciso IV) como seus limitadores.

Destaca-se, inicialmente, que o objetivo principal da atividade econômica é assegurar a todos existência digna. E não poderia ser diferente, pois não se pode admitir que o indivíduo, na busca do lucro em suas atividades profissionais, próprio do sistema capitalista, desrespeite um dos valores mais importantes da República, que serve como fundamento de grande parte dos direitos e das garantias fundamentais, conforme visto no Capítulo segundo⁵¹⁷. Justifica-se, assim, que o princípio da defesa do consumidor seja um dos princípios da ordem econômica, pois tem como finalidade colocar limites na atuação do empreendedor, baseados na ética, na justiça e no respeito ao ser humano.

Outro ponto de fundamental importância é que a ordem econômica tem como finalidade proporcionar a justiça social. Se a dignidade está mais relacionada com as pessoas individualmente, a justiça social estaria vinculada a “uma espécie de dignidade coletiva”, conforme destacado por Lafayette Josué Petter, acrescentando que “não basta alguém possuir digna existência se aquele que está ao lado não possui dignidade alguma”.

Dentre os objetivos da justiça social, o Autor destaca a “busca de uma igualdade substancial e mesmo a abolição de injustificados privilégios de alguns, distribuindo equitativa e proporcionalmente os ônus, os favores e as riquezas da produção social [...]”.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Vide subitem 2.3.3.

⁵¹⁸ PETTER, Josué Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. p. 200-201.

Relembre-se, aqui, o que ficou consignado quando se tratou da justiça como princípio estruturante da Constituição Federal⁵¹⁹, oportunidade em que se destacaram alguns aspectos que podem, por sua pertinência, ser realçados novamente aqui: o crescimento do bem-estar econômico não pode acarretar a diminuição da liberdade de outro; as desigualdades sociais são admitidas se tiver como premissa o favorecimento de todos, especialmente os economicamente mais frágeis; e a necessidade de reparar as desvantagens naturais dos grupos menos favorecidos.

Para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social, é que se incluiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, por buscar um tratamento mais isonômico em uma relação de desigualdade manifesta, propiciando uma maior liberdade ao consumidor, conforme já dito e redito ao longo do presente trabalho.

O intérprete da lei deverá, assim, conforme lição de Claudia Lima Marques, harmonizar os princípios constitucionais que, em um primeiro momento, parecem contraditórios, como a defesa do consumidor e a liberdade de iniciativa econômica. Explica a Autora que, da tese e da antítese, prevalecerá a síntese: “a interpretação do ordenamento jurídico conforme a Constituição, a conseqüente relativização de dogmas e postulados considerados absolutos, como a própria autonomia da vontade nos contratos e liberdade de contratar.”⁵²⁰

Newton de Luca salienta que a concepção jurídica de que a concorrência pudesse ficar limitada à mera regulamentação do poder econômico no mercado ficou ultrapassada. Tanto a livre concorrência como a livre iniciativa poderão desenvolver-se acompanhadas da valorização do trabalho humano, assim como terão por objetivo assegurar para todos existência digna, segundo os ditames da justiça social. Conclui o Autor destacando que não há – ou pelo menos não deveria haver – um conflito entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor. Devem ambos ser harmonizados e compatibilizados, todavia, no

⁵¹⁹ Vide subitem 2.3.4.2.

⁵²⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 514.

caso de um conflito real entre eles, deverá ser preferido pelo intérprete à defesa do consumidor, de maior relevância.⁵²¹

Claudia Lima Marques, na mesma linha, após ressaltar que as normas do Código de Defesa do Consumidor têm natureza de “ordem pública econômica”, ensina que há o reconhecimento de superioridade hierárquica das normas de ordem pública, pois “positivam os valores básicos da sociedade e tendem a prevalecer sob as outras normas de direito privado, na sua maioria disponíveis e de interesse prevalentemente individual”.^{522 523}

Na verdade, o livre exercício da atividade profissional deve estar limitado por todos aqueles princípios fundamentais vistos no segundo Capítulo (republicano, dignidade da pessoa humana, cidadania, construção de uma sociedade justa, livre e solidária, isonomia e sustentabilidade), que, segundo já salientado, estão na origem de todos os princípios especiais presentes da ordem econômica. Assim, o empreendedor jamais pode perder de vista os mencionados princípios, tendo o Estado a obrigação de intervir quando forem violados.

Lafayette Josué Petter salienta que o fim econômico “não é um fim em si mesmo”, pois deve estar relacionado, especialmente, com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as “liberdades de que elas podem desfrutar”. O capitalismo gera o crescimento econômico, todavia, o “desenvolvimento econômico é aquele que afere a dignidade da existência de todos, num ambiente de justiça social.”⁵²⁴

Mais adiante, Lafayette demonstra que, examinando o texto constitucional em sua totalidade, “parece mesmo ser extraível uma aproximação

⁵²¹ LUCA, Newton de. **Direito do Consumidor**. p. 198-200.

⁵²² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p. 523.

⁵²³ Fábio Konder Komparato entende que “o princípio constitucional de proteção ao consumidor tem, pelo menos, a mesma importância hierárquica que o da livre iniciativa e atuação empresarial”. KONPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *In Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 80. São Paulo: RT, out.dez./1990. p. 69

⁵²⁴ PETTER, Josué Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. p. 88.

semântica nos conceitos de desenvolvimento econômico, qualidade de vida e bem-estar, dignidade da pessoa humana e justiça social”, destacando-se a importância para a adequada interpretação de qualquer dispositivo constitucional da compreensão do todo, pela necessidade de conexão entre eles, pois a resposta jurídica é “mesmo tópico-sistemática, sendo, assim, racional, dialógica e sistêmica”.⁵²⁵

Outro princípio da ordem econômica que necessita ser destacado é o da livre concorrência, até por sua relação direta com o preço dos produtos e serviços, pois onde ela não vigora os preços são artificiais, desvinculados de critérios técnicos, além de não existir muita preocupação com a qualidade e variedade de ambos. A atuação do Estado, então, visa a preservar a própria liberdade de iniciativa, impedindo os atos de concentração de poder econômico.

