

**CLÁUDIA MARIA MOREIRA KLOPER MENDONÇA**

**A LIVRE INICIATIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
DEFESA DO CONSUMIDOR**

**UNIFIEO**

**Osasco**

**2010**

**CLÁUDIA MARIA MOREIRA KLOPER MENDONÇA**

**A LIVRE INICIATIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini.

**UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO**

**OSASCO**

**2010**

MENDONÇA, Cláudia Maria Moreira Kloper

A Livre Iniciativa e o Direito Fundamental à Defesa do Consumidor / Cláudia Maria Moreira Kloper Mendonça; orientação do Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini. Osasco, 2010. 132 f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

1. Direito Econômico. 2. Livre Iniciativa. 3. Consumidor. 4. Art. 170. Constituição Federal.

**CLÁUDIA MARIA MOREIRA KLOPER MENDONÇA**

**A LIVRE INICIATIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO  
CONSUMIDOR**

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Paulo Salvador Frontini  
Orientador

---

---

Osasco, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

## AGRADECIMENTOS

Preliminarmente, a DEUS, responsável por possibilitar tudo que construímos.

Ao Professor Dr. Luiz Carlos de Azevedo, Reitor desta conceituada Instituição, à eminente Professora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz (Coordenadora do Curso Mestrado em Direito), que através dos seus conhecimentos e dedicação, vem elevando a cada dia o Curso de Mestrado desta Universidade. Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Salvador Frontini, que com sua didática ímpar, foi responsável, sem dúvida, pelo meu interesse no estudo do Direito do Consumidor e, conseqüentemente, esta pesquisa.

Ao seletto corpo docente do Mestrado, em especial, Professora Dra. Adriana Zawada, Professora Dra. Flavia Trentini, Professora Dra. Márcia Alvim, Professora Dra. Margareth Leister, Professor Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, Professor Dr. Domingos Sávio Zainaghi, Professor Dr. Eduardo Carlos B. Bittar; apesar de todos os obstáculos, fazem florescer nos mestrandos, magnitude, advinda da incessante busca da sabedoria e sensatez, proporcionada por esta conceituada Instituição.

Especialmente, aos amigos Adriana Montilha, Alessandra Farias, Ana Cristina Moreira, Bárbara Slavov, Antonio Carlos, Jair Eloi, Onias Júnior, Pedro Marcelino, Rinaldo Martorelli, Rodrigo Corsini, Rodrigo Spnelli, William Marchi. Pelo incentivo, pela confiança depositada em mim, por demonstrarem companheirismo e por terem contribuído, direta ou indiretamente, para elaboração desta pesquisa.

Às funcionárias da Secretaria de Mestrado, em especial, Nadja, Roberta, Silvana e Silvia, pelo carinho e atenção. Obrigada!

## DEDICAÇÃO

Aos meus pais, MAURO e MARILDA, *in memoriam*, que plantaram a semente, com dedicação, simplicidade e humildade dos sábios, guiaram os meus passos. Deixando, hoje, um vazio que procuro preencher com lembranças e saudades.

Ao meu marido RICARDO, com amor, pelo carinho e incentivo que recebi. Sendo o alicerce, a base do meu crescimento.

Aos meus filhos RICARDO KLOPER e RAFAEL KLOPER e aos sobrinhos ANDRÉ, DIOGO, RENATO, RENAN, GABRIEL, LUCAS e MARINA, razão de toda a minha busca.

## RESUMO

O estudo objetiva demonstrar que as limitações impostas à livre iniciativa funcionam como parâmetros, não permitindo que esta prejudique princípios e valores estabelecidos na ordem jurídica brasileira, em especial, na Constituição da República de 1988, assim, a valorização do trabalho humano, acompanhada da livre iniciativa, são condições para que se assegure a *dignidade da pessoa humana*. Demonstra-se a relevância da livre iniciativa enquanto valor e princípio da ordem econômica, como também, garantia constitucional da defesa do consumidor. Assim, pela leitura do Art. 170 da Constituição Federal pode se verificar que a defesa do consumidor está entre as garantias resguardadas pela Constituição e que faz parte dos limites estabelecidos à Ordem Econômica, surgindo como princípio a ser respeitado pelo ordenamento jurídico do Brasil, bem como os demais princípios lá preceituados. Ante tais disposições, o estudo fará uma abordagem clara e objetiva, de forma a estabelecer uma organização coerente de idéias originadas de bibliografias de autores consagrados que escreveram sobre a livre iniciativa como direito fundamental a defesa do consumidor - tema escolhido. Nesse contexto, demonstra-se que os direitos do consumidor devem ser interpretados num prisma relativo aos direitos humanos, tendo em vista o tratamento constitucional interno e as obrigações assumidas em diversos tratados internacionais. Por fim, o trabalho conclui que o princípio da livre iniciativa e livre concorrência devem ser utilizados como diretrizes e eventuais limitadores ao Direito Econômico, visando a coibição de possíveis abusos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Econômico; Livre Iniciativa; Consumidor; Art. 170, CF.

## **ABSTRACT**

The study aims at demonstrating that the restrictions imposed on free enterprise, act as parameters, not allowing it to undermine the principles and values established in the Brazilian legal order, in particular the Constitution of 1988. Demonstrates the relevance of free enterprise as a value and principle of the economic order, but also the constitutional guarantee of consumer protection. Thus, by reading the Article 170 of the Constitution can be verified that the consumer is between guarantees safeguarded by the Constitution and is part of the limits to the Economic Order, emerging as the principle to be respected by the legal system of Brazil and as the other principles there rulings. Faced with these measures, the study makes a clear and objective approach in order to establish a coherent organization of ideas originating from bibliographies of renowned authors who wrote about the free enterprise as a fundamental right to consumer protection - a theme chosen. In this context, it is shown that consumer rights must be interpreted in a prism on human rights in view of the treatment procedure and the constitutional obligations in various international treaties. Finally, the paper concludes that the principle of free enterprise and free competition should be used as guidelines and any limitation to the Economic Law, seeking to restrain any possible abuse.

**KEYWORDS:** Economic Law, Free Enterprise, Consumer, Article 170, CF.



## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>14</b>
1.1	Breve Histórico dos Direitos Fundamentais.....	16
1.2	As Gerações dos Direitos Fundamentais.....	21
1.3	Supremacia Constitucional.....	32
1.4	Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	34
<b>2</b>	<b>CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA .....</b>	<b>39</b>
2.1	Princípios Informadores da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988.....	42
2.2	A Livre Iniciativa.....	48
2.3	O Direito Fundamental da Livre Iniciativa.....	52
2.4	Livre Concorrência: como Corolário da Livre Iniciativa.....	54
2.4.1	Concorrência Desleal: como Violação à Livre Iniciativa.....	56
2.4.2	Abuso de Poder.....	59
2.5	A Concentração das Empresas e suas Consequências.....	62
2.6	Sanções por Infração da Ordem Econômica.....	65
<b>3</b>	<b>O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>68</b>
3.1	A Evolução da Proteção e Defesa do Consumidor.....	70
3.2	A Constituição Brasileira e o Direito do Consumidor.....	75
3.3	O CDC como Densificação Jurídica dos Direitos Fundamentais.....	81
3.4	Consumidor: Aspectos Gerais.....	84
3.4.1	Conceito de Consumidor.....	84
3.4.2	Pessoa Jurídica como Consumidor.....	87
3.4.3	Conceito de Fornecedor.....	93
3.4.4	Fornecedor a Título Gratuito.....	97
3.4.5	Conceito de Produto.....	101
3.4.6	Conceito de Serviço.....	102
<b>4</b>	<b>DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO GERAL DA ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>106</b>
4.1	Livre Iniciativa Versus Direitos do Consumidor: Colisão de Direitos Fundamentais?.....	107

4.2	Paradoxo – Autonomia Privada “Versus” Intervenção do Estado no Domínio Econômico.....	117
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>121</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>123</b>
	<b>SITES CONSULTADOS.....</b>	<b>131</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, seguindo a tendência do mundo, hoje globalizado, trouxe o Direito Econômico, em seu bojo, procurando primar pelo social, estabelecendo regras e limites à ordem econômica, com fins de resguardar o ser humano, dando-lhe oportunidade de uma vida digna, primando pelo trabalho, justiça social, defesa do consumidor, do meio ambiente (protegendo as gerações presentes e futuras), redução das desigualdades regionais e sociais e, limitando o direito à propriedade, exigindo que a mesma cumpra sua função social (art. 170, CF).

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 da Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

Pela leitura do Art. 170 da Constituição Federal pode se verificar que a defesa do consumidor está entre as garantias resguardadas pela Constituição e que faz parte dos limites estabelecidos à Ordem Econômica, surgindo como princípio a ser respeitado pelo ordenamento jurídico do Brasil, bem como os demais princípios lá preceituados.

Esta intervenção na Economia, para garantia do social, é reflexo do aprimoramento do Estado, que de Liberal (sem qualquer intervenção na economia) transmudou-se em Estado Democrático de Direito (que tem como características a supremacia da Constituição Federal, hierarquia das normas, direitos e deveres, tripartição do poder estatal e a democracia); Estado

do Bem Estar-Social (intervindo na economia para a garantia de manutenção dos direitos e garantias trazidos pela Constituição), sendo, assim, um Estado misto (não somente Liberal e, tampouco, somente social), no sentido de que, ao mesmo tempo em que garante a livre iniciativa e a livre concorrência (permitindo o desenvolvimento e enriquecimento do setor privado e, fortalecimento do capitalismo), o faz desde que a iniciativa privada siga certos princípios determinados dentro da Constituição Federal (o Estado intervindo, portanto, no privado, para garantia da coletividade, do social). Princípios estes estabelecidos no corpo da Constituição da República de 1988, merecendo destaque os outrora citados e encontrados no Art. 170, com o objetivo de que o indivíduo possa ter garantida a observância dos direitos que lhe foram concedidos pela própria Constituição.

Desta forma, surge, então, o Estado Democrático de Direito que, concilia duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade.

Assim, modernamente, o ‘Estado de Direito’ aprimorou-se no ‘Estado do Bem-Estar’, em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o ‘Estado Liberal’, que se omite ante a conduta individual, nem o ‘Estado Socialista’, que suprime a iniciativa particular. É o Estado, previsto em nosso texto constitucional, que busca equilíbrio entre as diversas relações jurídicas que pertence ao mundo jurídico, é o Estado orientador e planejador da conduta individual no sentido do *bem-estar social*, como será demonstrado ao longo deste estudo.

O reflexo desse Estado, que deixa de ser mínimo (que pouco intervém na Economia) e passa a ser regulador (intervindo quando necessário), resulta em uma Constituição que permite a obtenção de lucro (modelo de uma sociedade capitalista), desde que não haja violação dos princípios garantidos pela referida Lei Maior, como, por exemplo, quanto ao princípio da proteção ao direito do consumidor, já que o Estado intervém, somente quando for necessário, no sentido de que permite a livre concorrência e a livre iniciativa, desde que não infrinja os preceitos regidos pela Constituição, em especial, para este estudo, aqueles que protegem o consumidor.

O estudo busca demonstrar que o equilíbrio, o bem-estar social é a base do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, percebe-se que o maior objetivo da Carta Magna é a vida digna, com direitos e deveres, com a livre iniciativa (com o reconhecimento da nossa Lei do Capitalismo), gerando o consumo.

O Art. 170 da Constituição da República ainda estabelece os princípios gerais da ordem econômica, trazendo garantias para a mesma, como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando, também, limites a serem seguidos, tendo em vista alguns valores, tidos como absolutos, na própria Constituição, como o são, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho, na garantia de uma subsistência do cidadão (garantindo-lhe emprego), de forma digna (garantia de um mínimo para a sua sobrevivência digna – como se encontra em vários artigos da CF – como a garantia de saúde, habitação, lazer, educação).

Dessa maneira, percebe-se que a Constituição limita, objetivando o bem comum, a iniciativa privada, restringindo dessa forma o próprio regime capitalista, na tentativa de dar melhores condições de vida aos cidadãos.

Dentro desses limites impostos pela Constituição está o direito do consumidor. Além do Art. 170, a Constituição disciplina em outros artigos a proteção do consumidor, destacando-se os artigos 5º, XXXII; 24, VIII; 150, § 5º e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, demonstrando a preocupação da Constituição Federal com a defesa do consumidor.

Ante tais disposições, o estudo fará uma abordagem clara e objetiva, adotando a metodologia baseada nos conceitos de monografia de análise teórica sugerida por Luiz Antonio Rizatto Nunes, de forma a estabelecer uma organização coerente de idéias originadas de bibliografias de autores consagrados que escreveram sobre a livre iniciativa como garantia constitucional da defesa do direito do consumidor - tema escolhido.

Para tanto, o estudo divide-se em capítulos em que são analisados os direitos fundamentais, a constitucionalização da ordem econômica, o consumidor e a defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica.

O estudo encerra concluindo que a proteção ao consumidor, aliado a outros princípios, opera como limite à livre iniciativa, impedindo que a última cometa abusos no seu objetivo primordial de obtenção de lucro. Dessa forma, o Direito Econômico se relaciona e, muito com o Direito do Consumidor, o primeiro dependendo do segundo para obtenção de

lucro e, o Direito do Consumidor, por autorização da Constituição de 1988, acaba servindo de limitação ao Direito Econômico, visando a coibição de possíveis abusos.

## 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz, “a ordem jurídica tem função constitutiva e os direitos fundamentais constituem criação das normas jurídicas”.<sup>1</sup>

Assim, os direitos fundamentais resultam de um movimento de constitucionalização que começou nos primórdios do século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

No entanto, muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, tendo em vista que decorrem da própria natureza do homem. Portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma vida livre, digna e igualitária.

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem.<sup>2</sup>

Segundo José Afonso da Silva, direitos fundamentais do homem constitui a denominação mais adequada, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.<sup>3</sup>

Paulo Bonavides, por sua vez, ao tratar dos direitos fundamentais, aduz:<sup>4</sup>

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização”: Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.

---

<sup>1</sup> **FERRAZ**, Anna Candida da Cunha (Org.) e **BITTAR**, Eduardo C. B. (org.). **DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – Positivção e Concretização**, EDIFIEO, 2006, p. 10.

<sup>2</sup> **SILVA**, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 178.

<sup>4</sup> **BONAVIDES**, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 515.