Ultrapassada a dicotomia socialismo-capitalismo na expressão Estado Democrático de Direito, adotou-se um modelo de sociedade liberal e, simultaneamente, social. A economia de mercado não tem mais as características absolutistas que a identificavam no início do capitalismo, devendo o Estado estar em constante vigilância para a preservação da própria liberdade de iniciativa, exigindo uma atuação positiva e corretiva em tal sentido.⁵²⁶

Destaca-se, em tal sentido, a previsão do artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, determinando que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Outro dispositivo constitucional relacionado ao assunto é o artigo 174 afirmando incumbir ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o exercício, na forma da lei, das funções de fiscalização,

⁵²⁵ PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. p. 91.

⁵²⁶ PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. p. 178-179.

incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Como princípios da ordem econômica, ainda são enumerados pelo artigo 170 outros princípios que têm alguma relação com a defesa do consumidor, como a soberania nacional (inciso I), a propriedade privada (inciso II) e a defesa do meio ambiente (inciso VI).

Em relação ao princípio da soberania nacional, muito sucintamente, para reflexão, faria referência ao precedente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 297.901,⁵²⁷ admitindo a prevalência da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional, em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Salienta-se que nenhum dos Ministros fez qualquer referência à proteção do consumidor como direito e garantia fundamental e como princípio da ordem econômica, apenas ficando consignado no voto da Ministra Relatora Hellen Gracie que “cabe observar que o art. 178 da Constituição Federal de 1988 expressamente estabeleceu, quanto a ordenação do transporte internacional, que a lei observará os acordos firmados pela União.”

Claudia Lima Marques, discorrendo sobre o tema, destaca vários precedentes do Superior Tribunal Justiça favoráveis ao consumidor, ensinando que os argumentos favoráveis a prevalência dos tratados

está nos sonhos monistas, que negam a existência de dois ordenamentos jurídicos autônomos e independentes, um interno e o outro internacional, preferindo ver o mundo como um só

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 297.901**. 2ª Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 7-3-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=consumidor%20tratado%20internacional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5-12-2009.

sistema, com o recebimento automático dos tratados assinados pelo país.⁵²⁸

Conclui a Autora que, baseado no dualismo brasileiro e na hierarquia da Constituição, a doutrina e a jurisprudência da época vinham negando a “existência de uma superioridade hierárquica ante o Tratado recebido no ordenamento jurídico interno e a outra legislação interna, principalmente em matéria tributária e comercial”.^{529 530}

Destaca-se, ainda, importante lição de Canotilho sobre as normas de direito internacional, questionando “se e na medida em que se considerem como tendo valor paramétrico relativamente ao direito legal ordinário”.

Respondendo a indagação, o mestre lusitano ensina que a resposta oferece dificuldades, pois a Constituição portuguesa não afirma em parte alguma a superioridade do direito internacional sobre o direito legal ordinário, salientando que a “elevação das normas de direito internacional a parâmetro normativo de direito interno é, sobretudo, uma posição doutrinária, embora metodicamente fundada em preceitos constitucionais”. Aponta dois problemas: 1 – demonstração, inicialmente, do “valor paramétrico superior do direito internacional relativamente ao direito legal interno”; 2 – se a resposta for afirmativa, “qualificar juridicamente a relação de desvalor paramétrico entre o direito internacional e o direito interno.”⁵³¹

Como a Constituição Federal de 1988 também não afirma a superioridade do Tratado internacional sobre o direito interno brasileiro, a solução proposta por Canotilho parece adequada, sendo, assim, necessário fazer uma espécie de balanceamento de valores tutelados pelo Tratado e pelo ordenamento

⁵²⁸ MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 531-532

⁵²⁹ MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 533.

⁵³⁰ Guilherme Ferreira da Cruz também entende que o Código de Defesa do Consumidor prevalece em relação a Convenção de Varsóvia. *In Princípio constitucionais das relações de consumo e dano moral*: outra concepção. Biblioteca de direito do consumidor. p. 71-75.

⁵³¹ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 923-924.

constitucional, sendo difícil compreender que o interesse econômico do transportador aéreo prevaleça sobre um direito e garantia fundamental e sobre um princípio da ordem econômica.

No que se refere ao princípio da propriedade privada, ressalta-se, apenas, que a interferência estatal é legítima quando fundamentada em abuso, distorção do poder econômico (art. 173, § 4º, CF/88), ou em razão da função social da propriedade (art. 21, XXIII, CF/88).

Relembre-se, aqui, o que ficou consignado quando se tratou da proliferação de leis estaduais proibindo a cobrança do serviço de estacionamento em estabelecimentos comerciais⁵³², acrescentando-se o que ficou registrado no voto do Ministro Sidney Sanches ao apreciar a constitucionalidade de lei no mesmo sentido, citando manifestação da Procuradoria Geral da República:

[...] 8. De outra parte, conquanto não seja absoluta à proteção à propriedade no novel ordenamento constitucional, as hipóteses de apropriação de bens privados hão de obedecer, rigorosamente, aos parâmetros fixados na Lei Maior. Na espécie, a intervenção estatal não recaiu sobre abuso ou distorção do poder econômico privado ou do mercado, mas sobre o exercício normal do direito previsto prefalado no art. 5º, inciso XXII.⁵³³

Como exemplo de intervenções admitidas na propriedade privada, destacam-se leis estaduais concedendo meia-entrada para estudantes e doadores de sangue em eventos culturais, esportivos e musicais, conforme análise já efetuada no primeiro Capítulo.⁵³⁴

⁵³² Vide subitem 3.1.3.1.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.448/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sidney Sanches. Data do julgamento: 23-04-2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(2448.NUME.%20OU%202448.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(2448.NUME.%20OU%202448.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 9-12-2009.

⁵³⁴ Vide subitem 1.4.3.

Já em relação ao princípio da defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor, também apenas destacaria o que já ficou consignado quando tratou-se do princípio da sustentabilidade.⁵³⁵

Na sequência, demonstrar-se-ão, com alguns casos concretos enfrentados pela Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis, limitações ao exercício da atividade econômica em razão dos princípios constitucionais da defesa do consumidor e da preservação da livre concorrência.