No Brasil, em face na nova concepção acerca dos direitos fundamentais, foi também incorporada às Constituições Brasileiras, de modo que dentro do Direito Constitucional Positivo a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Logo, a exemplo das anteriores, a Constituição da República Federativa do Brasil não pretende enumerar os direitos fundamentais; pois, além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

José Joaquim Gomes Canotilho, assevera que:<sup>5</sup>

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ainda sobre os direitos fundamentais, assevera Jorge Miranda:<sup>6</sup>

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Assim, os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivos, uma vez que vigentes numa determinada ordem constitucional, razão pela qual os direitos fundamentais do homem são coisas desejáveis, fins que merecem ser perseguidos, contudo, apesar de toda essa desejabilidade, ainda não foram totalmente reconhecidos.

Portanto, é importante ressaltar a sua qualidade de DIREITOS FUNDAMENTAIS colocados no mais alto degrau das fontes dos direitos: as normas constitucionais. Desse modo, os direitos fundamentais são, enquanto tais, na medida em que encontram o reconhecimento nas instituições, deles derivando conseqüências jurídicas.

Nesse sentido, o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado é concebido como um complexo normativo hierárquico no conjunto do sistema jurídico em geral.

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 1997, p. 07.



## 1.1 Breve Histórico dos Direitos Fundamentais

Ao observar a concepção atual dos direitos humanos, pode-se afirmar que é produto de uma formação histórica, por meio da junção de conceitos filosóficos elaborados desde a antiguidade, passando pelas idéias forjadas pelo Cristianismo e desenvolvidas desde então e passam a desembocar na concepção moderna de direitos humanos, sob a égide da filosofia jusnaturalista. Foi a partir do Estado Moderno que se consagrou a noção de direitos humanos e, desde então, vem sofrendo mudanças, inclusive em sua positivação e eficácia.

Como salientado, a noção de direitos humanos é anterior ao processo de positivação, que somente ocorreu na modernidade com a influência da classe burguesa que, por sua vez, insistiu na necessidade de se ter um rol mínimo de normas em um documento que garantisse a liberdade e igualdade, limitando a atuação arbitrária do Estado.

Ao versar sobre a evolução histórica dos direitos humanos, é imprescindível destacar alguns antecedentes históricos que desempenharam forte influência na formação dos direitos humanos atuais.

Na Antiguidade, o homem pensou no direito como forma de auto-proteção e, assim, foi capaz de elaborar normas. Entre os babilônios, o Código de Hamurábi<sup>7</sup> (1690 a.C.) talvez tenha sido a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens<sup>8</sup>.

Entre as civilizações clássicas é interessante destacar a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas no século VI a.C. e a fundação da República Romana no século XVIII a.C.

---

<sup>7</sup> A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família. Prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. (MORAES. Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2000. p. 24)

<sup>8</sup> Período axial: KARL JASPERS. Séculos VII e II a.C. No centro desse período (entre 600 e 480 a.C.) alguns dos maiores pensadores de todos os tempos desenvolveram suas idéias: ZARAUSTRÁ na Pérsia. BÚDA na Índia. CONFÚCIO na China. PITÁGORAS na Grécia e DÊUTERO-ISAÍAS em Israel. As explicações mitológicas são abandonadas.

E a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças (...). Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 58).

A democracia ateniense baseava-se nos princípios da preeminência da lei, bem como da participação ativa dos cidadãos na vida política. O poder dos governantes atenienses foi bastante limitado, não somente pela soberania das leis, mas também pelo aparato de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo pode governar-se a si próprio, fato inédito até então na história.

Cabia ao povo a escolha dos governantes e a possibilidade de tomar grandes decisões políticas em assembléia, vez que a referida democracia regia-se pelos princípios da soberania popular.

Já na República Romana, a vontade do povo também exercia um papel predominante, de forma que o limite ao poder político se dava através de um complexo sistema de controles recíprocos entre os órgãos políticos, tal como a limitação do poder dos cônsules pelo Senado, cujas decisões eram submetidas à votação do povo.

Como se observa, as civilizações clássicas elaboraram as formas de participação política dos cidadãos através da *polis* e de seus filósofos<sup>9</sup>, dando origem ao pensamento jusnaturalista. Foram os romanos os responsáveis pela primeira elaboração de um complexo mecanismo visando à proteção dos direitos individuais.

No ano de 453 d.C, com a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média, poucas foram as contribuições aos direitos humanos, vez que as relações de servidão e vassalagem não permitiram ao cidadão que fossem respeitados seus direitos.

O feudalismo, durante toda a Alta Idade Média, instaurou o esfacelamento do poder político e econômico; contudo, a partir do século XI, ocorreu um movimento de reconstrução da unidade política, norteador por disputas entre o imperador e o Papa no território europeu.

Nesse sentido, contra os abusos da reconcentração de poder, surgiram manifestações de rebeldia: inicialmente com a Declaração das Cortes de Leão de 1188, na Península Ibérica, e, posteriormente, com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra.

---

<sup>9</sup> Do liceu grego, nos diálogos protagonizados por Sócrates (420 a.C. - 399 a.C.) e Platão (428 a.C. -347 a.C.) e nos embates destes com os sofistas, os traços essenciais dos direitos dos homens vão se **formando**. A filosofia estoica recepcionada em parte pelo cristianismo, completou este esforço arquitetônico dos direitos humanos. Os homens não podem viver sob um ordenamento político que os humilhe moralmente, ensinavam Sócrates e Platão. Esses ensinamentos, sucedidos pelos estudos da patrística - a obra dos Padres da Igreja, no decorrer dos séculos I a IV - que, represados, deságuam na Idade Média, permitem a elaboração de arcabouço do que viria a se configurar como direitos da pessoa no mundo moderno e contemporâneo. (LEMBO. Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole. 2007. p. 22).

Cláudio Lembo<sup>10</sup>, ao analisar o período da Idade Média, destacando a Declaração das Cortes de Leão de 1188, afirmou que, na verdade, a referida declaração anteriormente já havia confirmado direitos hoje conhecidos como direitos humanos, destacando os seguintes:

- a) O direito de todos os habitantes à defesa dos costumes reconhecidos face à legislação real;
- b) O direito do acusado a processo regular, inclusive perante o rei;
- c) O direito de súditos convocarem o conselho sobre todos os assuntos importantes, como a guerra, a paz e os acordos;
- d) A intangibilidade da vida, da honra, da casa e da propriedade.

A *Magna Charta Libertatum*<sup>11</sup>, por sua vez, constituiu-se num pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Esse documento serviu como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e a garantia da propriedade, não obstante assegurando aos nobres ingleses privilégios feudais, e alijando a população do acesso aos direitos consagrados no pacto.

Como se observa, dentre os direitos humanos evidenciados, desponta o valor da liberdade. Todavia, essa liberdade não se tratava de uma liberdade geral em benefício de todos — o que só ocorreria no final do século XVIII— mas, na verdade, constituía-se numa liberdade restrita, particular, que incluía especificamente o clero e a nobreza.

Faz-se necessário destacar o surgimento dos burgos, à margem dos castelos medievais. Esses eram servos da gleba que, ao residirem por mais de ano e dia num burgo novo, desvinculavam-se do poderio do senhor feudal. Nesse estágio, a liberdade pessoal expande-se da classe dos mercadores aos servos da gleba, através de uma espécie de usucapião da liberdade.