O primeiro exemplo relacionado à necessidade de limitação da livre iniciativa em razão da defesa do consumidor é a prática comum de algumas distribuidoras de combustíveis comercializarem combustível para postos revendedores que ostentavam a identificação visual de outras distribuidoras, induzindo em erro o consumidor quanto à procedência do combustível.

A Promotoria de Defesa do Consumidor de Florianópolis celebrou termos de ajustamento de conduta com vinte distribuidoras de combustível e ajuizou ação judicial contra outras vinte e cinco⁵³⁶ relacionadas à referida prática. Era muito comum, nas contestações apresentadas, a invocação da tese da interferência indevida na livre iniciativa.

Na verdade, a limitação pretendida era perfeitamente adequada, pois objetivava proteger o direito à correta informação do consumidor quanto à procedência do produto, que está prevista no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor. Todas as sentenças foram pela procedência das ações, com vários recursos interpostos denegados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵³⁷.

⁵³⁵ Vide subitem 2.3.5.2.

⁵³⁶ Vide, como exemplo: SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.06.386675-0**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N000EIVB0000&cdForo=23&baseIndice=INDDS>>. Acesso em: 30-12-2009.

⁵³⁷ Vide, como exemplo: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.015363-2. 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Disponível em:

Outro exemplo concreto de necessidade de interferência na livre iniciativa ocorreu em razão da prática adotada por uma escola privada, consistente na exigência da apresentação de um crachá de identificação para o acesso ao interior do estabelecimento. O problema era que o respectivo crachá também identificava, indevidamente, a situação de inadimplência, o que impossibilitava o acesso daqueles que se encontravam em tal situação, na sala de aula, sem a prévia autorização de funcionários da secretaria da instituição, o que representava uma violação à honra do devedor, pois os demais alunos tomavam conhecimento do fato, o que é vedado pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, além dos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor.⁵³⁸

Destaca-se, ainda, mais um exemplo relacionado à defesa do consumidor como limitação do exercício da atividade profissional, representado pela proibição judicial de distribuidora de combustível funcionar em razão da ausência de autorização da Agência Nacional de Petróleo, o que configura a prática abusiva prevista no artigo 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, salientando-se que a mencionada distribuidora estava provocando significativo prejuízo ao fisco estadual, por deixar de recolher o tributo devido.⁵³⁹

Finalmente, é trazido à colação a interferência estatal, por intermédio de decisão judicial, em mensalidade de escola particular, afastando-se

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=combust%EDvel+bandeira+a%E7%E3o+civil+p%FAblica&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAA5CQAAE>>. Acesso em: 27-1-2010. Destaca-se da ementa: “A prática que se pretende evitar com a ação coletiva de consumo, fornecimento de combustíveis a postos revendedores que não ostentem a marca e identificação visual dos revendedores, constitui evidente publicidade enganosa, extremamente lesiva ao consumidor, e que deve ser proibida.”

⁵³⁸ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.08.046624-1**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.08.046624-1&cdForo=23>> Acesso em: 30-11-2009.

⁵³⁹ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.06.386831-0**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 2-12-2009.

na sentença, expressamente, a tese defensiva no sentido de não ser possível a intervenção estatal nas instituições de ensino privadas.⁵⁴⁰

Em relação a ações para preservação do princípio da livre concorrência, destaca-se, inicialmente, o combate ao cartel estabelecido por alguns revendedores de combustível da cidade de Florianópolis, no ano de 2000, demonstrado por interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, ocasionando a primeira condenação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica relacionado ao assunto⁵⁴¹ e o ajuizamento de ação penal, esta última, infelizmente, foi extinta pela configuração da prescrição⁵⁴², deixando-se, assim, de punir autores de um crime que provoca significativos prejuízos aos consumidores, registrando-se que o mencionado caso, por seu ineditismo e importância, ganhou muito destaque na imprensa nacional.

⁵⁴⁰ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.95.026990-1**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.95.026990-1&cdForo=23>>. Acesso em: 2-12-2009. Destaca-se da decisão do Juiz Luiz Antonio Zanini Forneroli, de 24-8-2009: “[...] Sendo que, uma das formas de intervenção é o controle de preços de mercado, vista pelo setor privado como total usurpação de poder, isso porque dentro do princípio da livre iniciativa, além da possibilidade de principiar uma atividade, também está presente a liberdade de administração do empresário, sendo que a escolha do preço de seu produto ou serviço está entre as mais importantes medidas tomadas por ele. Porém, a atitude a ser tomada pelo Estado ao fazer o controle de preços deve estar fundamentada em determinados fatos, já que é evidente a importância atribuída à livre iniciativa na Constituição vigente, ou seja, o controle de preços é uma atitude extrema e que o Estado somente deve lançar mão em casos de real necessidade, senão estará cerceando um dos princípios fundamentais da economia idealizada pelo constituinte de 1988. Dito isso, verifica-se que é perfeitamente admissível a intervenção federal nas relações comerciais, principalmente quando houver abuso do poder econômico que vise o aumento arbitrário dos lucros. Podendo, dessa forma, a fim de repelir a abusividade intervir no controle dos preços [...]”

⁵⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade - **Processo n. 08012.002299/2000-18**. Conselheiro Relator: Afonso Arinos de Melo Franco Neto. Data do julgamento: 27-03-2002. Destaca-se da decisão: “[...] O Tribunal, por unanimidade, considerou as Representadas incursas no artigo 20, inciso I c/c o artigo 21, incisos I, II e XXIV, ambos da Lei n. 8.884/94, aplicando, quanto às pessoas jurídicas Representadas, multa no valor equivalente a 10% do faturamento de cada uma delas, verificado no ano de 1999, além de outras cominações [...] Por unanimidade, aplicou multa ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, em razão de ter sido provado nos autos que o referido sindicato foi agente promotor e indispensável para viabilizar o cartel, além de outras cominações, que, por maioria, estipulou seu valor em R\$ 400.000,00 [...]” Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae8e60a869be53a172a371c99b>> Acesso em: 28-11-2009.

⁵⁴² SANTA CATARINA. 1ª Vara Criminal. **Ação penal n. 023.00.028214-9**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 28-11-2009.

Outro caso relacionado à livre concorrência decorre da proibição estatutária de os médicos cooperados da Unimed atenderem a outros planos de saúde, ocasionando um verdadeiro monopólio, porquanto, em Santa Catarina, o referido plano de saúde tem um grande número de médicos cooperados. Por intermédio de ação civil pública, mencionada cláusula estatutária foi considerada inconstitucional⁵⁴³, confirmando-se a decisão de primeiro grau pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁴⁴.

Finalmente, destaca-se a limitação do exercício da livre concorrência no serviço funerário do município de Florianópolis em razão da Lei n. 6.923/2006⁵⁴⁵, porquanto estabelece um sistema de rodízio em que apenas uma delas pode comercializar seus produtos, prejudicando a liberdade de escolha do consumidor, salientando-se que foi movida ação direta de inconstitucionalidade pelo Centro de Apoio Operacional de Controle de Constitucionalidade do Ministério Público catarinense⁵⁴⁶.

⁵⁴³ SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.00.036524-9.** Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N0000FQL0060&cdForo=23&baseIndice=INDDS>> Acesso em: 30-11-2009.

⁵⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Embargos de Declaração em Ap. Cív. 2006.015117.** 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Rui Fortes. Data do julgamento: 29-10-2008. Disponível em: <<http://ap.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=unimed+exclusividade&qFrases=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAKAAAYdKAAA>> Acesso em: 30-11-2009.

⁵⁴⁵ FLORIANÓPOLIS. **Lei n. 6.923, de 31 de março de 2006.** Estabelece critérios para concessão dos serviços funerários e as obrigações das empresas concessionárias de serviços funerários e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cmf.sc.gov.br>>. Acesso em 15-12-2009.

⁵⁴⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.038.168-8.** Tribunal Pleno. Relator: Des. Irineu João da Silva. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20070381688&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 15-12-2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise dos temas abordados e detida reflexão sobre eles, pode-se concluir que os valores constitucionais devem ser o guia do legislador e o fundamento das postulações e decisões judiciais, especialmente tendo em vista aspectos materiais, e não apenas formais, considerando-se normas jurídicas os enunciados constitucionais.

Vive-se uma nova fase, no Direito, chamada de pós-positivismo ou de constitucionalização do Direito, com a irradiação dos valores constitucionais aos demais ramos do Direito.

Os direitos decorrentes das relações de consumo são um exemplo típico da modificação do papel do Estado e do Direito após a revolução industrial e o desenvolvimento tecnológico, exigindo uma atuação mais efetiva em espaços antes destinados à autonomia da vontade e à autoregulação, como uma das características do Estado Social.

Um importante marco para a concretização dos direitos fundamentais e maior efetividade das ações constitucionais foi a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas.

A argumentação judicial, como regra, segue um esquema subsuntivo ou classificatório e apenas excepcionalmente obedece a um esquema de ponderação e adequação.

O esquema subsuntivo é a verificação de se o caso concreto se subsume ao caso geral tratado pela norma. Quando o caso analisado é tratado apenas por princípios, por estarem relacionados a valores, contém um alto grau de generalidade e abstração, dependendo, sua aplicação, da edição de uma norma concretizadora e do balanceamento com princípios antagônicos, prevalecendo aquele com maior peso.

Admite-se que o Estado interfira na liberdade de exercício da atividade profissional por ameaçar um direito e uma garantia fundamental preponderante, qual seja, a saúde do consumidor (aplicando-se o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, destacado por Alexy, na fórmula do peso, considera-se alto o seu grau de importância, o fundamento ou o peso da intervenção, admitindo-se até uma intervenção alta), nas seguintes hipóteses: obrigação de o fornecedor informar os riscos provocados pelo consumo de tabaco (intervenção leve); limitação dos pontos de venda de cigarros e de bebidas (intervenção média); e proibição de consumir cigarros em estabelecimentos de acesso público (intervenção alta).

O Estado deverá intervir na economia para alcançar as diretrizes, os programas e os fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, conforme valores previstos nos artigos 1º, 3º, 5º e 170 da Constituição Federal, como acontece com as leis que asseguram o direito à meia-entrada ao estudante em eventos culturais, desportivos e musicais, o que configura uma intervenção média na livre iniciativa. Já o grau de importância, o fundamento ou o peso da intervenção deve ser considerado alto, pois o aprimoramento cultural e intelectual dos estudantes está diretamente relacionado a um país com melhor qualidade de vida para todos.

Os direitos e as garantias previstos no texto constitucional, inclusive os relacionados à defesa do consumidor, dependem de instrumentos judiciais, legislativos e administrativos para sua efetivação, pois só assim ganham concretude e passam a integrar a vida das pessoas.

O conhecimento dos princípios constitucionais fundamentais da Constituição Federal aplicáveis ao direito do consumidor é de fundamental relevância para a compreensão e concretização dos direitos dos consumidores, pois representam os valores constitucionais da mais alta hierarquia e servem de base, fundamento e justificativa para as demais normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o consumidor, contribuindo, ainda, para que, na solução de questões consumeristas, o norte principal do intérprete e aplicador da lei seja a Constituição Federal.

São princípios fundamentais da Constituição Federal aplicáveis ao direito do consumidor: o republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, ainda, a sustentabilidade.

O conhecimento dos princípios gerais e especiais aplicáveis ao direito do consumidor também é fundamental para a efetividade e consolidação dos direitos do consumidor e contribuir para que, na solução de questões consumeristas, o norte principal do intérprete e aplicador da lei seja a Constituição Federal.

A proteção do consumidor como direito e garantia fundamental é um princípio constitucional geral.

Os direitos fundamentais têm força vinculativa e estão diretamente vinculados com a noção de Constituição e Estado de Direito.

Apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

Diante da importância da proteção do consumidor, falta competência ao legislador para editar qualquer norma que acarrete prejuízo ao consumidor, desprotegendo-o, pois violaria um direito e uma garantia fundamental.

O Estado tem a obrigação de uma intervenção positiva para dar concretude ao direito e à garantia fundamental de proteção do consumidor, admitindo-se, inclusive, a propositura de ação judicial para postular uma proibição de omissão, por se considerar um direito do indivíduo diante do Estado.