Nesse momento, a Europa medieval foi marcada por um desenvolvimento de novas técnicas e invenções nas áreas da economia, agricultura, marinha, comércio, jurídica, dentre

<sup>10</sup> LEMBO. Cláudio. **A pessoa: seus direitos**, Barueri: Manole. 2007. p. 22.

<sup>11</sup> O prestígio e a prevalência desse documento derivam dos institutos que acolhe, e que permanecem presentes até a contemporaneidade. nos vários sistemas legais existentes por toda a parte e enunciados por esses princípios:  
a) Princípios para a administração da Justiça, distinguindo a jurisdição temporal da jurisdição eclesiástica;  
b) Princípios para a preservação da liberdade da pessoa;  
c) Princípios fixando os limites da taxaço de impostos;  
d) Princípios indicando os limites dos privilégios da Igreja. (Ibid. p. 23)

outras, no sentido de que era necessário um mínimo de segurança e certeza na vida dos negócios, o que implicava a limitação do tradicional arbítrio do poder político.

Pode-se afirmar que o Parlamento foi a principal instituição para a limitação do poder monárquico e garantia das liberdades na sociedade civil, na Inglaterra.

Fator determinante à referida liberdade foi a *Bill of Rights* britânica, apregoando a idéia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas de suas camadas superiores, como uma garantia indispensável das liberdades civis.

Diante dos acontecimentos históricos até então mencionados, nota-se a evolução dos direitos humanos, principalmente voltados à idéia de liberdade. Entretanto, foi somente a partir da segunda metade do século XVIII, que os direitos individuais, pela sua transcendência, extrapolaram os limites de cada Estado para se tornar uma questão de interesse internacional, e a via escolhida tem sido a da proclamação de direitos de âmbito transnacional.

Um acontecimento de grande destaque e importância para os direitos humanos foi a Declaração da Independência Americana de 1776, podendo-se afirmar, inclusive, que daí nasceram, expressamente, os direitos humanos na história, quando em seu artigo I dispôs:

Todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de determinados direitos inatos, que são: o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para garantir estes direitos, os homens estabelecem governos entre eles, cuja autoridade é dada pelo consentimento dos governados.

No mesmo caminho, com o advento da Revolução Francesa, a idéia de liberdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>12</sup>, que dispôs: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As diferenças sociais não podem ser justificadas, salvo pelo benefício comum”.

---

<sup>12</sup> A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando em 26-8-1789. a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 **artigos**. Dentre as **inúmeras e importantíssimas** previsões, podemos destacar os **seguintes** direitos **humanos** fundamentais: *princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.* (MORAES. Alexandre. **Direitos humanos Fundamentais**, 3. ed. São Paulo: Atlas. 2000, p. 25).

Diante de todo o exposto, observam-se dois momentos claros na concepção dos direitos humanos.

O primeiro momento se dá no plano teórico-filosófico, em que o Iluminismo tem papel determinante, uma vez que contribuiu para a reflexão sobre os direitos humanos. E em um segundo momento, os direitos humanos são marcados pela passagem da teoria para a prática, ou seja, do plano filosófico para o político, com a positivação dos direitos por meio das Declarações de Direitos dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, marco histórico na promoção e defesa dos direitos e liberdades individuais face ao poder do Estado.

Acontece que, mesmo após a positivação dos direitos humanos por meio de diversas Declarações de Direitos, estes ainda vêm sofrendo constantes alterações.

Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio<sup>13</sup>:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

Pode-se concluir que os direitos humanos sempre estarão em constante evolução, já que as necessidades e carências do ser humano alteram-se com o desenvolvimento da sociedade, que por sua vez é infinito<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

<sup>14</sup> Face à constante evolução da sociedade. ARAGÃO discorre acerca das transformações sociais, e inclusive dos direitos humanos, reforçando sua importância como forma de proteção do homem em detrimento do desenvolvimento social. Assim leciona: O fato é que a grande revolução de nosso tempo é a revolução da tecnologia, que mudou o próprio conceito de trabalho: pulverizou o conceito de modo de produção e nos propõe novas reengenharias a cada cinco anos: ampliou terrivelmente as formas e os conceitos de violência, colocando poderes nunca antes imaginado nas mãos e nos olhos do Estado e das classes **dominantes** (ou melhor: a própria noção de Estado e de classes podem estar sendo substituída por instâncias como **comunidades** econômicas, mercados comuns e mega empresas planetárias): reformulou radicalmente o próprio conceito de Filosofia, obrigando-a a repensar suas origens e seus fins. E mais: o próprio conceito de ser humano, diante das conquistas da ciência genética e suas biotecnologias, está sendo remodelado, o certo é que estamos em pleno admirável mundo novo. E, hoje mais do que nunca, os direitos humanos são fundamentais para garantir a nossa própria sobrevivência. (ARAGÃO, Selma. **Direitos humanos na Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p, 19).

## 1.2 As Gerações dos Direitos Fundamentais

Conforme Pérez Luno, citado por Tavares<sup>15</sup>, compreendem os direitos humanos:

Um conjunto de faculdades e instituições que, *em* cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Já Peces-Barba, referido, também, por Tavares<sup>16</sup>, postula:

Em sentido muito próximo, mas preferindo a denominação '*derechos subjetivos fundamentales*', entende-os como "Faculdade de proteção que a norma atribui à pessoa no que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração.

Por seu turno, Santos Júnior, lembrado pelo mesmo autor<sup>17</sup>, logo a seguir, sustenta que:

Os denominados direitos humanos serão aqueles essenciais, sem os quais não se reconhece o conceito estabelecido de vida. Não há uma relação estabelecida de tais direitos, já que seu caráter é progressivo, correspondendo a cada momento ao estágio cultural da civilização, como se vê das sucessivas "gerações".

A expressão "Direitos Humanos", como o próprio nome já diz, são os direitos do homem. Pode-se dizer que são direitos que visam a resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam a promover a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 362.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>18</sup> Vale lembrar, a reconstrução dos direitos humanos consoante HANNAH ARENDT. em diálogo com LAFER:

Interessante destacar que, conforme já mencionado na evolução histórica dos direitos humanos, estes são inacabáveis, vez que estão em constante desenvolvimento, por representarem uma construção histórico-social.

Nesse sentido, torna-se tarefa difícil definir precisamente o conceito de direitos humanos, já que estão em constante mutação frente ao desenvolvimento da sociedade.

Deve-se trazer à tona que os direitos humanos não abrangem somente normas jurídicas, mas também inclui princípios de direito de aplicação universal, daí ser sua máxima expressão atual a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa Declaração foi constituída pelas Nações Unidas (ONU) e retrata valores essenciais à vida e às sociedades humanas de maneira universal.

No que toca, ainda, ao conceito de direitos humanos, necessário se faz destacar suas “dimensões”. Essas “dimensões”, ou para alguns autores, “gerações” dos direitos humanos, resultam do processo histórico de consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos e, mais modernamente, dos direitos das minorias, do direito ao desarmamento, enfim, dos direitos humanos.

Essas mudanças e multiplicações dos direitos, seja no plano teórico ou normativo, geraram a possibilidade da divisão dos direitos humanos em dimensões relacionando-os diretamente com as mudanças sociais<sup>19</sup>.