As cláusulas contratuais abusivas devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz, dando-se, assim, maior peso aos valores mais importantes previstos na Constituição Federal e ao direito material, em detrimento de institutos processuais.

A Súmula n. 381, do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional, pois violou a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental e como um princípio da ordem econômica, além dos princípios constitucionais estruturantes umbilicalmente a ele ligados, como o republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a solidariedade, valores da mais alta importância que devem servir como farol e guia da atuação de todos os entes estatais, especialmente de nosso Tribunal da Cidadania.

A igualdade jurídica presente no liberalismo é transformada em igualdade material na nova concepção de Estado, passando de uma igualdade “perante a lei” para uma “igualdade feita pela lei”. Como exemplo, destaca-se o tratamento desigual dispensado pela lei em uma relação de consumo, protegendo-se o consumidor para diminuição da desigualdade existente entre ele e o fornecedor, em razão da busca da aplicação do princípio da isonomia, atendendo à conhecida máxima: “tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais”.

Como regra, todos os consumidores devem ser tratados igualmente, admitindo-se um tratamento diferenciado apenas quando um fundamento razoável o justifique ou exista uma razão objetivamente evidente, sempre tendo como pano de fundo o conceito de justiça.

As publicidades de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nocivas à saúde e ao meio ambiente admitem restrições legais, conforme estabelecido pela Constituição Federal, que, *prima facie*, estabeleceu o valor reforçado da proteção daqueles mencionados em relação à liberdade de manifestação de pensamento por intermédio da publicidade, dependendo, apenas, da mediação concretizadora do legislador ordinário, criando as respectivas normas de caráter indiretamente constitucional.

É necessário aprovar o Projeto de Lei n. 2.733/2008, que diminui para 12,5 graus Gay-Lussac o teor alcoólico para uma bebida ser considerada alcoólica, possibilitando o enquadramento da cerveja nas restrições

da Lei n. 9.294/96, dando-se, assim, maior peso à proteção da saúde do consumidor do que ao interesse econômico dos fornecedores.

É necessário aprovar as limitações da publicidade de produtos alimentícios com quantidades altas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional destinados a crianças de até 12 anos, objeto da Consulta Pública da Agência Nacional de Saúde n. 71/2006, considerando-se tais limitações como uma intervenção média ao livre exercício da atividade profissional e alto o seu grau de importância, o fundamento ou o peso da intervenção, pois objetiva proteger a saúde dos consumidores.

A proibição da publicidade enganosa e abusiva prevista no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor é fruto do balanceamento dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e da proteção do consumidor efetuado pelo legislador ordinário, atribuindo maior peso ao segundo, editando, assim, a regra concretizadora do princípio prevalente, autorizado pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Pode-se, também, aplicando-se o “teste da razoabilidade” proposto por Canotilho, afirmar que a publicidade enganosa e abusiva não está na esfera de proteção do princípio da liberdade de expressão.

A condenação em danos morais difusos é fundamental para combater as publicidades abusivas e outras práticas violadoras dos direitos dos consumidores.

A defesa do consumidor, como um princípio da ordem econômica, é um princípio constitucional especial, pois quer densificar ou concretizar a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, tendo como finalidade colocar limites na atuação do empreendedor, baseados na ética, na justiça e no respeito ao ser humano.

O livre exercício da atividade profissional deve estar limitado pelos seguintes princípios constitucionais fundamentais: republicano, dignidade

da pessoa humana, cidadania, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, isonomia e sustentabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer em relação à Convenção de Varsóvia, que limita o valor da responsabilidade civil do transporte aéreo internacional, dando-se maior peso à proteção do consumidor como valor constitucional do que ao ordenamento jurídico internacional.

A interferência estatal na propriedade privada é legítima apenas quando fundamentada em abuso, distorção do poder econômico (art. 173, § 4º, CF/88), ou em razão da função social da propriedade (art. 21, XXIII, CF/88), sendo, assim, consideradas inconstitucionais leis que isentam a cobrança em estacionamentos privados.

O problema formulado para o trabalho foi o seguinte: a defesa do consumidor tem origem constitucional e vários princípios constitucionais são aplicáveis ao direito do consumidor, sendo de fundamental importância a resolução dos casos concretos com base na Constituição Federal, assim sendo, pergunta-se: qual a importância, para o direito do consumidor, ter origem constitucional? Quais os princípios constitucionais aplicáveis nas relações de consumo? Como a doutrina brasileira e os tribunais estão aplicando os princípios constitucionais na defesa do consumidor? O tratamento dado pelos Tribunais e pela doutrina é suficiente para garantir a efetividade do direito do consumidor? Quais são as alternativas para dar mais efetividade aos princípios constitucionais relacionadas à defesa do consumidor?

Já as hipóteses levantadas para os problemas confirmaram-se, ficando demonstrado que os princípios constitucionais da defesa do consumidor são fundamentais para a efetividade e consolidação dos direitos do consumidor; a interpretação dos direitos do consumidor em conformidade com a Constituição Federal é muito importante para sua efetivação e consolidação; a doutrina brasileira e os tribunais estão aplicando os princípios constitucionais relacionados à defesa do consumidor com muita timidez, embora tenham sido destacados, ao longo do trabalho, alguns comentários doutrinários e decisões

judiciais fazendo expressa referência aos referidos valores constitucionais; e a constitucionalização do direito do consumidor é de suma importância para uma boa aplicação da legislação consumerista.

Finalmente, salienta-se que o trabalho procurou abordar temas de muita abrangência, com reflexos fundamentais para a adequada compreensão de toda a legislação consumerista e para a concretização dos valores constitucionais de maior hierarquia, que, obviamente, não se esgotam na presente pesquisa, sendo importante que seja dada continuidade aos estudos e ao aprofundamento das reflexões sobre os princípios constitucionais aplicáveis à defesa do consumidor e sua efetividade, para que ganhem, cada vez mais, concretude, passando, efetivamente, de uma *“law in the books para uma law in action para uma ‘living constitution’”*, conforme lição já destacada do mestre Canotilho.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, Rev. da trad. e trad. dos novos textos Ivone Castillo Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.

AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para uma teoria de la constitucion**. Madrid: Lustel, 2007.

ANUIDADE ZERO. <Disponível em: <http://www.anuidadezero.com/2009/04/17/comrcio-reabre-guerra-ao-carto-de-credito/>> Acesso em 17-4-2010.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BOLSON, Simon Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**: São Paulo: RT. Vol. n. 46, abr-jun 2003.

BONATTO, Cláudio e DAL PAI MORAES, Paulo Valério. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOROS. Talita; BERTOLOTTO, Rodrigo. Justiça suspende lei do estacionamento grátis em shoppings de SP. **Notícias UOL**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/11/26/ult5772u6381.jhtm>>. Acesso em: 5-12-2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. **Resolução n. 490, de 24 de janeiro de 2008**. Aprova o Regulamento de Conselho de Usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=233691&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=Cidadao-Telefonia%20Fixa-Conselho%20de%20Usuários%20do%20STFC&filtro=1&documentoPath=208876.pdf>>. Acesso em: 11-11-2009.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Consulta Pública n. 71** de 10 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 15-9-2009.

_____. Câmara dos Deputados. **PL 3205/04**. Proíbe a comercialização, no Território Nacional, de bebidas alcoólicas, cigarros e congêneres em estabelecimentos ou pontos de venda localizados a menos de 500 metros de escolas públicas ou particulares. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12-12-2009.

_____. **Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2181.htm>. Acesso em: 11-12-2009

_____. **Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008**. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. **Decreto-Lei n. 4.680, de 24 de abril de 2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas

aplicáveis. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm>
 Acesso em: 30-11-2009.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12-12-2009.

_____. **Lei n. 8.631, de 04 de março de 1993.** Que dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8631.htm>> Acesso em: 11-11-2009.

_____. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7783.htm>>. Acesso em: 11-12-2009.

_____. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 22-1-2010.

_____. **Lei n. 9294, de 15 de julho de 1996.** Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9294.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. **Lei n. 11.445, de 16 de julho de 1997.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de

fevereiro de 1995; revoga a Lei . 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 12-12-2009.

_____. **Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 10-12-2009.

_____. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.** Que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. **Lei 10.504, de 8 de Julho de 2002.** Que Dispõe sobre a criação do Dia Nacional do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10504.htm> Acesso em: 15-11-09.

_____. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 2005.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. **Medida Provisória n. 2.148, de 22 de maio de 2001.** Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2148-1.htm> Acesso em: 9-12-2009.

_____. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Relatório Sindec sobre os problemas do setor de Telecomunicações no período de 1º/5/2005 a 30/04/2009.** Disponível em: <

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ40050E74ITEMID9D5906DECC06457C86E7DB0A51E8B5E1PTBRNN.htm>>. Acesso em: 28-10-2009.

_____. Ministério da Justiça. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 81, de 23 de janeiro de 2002**. Estabelece regra para a informação aos consumidores sobre mudança de quantidade de produto comercializado na embalagem. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}>>. Acesso em: 12-1-2010.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria MJ n. 2.014, de 13 de outubro de 2008**. Estabelece o tempo máximo para o contato direto com o atendente e o horário de funcionamento no Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.733, de 23 de janeiro de 2008**. Altera a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.139, de 29 de abril de 2009**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PL5139-09.pdf>> Acesso em: 27-11-2009.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade - **Processo n. 08012.002299/2000-18**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae8e60a869be53a172a371c99b>> Acesso em: 28-11-2009.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 263, de 16 de setembro de 2004**. Acrescenta § 6º ao art. 43, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a formação do cadastro positivo nos Sistemas de Proteção ao

Crédito. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70174>.
 Acesso em: 10-1-2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 797963 / GO**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 07-02-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501896708&dt_publicacao=05/03/2008>. Acesso em: 30-11-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 821891/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 12-05-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&pprocesso=821891&b=ACOR>. Acesso em: 30-11-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em MS n. 12.959/SP**. 1ª Turma. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Data do julgamento: 11-2-2002.. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12959&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 15.11.2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 12.326/SP**. 1ª Turma. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 20/03/2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12326&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 15.11.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 655.443/RS**. 4ª Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 5-4-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 248.155/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do julgamento: 23-5-200. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=248155&b=ACOR>. Acesso em: 12-12-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.096.325/SP**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 9-12-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1096325&b=ACOR>. Acesso em: 03.11.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 3.11.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 989.105/PR**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 28-09-2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2007/0221297-6&dt_publicacao=28/09/2009> Acesso em: 30-11-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg n. 782.895/SC**. 3ª Turma. Relator: Min. Sidney Beneti. Data do julgamento: 19-06-2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\('AGRESP'+adj+782895\).suace.+ou+\(\('AGRESP'.clas.+ou+'AGRESP'.clap.\)+e+@num='782895'\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=('AGRESP'+adj+782895).suace.+ou+(('AGRESP'.clas.+ou+'AGRESP'.clap.)+e+@num='782895'))> Acesso em: 12-12-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 447.303/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 2-10-2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=r%F3tulo+%E1gua+mineral&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 625.478**. 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do julgamento: 8-11-2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=625478&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RESP n. 963.990/SC**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 08/04/2008. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&processo=963990&b=ACOR>. Acesso em: 15.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 804.202/MG**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 10-8-2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=804202&b=ACOR>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no REsp 1.046.236**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 5-2-2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1046236&b=ACOR>. Acesso em: 30.11.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no REsp n. 845.982/RJ**. 1ª Seção. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 24-6-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=845982&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> Acesso em: 30-11-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 769.326/RN**. 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Data do julgamento: 24-9-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+individual+homog%EAneo+minist%E9rio+p%FAblico+legitimidade&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 4-12-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 858.056/GO**. 2ª Seção. Relator: Min. João Otávio Noronha. Data do julgamento: 11-6-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+minist%E9rio+p%FAblico+relev%E2ncia+social&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 5-12-09.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência ao REsp n. 399.357/SP**. Sala de Notícias. Data da publicação da notícia: 6-10-2009.

Disponível

em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94083&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=eficácia> Acesso em: 5-12-09.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 399.357/SP**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 17-3-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=411529&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5-12-09.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 381**. 2ª Seção. Data do julgamento: 22-04-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=29>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.950/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 3-11-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=meia%20entrada&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.512/ES**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 15-2-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=meia%20entrada&base=baseAcordaos>>. Acesso em 15-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 297.901**. 2ª Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 7-3-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=consumidor%20tratado%20internacional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.448/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sidney Sanches. Data do julgamento: 23-04-2003. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(2448.NU ME.%20OU%202448.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(2448.NU%20ME.%20OU%202448.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 9-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 09-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Néri da Silveira. Relator p/ Acórdão. Min. Ellen Gracie. Data do julgamento: 13-12-2001. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=sobretarifa %20energia%20elétrica&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=sobretarifa%20energia%20elétrica&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.710/GO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: 9-2-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3710.NU ME.%20OU%203710.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3710.NU%20ME.%20OU%203710.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. 17 de novembro de 2009. Disponível _____ em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116171&caixaBusca=N>>. Acesso em 17-12-2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Livraria Almedina, 2003.

CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, 13/173-197, São Paulo, jan-mar. 2008.

CRUZ, Guilherme Ferreira. Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção. **Biblioteca de Direito do Consumidor** – 34. Antonio Herman V. Benjamim e Claudia Lima Marques (Coords). São Paulo: RT, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sergio. Sobre o princípio Republicano. **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 13, n. 1, 2008. p. 44. Disponível em: <<http://www.univali.br/nej>>. Acesso em: 27-9-2009.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal. **Ação civil pública - inicial**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/acp_contra_rapido_marajo_e_transbrasiliana.pdf>. Acesso em: 14-10-2009.

DODE, Adilza Condessa. **Poluição ambiental e exposição humana a campos eletromagnéticos**: estudo de casos no município de Belo Horizonte, com ênfase nas estações radiobase de telefonia celular [resumo publicado]. 2003. 175f. Dissertação de Mestrado. Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental, Departamento de Engenharia Hidráulica e Recursos Hídricos. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.mreengenharia.com.br/pdf/tese_protugues.pdf>. Acesso em: 30-11-2009.

ENCICLOPÉDIA Wikipédia On-line. **Hans-Georg Gadamer**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.

_____. **Emilio Betti**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.

FERRER, Gabriel Real. **Aula proferida no Centro de Negócios Alicante**, na disciplina de Médio Ambiente, Constitucion y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27-4-2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Promotorias de Justiça do Consumidor: atuação prática**. Colaboração: Dora Bussab Castelo e Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997.

FLORIANÓPOLIS. **Lei n. 6.923, de 31 de março de 2006**. Estabelece critérios para concessão dos serviços funerários e as obrigações das empresas concessionárias de serviços funerários e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cmf.sc.gov.br>>. Acesso em 15-12-2009.

_____. **Lei n. 8.042 de 12 de novembro de 2009**. Dispõe, legislando para o interesse de seus municípios, adequando a lei federal n. 9.294 de 1996, sobre a preservação da qualidade do ar, a proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores e pela redução da exposição à fumaça ambiental do tabaco. Disponível em: <<http://www.cmp.gov.br>>. Acesso em: 24-11-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.07.092791-2**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.07.092791-2+&cdForo=23>>. Acesso em: 5-12-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.07.092750-5**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.07.092750-5&cdForo=23>>. Acesso em: 5-12-2009.

FOLHAONLINE. **Dinheiro**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u22774.shtml>>. 28 de maio de 2001. Acesso em: 9-12-2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Cotidiano**. 19 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1910200720.htm>> Acesso em: 25-11-09.

_____. **Dinheiro**. 11 de julho de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1107200922.htm>>. Acesso em 17-4-2010.

_____. **Entre aspas**. 3 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=484ASP003>>. Acesso em: 12-12-09.

_____. **Cotidiano**. 8 de maio de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0805200816.htm>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. **Cotidiano**. 10 de maio de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1005200804.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. **Vitrine**. 14 de março de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1403200921.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

_____. **Cotidiano**. 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2608200902.htm>>. Acesso em: 23-11-2009.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus, 1991.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69. São Paulo: RT, jan.-mar. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini [*et al*] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

INSTITUTO Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo. **Informativo de 18-11-2009**. Disponível em: <http://www.ibedec.org.br/not_inf_detalhe.asp?id=471>. Acesso em: 18-11-2009.

KONPARATO, Fábio Konder. **A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988**. *In* Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 80. São Paulo: RT, out.dez./1990.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUCA, Newton. **Direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:** arts. 1º a 74 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *In* SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. Organizador. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Aula proferida no curso de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica – CCPJ..** Itajaí:Universidade do Vale do Itajaí. Informação verbal. 25-9-2008.

_____. **Fundamentos da política jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira - A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão. **Caderno Virtual, 2009.** Disponível em: < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/49/26>>. Acesso em 17-4-2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Palestra - a dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor.** VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – a defesa do consumidor e a justiça – ética, equidade e riscos:

desafios da próxima década. Informação verbal. Starfish Resort Hotel. Aracajú/SE, 29.04.2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. ver., at. e amp.. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORENO, Ruan Rosa. El derecho ambiental em Latino América. *In* FERRER, Gabriel Real (Coord.). **Intragracion económica y medio ambiente en América Latina**. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000.

NASHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 3. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em:

<<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaidez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz>>. Acesso em: 11-12-2009.

_____. Conferência Rio 92. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Princípio 8. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaidez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz>>. Acesso em: 11-12-2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

_____. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PETTER, Josué Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed., rev. e reest., 7 tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social. Procon/RS. Notícia. Disponível em: <http://www.procon.rs.gov.br/portal/index.php?menu=central_viz&cod_noticia=1904>. Acesso em 12-1-2010.

SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Org.). **Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva. homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública**. Rio de Janeiro: Lumem júris, 2005. p. 136.

SANTA CATARINA. 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. **Ação penal n. 023.00.028214-9**. Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 28-11-2009.

_____. Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. **Resolução n. 234/2008**. [documento disponível impresso].

_____. **Lei n. 12.128, de 12 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o plantio, cultivo, pesquisa, indústria e comércio de organismos geneticamente modificados no Estado de Santa Catarina, cria o Conselho Técnico Catarinense de Biossegurança - CTCBio - e adota outras providências. Disponível em:

<http://200.192.66.20/alesc/docs/2002/12128_2002_leis.doc> Acesso em: 30-11-2009.