---

"(I) a cidadania entendida como o direito a ter direitos, pois sem *ela* não se constrói a igualdade que requer o acesso ao espaço público: (II) a fundamentação da repressão ao genocídio como um crime contra a humanidade, pois o genocídio visa a destruição da pluralidade e da diversidade inerentes à condição humana: (III) o alcance do direito à associação, que gera poder e que, na sua forma mais radical de resistência na opressão em situações-limite (impossíveis de serem definidas *a priori*), resgata através da desobediência civil, a obrigação política da destrutividade da violência; (IV) o direito à informação, necessário para a continuidade da esfera pública, e o direito à intimidade, **necessário** para a preservação do calor da vida humana da esfera privada — examinados neste trabalho — São, penso eu, numa **demonstração** da eloqüente capacidade do pensamento **arendtiano** de indicar **caminhos** teóricos a partir de problemas concretos." (LAFER. Celso. **À reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hamiah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras. 1988. p. 31).

<sup>19</sup> Quanto às mudanças sociais e conseqüentemente à multiplicação dos direitos, com sua divisão em dimensões, afirma Sarlet:

“Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o **reconhecimento** formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferentes posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos humanos.” (SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 47-48) No mesmo sentido, leciona Tavares:

No que toca à nomenclatura “dimensão” ou “geração”, prefere-se o termo “dimensão” vez que o termo “geração” dá a impressão equivocada de que os direitos humanos se substituem ao longo do tempo, o que não ocorre<sup>20</sup>.

A primeira dimensão dos direitos humanos<sup>21</sup> tem suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que defende como finalidade precípua do Estado a realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação, das reivindicações da classe burguesa nas primeiras Constituições escritas do ocidente.

Esses direitos correspondem a uma espécie de defesa ou oposição ao Estado arbitrário, apregoando a liberdade e autonomia individual do ser humano, de forma a delimitar espaços de não-intervenção do Estado<sup>22</sup>.

Dentre os direitos de primeira dimensão, destacam-se os direitos de inspiração jusnaturalista, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, que delimitam a chamada igualdade formal. Mais tarde, se complementam pela liberdade de expressão coletiva, tais como as liberdades de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, etc.; e pelos direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva. Algumas garantias processuais: devido processo legal, direito de petição e *habeas corpus*, também se incluem nessa classificação.

---

“A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar-se em diversas dimensões de projeção de tutela do homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos *“encarnam a dignidad dei hombre”*.” (TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 357)

<sup>20</sup> “É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A idéia de “gerações”, contudo, é equivocada, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, **naturalmente**, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”, (Ibid., p. 362).

<sup>21</sup> Quanto aos direitos de primeira geração afirma Lembo:

“São direitos elaborados (visualizados) pelo pensamento liberal e procuram obstar a ação do Estado contra as pessoas. Essa geração de direitos busca preservar a vida, a integridade física, a liberdade, a dignidade, a intimidade e a inviolabilidade do domicílio.

Constituem direitos de liberdade, conhecidos como direitos negativos, pois se opõem à possibilidade de o Estado agir sem limites contra as pessoas.” (LEMBO. Cláudio. **A pessoas: seus direitos**. Barueri: Manole. 2007. p. 15)

<sup>22</sup> Nessa esteira, afirma Bastos: “As liberdades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que nos fins do século XVIII. Já se viu como o liberalismo procurou assegurar uma liberdade contra o Estado, garantindo a vida e o direito de locomoção, de expressão do pensamento e de propriedade. Ao lado desses direitos procurou tornar efetiva a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado. Era a consagração do governo democrático.” (BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo: Saraiva. 2000, p. 171.)



Os direitos da primeira dimensão ou direitos da liberdade, conhecidos também como direitos negativos, marcam os limites ao poderio estatal, de forma a impedir a ação arbitrária dos governos face às pessoas.

Atualmente, afirma-se que os direitos de liberdade também são aplicáveis na esfera privada, no direito privado, valendo tanto para as pessoas físicas quanto jurídicas. Situação essa que marca limites, por exemplo, entre os cônjuges que não podem obstar o exercício mútuo de liberdade, bem como, os empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, que não podem vetar o exercício do direito de liberdade pelos empregados.

A segunda dimensão dos direitos nasceu em fins do século XIX e início do século XX, inserindo-se na tradição do constitucionalismo social, inspirado pelo legado socialista, que tem como marco importante a Constituição de Weimar, de 1919.

Os direitos de segunda dimensão são também conhecidos como direitos sociais ou coletivos, relativos à cidadania social e econômica, correspondendo aos direitos à educação, à saúde, à segurança nacional e ao bem-estar social.<sup>23</sup>

Os direitos fundamentais de segunda geração enfatizam as novas conquistas do homem, respondendo a um anseio geral de confirmação do indivíduo como pessoa cultural, socialmente operante e economicamente ativo.

Com o grande desenvolvimento da indústria e com a crescente opressão das classes operárias, surgiu então a necessidade da institucionalização de direitos sociais que limitasse a exploração capitalista.

Nesse período, a classe oprimida e explorada era a dos trabalhadores, que se encontravam empobrecidos, expropriados e insatisfeitos com o Estado Liberal. Assim, eclodiram várias lutas sociais pela classe operária, com características de crítica social e ideais socialistas.

Saint-Simon e Charles Fourier influenciaram o pensamento socialista da época. No entanto, Karl Marx é o autor fundamental para se entender as reflexões acerca dos direitos humanos sociais do período.

---

<sup>23</sup> Acerca dos direitos humanos de segunda dimensão, afirma Lembo: “Os direitos sociais exigem prestações do Estado. Aqui se quer o Estado ativo, buscando afastar as iniquidades sociais e oferecer condições de sobrevivência para as pessoas (alimento, moradia, educação, lazer, saúde, entre outros). Os direitos sociais nascem da pregação socialista. Esta apontava os direitos de liberdade como meramente formais, sem efetiva concretização. Argumentavam os socialistas que as pessoas, necessitavam de requisitos mínimos de sobrevivência para poderem ser efetivamente livres. Os direitos sociais alteram o princípio da autonomia da vontade, conferindo aos economicamente fracos proteção legal em suas obrigações laborais.” (LEMBO. Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007. p. 16)

Marx elaborou conceitos-chaves ao pensar nas lutas de classe, com severas críticas ao Direito Positivo, pois o entendia como um conjunto de normas elaboradas pela burguesia, com anseios e características burguesas, responsável pela desigualdade entre o operariado e a classe burguesa.

Esse contexto, marcado pela revolta dos trabalhadores associado ao desenvolvimento e difusão das teorias socialistas que se desenvolviam por toda a Europa, possibilitou que a classe oprimida reivindicasse a positivação de direitos visando a sua proteção, contribuindo para o surgimento dos direitos sociais. Esses, por sua vez, representavam a intervenção do Estado na vida econômica e social, como meio de equilibrar e proporcionar igualdade social, promovendo a regulamentação do mercado de trabalho.

Mediante os movimentos reivindicatórios e o surgimento dos direitos sociais, não se pretendia mais evitar a intervenção estatal no plano da liberdade individual, mas, sim, propiciar o direito de participação no chamado bem-estar social, realizando-se, por conseguinte, a liberdade e a igualdade, ambas em sentido material. Cabia ao Estado essa proteção, que por meio de atuação efetiva, promovesse justiça social.

Interessante destacar que, na fase da primeira dimensão, os direitos humanos consistiam, basicamente, no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade através da não-intervenção do Estado. Já a partir da segunda dimensão, tais direitos passaram a compreender garantias, através da intervenção estatal, da promoção da justiça social e da cidadania<sup>24</sup>.

Dentre os direitos sociais estão as prestações sociais estatais, como: assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros. Além dos direitos sociais, econômicos e culturais de cunho positivo, incluem-se também as denominadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito à greve, os direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, jornada de trabalho limitada, etc.).

---

<sup>24</sup> Acerca da intervenção do Estado na ordem econômica e social, ensina Bastos:

"De outro lado, e essa talvez seja a alteração mais profunda, surgiram os direitos cujo conteúdo consiste na possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado. Este não permanece neutro diante das disparidades sociais. [...]"

O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão, o que, de certa forma, repudia a liberdade que no início se quis assegurar. Infelizmente, numa certa medida, esses direitos de liberdade e igualdade são antagônicos. A liberdade implica a existência do risco. (BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2000. 21 ed.. p. 172-173)

Nessa linha de evolução histórico-social, temos os direitos humanos de terceira dimensão. Esses possuem caráter humanitário e universal, pois não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo tão somente, nem mesmo de um grupo ou determinado Estado, mas sim, estão voltados ao gênero humano em caráter universal. A atenção está centralizada no conceito humanitário, destacando a adequação dos valores consagrados pela experiência humana em face da nova dinâmica social, cultural e econômica.

Os direitos de terceira dimensão destacam o homem em caráter universal, sendo consagrados os direitos ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e qualidade de vida, ao consumo, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, dentre outros. Vale apontar que, para a sua plena efetivação, são exigidos esforços e responsabilidades até mesmo em escala global, pois só assim os direitos de terceira geração serão realmente observados dada a sua natureza e característica universal.

Os direitos de terceira dimensão são também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade relativos aos grupos humanos. Nesses, incluem-se os direitos difusos e coletivos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>25</sup>, acerca das três dimensões dos direitos humanos, asseverou: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Não obstante ao já mencionado, cabe dizer que alguns doutrinadores ainda acrescentam uma quarta dimensão dos direitos humanos, que compreende a globalização dos direitos humanos.

Entendem os autores que é necessária a globalização dos direitos humanos, pois só assim será legítima e possível a globalização política. Essa globalização, na verdade, representa o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.

Destaca-se o posicionamento de Paulo Bonavides<sup>26</sup> que sustenta ser a quarta dimensão “o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma

---

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 57.

<sup>26</sup> BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 525.

universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.”

Acerca das quatro dimensões dos direitos humanos, resumiu Paulo Bonavides:<sup>27</sup>

Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo o vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Por fim, interessante destacar que atualmente nota-se a preocupação de se implementar a quarta dimensão dos direitos humanos, constatada no surgimento dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e na criação de órgãos internacionais dos direitos humanos.

Percebe-se, assim, a nítida globalização dos direitos humanos, como necessidade atual.

Corroborando esse entendimento, postula Gianpaolo Poggio Smanio:

Os direitos humanos e os direitos da cidadania são desta forma duas manifestações dos direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado Constitucional, assim como pela comunidade internacional.<sup>28</sup>

[...]

É preciso considerar o cidadão dentro de um cenário internacional cosmopolita, pois esta é a única forma de enfrentar os abusos dos fundamentalistas do mercado mundial, impondo globalização econômica a sociedades que ainda não resolveram problemas básicos dos direitos da cidadania.<sup>29</sup>

Em um estudo histórico-social, verifica-se que o surgimento e a reunião de determinados direitos sob a denominação de direitos humanos, posteriormente, direitos fundamentais, tem início com movimentos sociais de caráter revolucionário que se desenvolveram no hemisfério ocidental nos séculos XVII e XVIII, na tentativa de estabelecer limites ao Estado, que na época assumia – ao que se refere ao continente europeu – sua forma

<sup>27</sup> Ibid. p. 525, p. 525-526.

<sup>28</sup> SMANIO. Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988, In: MORAES. Alexandre (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Atlas. 2009. p. 334.

<sup>29</sup> Ibid., p. 336.

mais agressiva em relação aos seus tutelados, período em que se aplicava a teoria de governo do Estado Absolutista, inspirado por circunstâncias sociais derivadas do fim da Idade Média, bem como, por filósofos como Thomas Hobbes, que defendiam a ideia de que a única forma de evitar o “estado de natureza” (a guerra constante entre os homens), seria construindo um Estado através da concessão de toda força e poder a um só homem, que possa reduzir as diversas vontades a uma só vontade.<sup>30</sup>

A falibilidade humana diante do uso do poder, resultou na inevitável ruína desse sistema de governo. Com os diversos abusos e arbitrariedades dos representantes do Estado, os tutelados deram início à queda deste modelo estatal. No aspecto social, observou-se a revolta popular expressa por violência, por manifestações bélicas, políticas e filosóficas que buscaram a substituição dos governantes. No plano jurídico, uma nova revolução começou a tomar forma. A valorização do ser humano, a proteção da dignidade e a retomada dos valores de liberdade, de igualdade e de fraternidade, orientaram o novo ordenamento que estava sendo estabelecido. O resultado, é que desde então não pode se conceber um Estado minimamente desenvolvido no qual não sejam priorizadas todas estas conquistas que hoje denominamos de Direitos Humanos.

Contudo, as origens desses direitos – que somente nesse momento histórico se manifestaram de forma consistente – possuem raízes em diversos eventos históricos. Destaca-se a criação do regime democrático de governo, trazido pela Grécia antiga e consolidado pela da antiga república romana, por constituir uma forma natural de auto-limitação do Estado, característica essencial da primeira geração de direitos humanos. Temos em seguida, o advento do cristianismo no continente europeu, que se revelou como eixo cultural e ideológico no período conhecido como Idade Média, responsável pela valorização da dignidade da pessoa humana na cultura ocidental, pois difundiu tanto a concepção de que o homem é um ser criado a imagem e semelhança de Deus<sup>31</sup>, como ensinamentos de respeito e amor pelo próximo<sup>32</sup>, conceitos extremamente importantes para a criação de normas de direitos humanos, pois estabeleceu uma filosofia centrada no amor e na caridade entre os homens, independentemente de qualquer origem, raça, sexo ou credo.

---

<sup>30</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. (trad.) Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006, p. 132.

<sup>31</sup> GÊNESIS 1,26 em BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada** - Edição pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 15.

<sup>32</sup> MATEUS 5,21-22, 38-39 e 43-44 em BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada** - Edição pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 1243-1244.

Neste período, importantes instrumentos de defesa dos direitos humanos foram desenvolvidos como a *Magna Charta Libertatum* (15.06.1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689), entre outros. Com esse espírito, aliado aos interesses burgueses, a Europa e América do Norte do século XVII e XVIII ingressaram em um período em que o Estado de poderes limitados foi consolidado através de revoluções inglesas, americanas e francesas que protestavam por melhores condições de vida, que nessa época, possuíam fortemente a característica de exigências de limitação ao poder do Estado por meio de direitos e garantias focadas na liberdade do indivíduo. Esse é o período em que se permitiu a criação do Estado constitucional moderno, que possibilitou pela primeira vez na história que os direitos dos homens tivessem um lugar fixo e sólido, uma conquista fundamental para que todos os demais direitos humanos conhecidos hoje pudessem existir.