_____. **Lei n. 12.570**, de 4 de abril de 2003. Dispõe sobre os benefícios aos estudantes e menores de dezoito anos para o acesso a eventos culturais e desportivos. Disponível em:

<<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 15-12-2009.

_____. **Lei n. 13.348, de 2 de maio de 2005**. Estabelece condições de estacionamento em shopping centers, supermercados e agências bancárias. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 6-12-2009.

_____. **Lei n. 4.888, de 22 de outubro de 2009**. Torna obrigatório o encaminhamento, por escrito, de contratos firmados por meio de call center e formas similares, aos contratantes e adota outras providências. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 12-1-2010.

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2007.000298-9, 29ªPJ de Florianópolis**. [documento disponível impresso]

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2008.000581-2, 29ªPJ de Florianópolis**. [documento disponível impresso].

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito civil n. 06.2009.000138.0**. CSMP n. 12578. Conselho Superior. 1ª Turma Revisora - Florianópolis. Conselheiro Relator: Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro. Data do julgamento: 28-9-2009. [documento disponível impresso].

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Procedimento Administrativo Preliminar n. 006/2006/29ª PJ**. 29ª Promotoria de Justiça - Florianópolis. [documento disponível impresso].

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Santa Catarina. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Procedimento Administrativo Preliminar n. 006/2006/29ª PJ.** 29ª Promotoria de Justiça - Florianópolis. [documento disponível impresso].

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2008.000225-8,** 29ªPJ de Florianópolis.

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Inquérito Civil n. 06.2006.000038-9,** 33ªPJ de Florianópolis. A falta de higiene em transporte coletivo municipal. [documento disponível impresso].

_____. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **Procedimento Preparatório n. 06.2007.000213-9PJ.** 29ª Promotoria de Justiça – Florianópolis. [documento disponível impresso].

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Mandado de segurança n. 023.09.032722-8.** Disponível em: <http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.09.032722-8&cdForo=23>> Acesso em: 19-11-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.08.046624-1.** Disponível em: <http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.08.046624-1&cdForo=23>> Disponível em 30-11-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.06.386831-0.** Disponível em: <http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 2-12-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.00.036524-9.** Disponível em: <http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N0000FQL0060&cdForo=23&baseIndice=INDDS>> Acesso em: 30-11-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.95.026990-1. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.95.026990-1&cdForo=23>> Acesso em: 2-12-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.05.035304-0. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 24-11-09.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.06.379233-0. Disponível em: <
<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N000ECNO0000&cdForo=23&baseIndice=INDDS>> Acesso em: 24-11-09.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.05.028333-5. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 24-11-09.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.06.386675-0. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?processo.foro=23&processo.codigo=0N000EIVB0000&cdForo=23&baseIndice=INDDS>>. Acesso em: 30-12-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.03.367967-6. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do;jsessionid=F30E897899A4032811A5F1E26EA08776>> Acesso em: 2-12-2009.

SANTA CATARINA. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.02.045580-4.** [documento disponível impresso].

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública**
n. 023.03.660426-0. Disponível em:
 <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do>>. Acesso em: 30-11-2009.

_____. Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital. **Ação civil pública n. 023.03.367971-4.** Disponível em: <<http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/search.do?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=023.03.367971-4&cdForo=23>> Acesso em: 2-12-2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Embargos de Declaração em Ap. Cív. 2006.015117.** 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Rui Fortes. Data do julgamento: 29-10-2008. Disponível em: <<http://ap.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=unimed+exclusividade&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAKAAydKAAA>> Acesso em: 30-11-2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2006.014451-3,** da Capital. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros. Data do julgamento: 24-4-2007. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=0100087C80000>>. Acesso em: 12-12-2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2007.022085-4, da Capital.** 4ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Jânio Machado. Data do julgamento: 28-8-2009. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=picareta+claro&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAIAAA7MIAAT>>. Acesso em 18-03-10

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.038.168-8.** Tribunal Pleno. Relator: Des. Irineu João da Silva. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMP>>

ROC&dePesquisa=20070381688&Pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 15-12-2009.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ap. Cív. n. 2007.051691-3**, de Tubarão. 3ª Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Salete Silva Sommariva. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2007.051691-3&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAaRBAAP>>. Acesso em 20-12-2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2007.003836-1**. Segunda Câmara de Direito Público. Relator: Des. Orli Rodrigues. Santa Catarina. [documento disponível impresso].

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Cív. 2007.061907-5**. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data do julgamento: 26-03-2008. Disponível em: <
<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AWN10000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=707308>>. Acesso em: 30-11-2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2007.015363-2**. 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=combust%E Dvel+bandeira+a%E7%E3o+civil+p%FAblica&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAHAAA5CQAAE>>. Acesso em: 27-1-2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ap. Civ. em MS n. 2008.043484-1**. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data do julgamento: 4-12-2009. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20080434841&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 9-12-2009.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SÃO PAULO. **Lei n. 13.819, de 23 de novembro de 2009**. Dispõe sobre a cobrança da taxa de estacionamento por “shopping centers”. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei%20n.13.819,%20de%2023.11.2009.htm>>. Acesso em: 6-12-2009.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de São Paulo – Cnacon. **Ficha n. 057/95**. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_servicos_essenciais/acpmp_se_transportes/95-057.h>. Acesso em: 14-10-2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *In* **Revista de Direito do Consumidor**, n. 71. São Paulo: RT, jul-set. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização dos direitos**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. *In: **Hermenêutica e argumentação***. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TRAJANO, Fábio de Souza. XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social, 26 a 28 de novembro de 2009, Florianópolis, **Livro de teses**. Princípio da sustentabilidade e a defesa do consumidor. Porto Alegre: Magister, 2009.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

V ENCONTRO Nacional do Ministério Público do Consumidor. Conclusões do V encontro nacional do Ministério Público do Consumidor. Agosto/2005. Natal/RN. Disponível em:
<http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=991>
Acesso em: 11-12-2009.