Contudo, apesar dessas enormes conquistas políticas, apesar de ter sido gerada a primeira dimensão de direitos humanos, a qualidade de vida das pessoas não sofreu a alteração que estas revoluções prometiam. Como Karl Marx bem observou em meados do século XIX, “*a emancipação política não implica em emancipação humana*”<sup>33</sup>, e assim, a humanidade caminhou para a defesa de direitos sociais.

Em um momento em que a Primeira Revolução Industrial chegava ao seu ápice, em um período em que a exploração humana não perdoava homens, nem mulheres, nem crianças<sup>34</sup>, em um momento em que as jornadas de trabalho chegavam a 14 horas diárias, dizer que direitos humanos eram meras limitações ao Poder Estatal beirava à hipocrisia. Como bem observa Otávio Amaral Calvet:

A evolução da sociedade liberal demonstrou, contudo, que a garantia apenas dos direitos de primeira dimensão não era suficiente para o desenvolvimento equânime dos cidadãos, pois o exercício das liberdades clássicas somente é possível uma vez garantido um mínimo existencial, reconhecendo-se que, no sistema liberalburguês, o despossuído apresenta-se na condição de hipossuficiente e, se deixado sem qualquer proteção ou amparo, sequer chega a imaginar o uso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.<sup>35</sup>

Iniciava-se assim, a luta pelo resgate da dignidade, a luta por aqueles que seriam os mais vitais direitos humanos, a luta das pessoas comuns – não mais de um pequeno grupo

<sup>33</sup> MARX, Karl. **A questão judaica**. (trad.) Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. Moraes. São Paulo, 1991, p. 27

<sup>34</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 38.

<sup>35</sup> CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 36.

burguês – contra as forças que agrediam o homem tanto fisicamente como mentalmente, dia após dia. Uma revolução tão marcante que foi capaz de gerar toda uma nova dimensão de direitos, que hoje são conhecidos como direitos sociais.

Os direitos sociais são intimamente ligados à subsistência, sendo interessante observar que a proteção desta dimensão de direitos humanos é que garante a possibilidade da primeira dimensão, aquela que se refere às liberdades públicas, pois em uma escala de necessidades da vida em sociedade, em um primeiro momento a pessoa deve prover a sua subsistência, pelo simples fato de precisar se alimentar, se vestir, ter um lugar para morar, descansar, trabalhar, ou seja, ela primeiro precisa “existir”, para que somente em um segundo momento esses bens, essa sua propriedade gerada por sua atividade individual, seja protegida contra o Estado. Nesse momento percebe-se que os direitos fundamentais se entrelaçam, pois não existe ordem de importância, a falta de proteção em uma esfera anula as conquistas de outra, sendo esta a razão pela qual se confirma o pensamento de juristas como Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que o “*reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter cumulativo, de complementaridade, e não de alternância*”.<sup>36</sup>

Destaca-se também que, se um determinado direito é indispensável para a existência de outro, fica implícito que ele assume as garantias e proteções que o direito tutelado por esta norma possui, como exemplo, há na atual Constituição Federal o caso das cláusulas pétreas. O artigo 60, que trata das emendas à Constituição, veda em seu parágrafo 4º, a deliberação que pretenda abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias fundamentais, ou seja, este artigo estipula quais são as cláusulas pétreas, imutáveis em nosso ordenamento constitucional. Contudo, para que esta norma venha a ser efetiva, ainda que não esteja expresso no texto, é implícito que o próprio parágrafo 4º, do artigo 60 da Constituição Federal possua natureza de cláusula pétrea. Da mesma forma, ocorre com os direitos sociais em relação aos direitos humanos de primeira dimensão.

Considerando, que os princípios de direitos humanos de primeira dimensão possuíam um caráter prioritário garantido dentro do ordenamento jurídico, e que a sua existência estava condicionada aos direitos sociais, é natural o movimento que levou os direitos sociais a assimilarem essa natureza, sendo, portanto, atualmente integrados à categoria de direitos

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2006, p. 53.

fundamentais, dispondo assim dos mesmos benefícios de garantia e proteção dos direitos humanos de primeira dimensão.

Esse mesmo processo lógico foi responsável pela construção daqueles direitos que são reunidos como uma terceira dimensão, chamados de direitos de solidariedade, que correspondem, por exemplo, ao meio ambiente equilibrado, à paz mundial, à autodeterminação dos povos, entre outros, que, em suma, são todos aqueles que possuem como característica a coletividade, a titularidade difusa. Todos esses direitos, constituem elementos essenciais para a garantia das liberdades públicas, para a garantia dos direitos políticos, bem como para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Após discorrermos acerca das noções básicas sobre os direitos fundamentais, analisamos a respeito da denominação adotada pela Constituição Federal ao se referir à livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Verificamos que o princípio da livre iniciativa, dentre os direitos fundamentais, podemos deduzir que estaria inserida na 1ª dimensão daqueles, uma vez que expressa um desdobramento da liberdade. Assim, deve-se ter em mente a liberdade de empreender, liberdade de empresa, a liberdade de escolher o produto e o serviço, onde não se apresenta a figura do Estado interventor.

A livre concorrência, bem como a defesa do direito do consumidor, enquadram-se na categoria dos direitos difusos, que são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fatos (art. 81, I, do CDC). No entanto, dentre os direitos fundamentais, podemos deduzir que estariam na 3ª dimensão. Tendo em vista que, seus titulares são indetermináveis (a sociedade como um todo). Sem existir base jurídica que os interligue.



### 1.3 Supremacia Constitucional

Vivendo o homem em uma sociedade estatal, sua conduta encontra-se submetida a um conjunto de normas, normas que se acham escalonadas sistematicamente, de tal forma que, em determinado ordenamento jurídico, não possuem todas elas o mesmo valor, havendo uma hierarquia no sistema. Só possível em sistemas de caráter constitucional escrito-rígido.

A Carta Magna brasileira é uma Constituição rígida, conforme dispõe o artigo 60 do texto constitucional de 5 de outubro de 1988, pois qualquer emenda constitucional só poderá ser aprovada por um processo especial e qualificado.

Segundo José Afonso da Silva, é da rigidez que emana a supremacia da Constituição em nosso sistema hierarquizado de normas.<sup>37</sup>

A constituição de um Estado é a norma suprema, ou seja, fundamental, pois, é nela que se busca a validade das normas existentes no ordenamento jurídico.

Para uma norma ter validade dentro do sistema é necessário que ela seja produzida em concordância com os ditames da norma superior, que representa seu fundamento de validade.

Nesse sistema normativo, uma norma inferior não pode contrariar a superior e, quando isto acontecer, passa a não ter validade dentro do ordenamento jurídico em questão.

Segundo a teoria kelseniana, uma norma jurídica encontra seu fundamento de validade na norma que lhe é imediatamente superior, formando um encadeamento vertical, cujo topo é a Constituição.

Esta superioridade constitucional é mais eficaz garantia de liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga o enquadramento de todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição. Assim, para que as normas tenham eficácia e efetividade, todas as situações jurídicas devem se conformar com a Constituição.

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44

Admitir a constitucionalização implica aceitar, portanto, a peculiar supremacia das normas constitucionais de que procede (fundamentalidade formal<sup>38</sup>), sendo vedado particularmente pela Constituição de 1988, à semelhança da Constituição alemã, abolir os direitos fundamentais enumerados no ordenamento constitucional pátrio.

Nesse sentido, acentuam Canotilho e Vital Moreira:

A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como “mensagem” ou “utopia”, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Conseqüentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos “direitos, liberdades e garantias”, como dos direitos econômicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita ao estatuto dos órgãos de soberania, como quando trata da organização econômica ou das relações sociais em geral.<sup>39</sup>

Por sinal, nem mesmo a concretização dos direitos fundamentais é deixada ao alvedrio do legislador, visto que os atos normativos infraconstitucionais estão sempre sujeitos ao controle de constitucionalidade (concentrado ou incidental) e a outros remédios constitucionais.

Essa hierarquia de que é dotada a Constituição de 1988 revela a sua força normativa, não subordinada a qualquer texto normativo anterior ou superior e determinante da conformação de outras normas elaboradas pelo legislador, na mesma linha do pensamento de Canotilho e Vital Moreira.

A lei fundamental impõe-se ao próprio legislador, que deve dinamizar, mas não pode subverter as imposições constitucionais. A principal manifestação de preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela.<sup>40</sup>

Nada obsta, está claro, que se estabeleçam limites e restrições nas emendas constitucionais do legislador constituinte derivado e nas leis concretizadoras de direitos fundamentais, expressos em nossas normas constitucionais, que têm a propriedade de irradiar-

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 43.

se a todos os ramos de direito, quer nas relações jurídicas que se estabeleçam entre a pessoa humana e o Estado, quer entre as pessoas humanas.<sup>41</sup>

Nesse ponto, cumpre não perder de vista a lição de Canotilho quanto aos direitos subjetivos, prestações e procedimentos a que ele chama de posições jurídicas constitucionais, dispostas nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, e às posições estruturadas com base em normas legais – posições jurídicas legais.

Nalguns casos, as posições jurídicas fundamentais têm uma primeira dimensão concretizadora na Constituição (...) mas é a lei que fixa concretamente os termos precisos do exercício do direito (...). A “posição jurídica originária” (da Constituição) é completada por uma “posição jurídica derivada” (da lei), colocando-se o problema de saber (designadamente para efeitos da “proibição de retrocesso”) se esta “posição derivada” pode ser livremente manipulada pelo legislador depois de ela estar estabelecida.<sup>42</sup>

#### **1.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

No Brasil, em face na nova concepção acerca dos direitos fundamentais, anteriormente mencionada, foi também incorporada às Constituições Brasileiras, de modo que dentro do Direito Constitucional Positivo a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A primeira Constituição, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a adotar, em seu texto, essa inspiração foi da de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. As anteriores – 1824 e 1891 – como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 523.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. totalmente refund. e aum. Coimbra: Almedina, 1991. p. 649.

<sup>43</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 285.

Por sua vez, a Declaração contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores e, além de consagrar os “direitos e deveres individuais e coletivos”, a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os DIREITOS SOCIAIS.

Assim, a exemplo das anteriores, a Constituição da República Federativa do Brasil não pretende enumerar os direitos fundamentais; pois, além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Portanto, em nosso país, iniciou-se um processo de redemocratização em 1985, depois de 21 anos de um regime excepcional iniciado com o golpe de 1964 que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

O compromisso ideológico e doutrinário desses direitos fundamentais que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, aparece logo a partir do preâmbulo da nossa Lei Maior:<sup>44</sup>

(...) para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias....

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita, ou implicitamente, conforme podemos observar logo no seu art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos da Constituição.”

<sup>44</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Versam tais princípios sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, como também sobre a inexistência de direitos fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Contudo, passou-se a considerar o homem como o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações de poder. Tudo fica centrado no homem, nele principia e a ele se dirige. Através do seu art. 3º, pela primeira vez nossa Carta Magna se refere aos objetivos do Estado brasileiro, que se constituem na estruturação de:<sup>45</sup>

Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, hodiernamente a Constituição reconhece e assegura DIREITOS FUNDAMENTAIS explicitamente no art. 5º: Direitos cujo objeto imediato é a liberdade: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de ação; liberdade sindical; direito de greve; Direitos cujo objeto imediato é a segurança: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio; Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária.

Observamos assim que os direitos fundamentais do homem constituem uma variável ao longo da história dos últimos séculos, cujo elenco se modificou e continua se modificando, ao sabor das condições históricas, dos interesses, das classes no poder ou dos meios disponíveis para a realização dos mesmos.

Os Direitos Fundamentais estão inseridos dentro daquilo que o *Constitucionalismo* denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica.

Sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal; de modo que, onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais.

---

<sup>45</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, p. 3.

Hoje o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas.

Assim, os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivos, uma vez que vigentes numa determinada ordem constitucional, razão pela qual os direitos fundamentais do homem são coisas desejáveis, fins que merecem ser perseguidos, contudo, apesar de toda essa desejabilidade, ainda não foram totalmente reconhecidos.

Portanto, é importante ressaltar a sua qualidade de DIREITOS FUNDAMENTAIS colocados no mais alto degrau das fontes dos direitos: as normas constitucionais.

Desse modo, os direitos fundamentais são, enquanto tais, na medida em que encontram o reconhecimento nas instituições, deles derivando consequências jurídicas.

Afirma o autor José Afonso da Silva sobre o assunto:<sup>46</sup>

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Para Norberto Bobbio:<sup>47</sup>

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.

Nesse sentido, o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado é concebido como um complexo normativo hierárquico no conjunto do sistema jurídico em geral.

---

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

Analisando-se o presente e o futuro dos direitos do homem, temos que o problema mais grave do nosso tempo com relação aos direitos do homem consiste não mais apenas em fundamentá-los, mas sim em protegê-los; de modo que, o problema não é filosófico, mas, num sentido mais amplo, político.

Afirmamos, com Bobbio, que o problema do fundamento dos direitos fundamentais teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Neste sentido, mister também se faz observar que hodiernamente os direitos fundamentais estão sendo deslocados da dogmática jurídico-constitucional para as chamadas teorias da justiça, para as teorias sociais e para as teorias econômicas do direito, talvez devido à propagada crise da constituição e das teorias de direitos fundamentais; razão pela qual, se faz necessário que a dogmática e a prática dos direitos fundamentais regressem ao espaço jurídico-constitucional, em face da chamada *estabilidade pura* preconizada pelo modelo de *Constituição do Estado*, onde os direitos fundamentais são reconhecidos, consagrados e garantidos pelo ESTADO.

Assim, os direitos fundamentais foram proclamados e inseridos de maneira explícita nas constituições, há bem pouco tempo, precisamente após a 2ª (segunda) Grande Guerra Mundial, quando todos os povos intuíram que a preocupação internacional deveria estar voltada para uma proteção aos direitos da pessoa humana, após as violências cometidas pelos regimes fascista, stalinista e nazista, como também pelo perigo de ameaça à tranquilidade universal decorrente da instabilidade das relações entre os diversos países.

Esses direitos fundamentais são inesgotáveis, pois à proporção que a sociedade evolui, surgem novos interesses para as comunidades.

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Inicialmente, parece relevante esclarecer o que vem a ser constitucionalização. De acordo com J. J. Gomes Canotilho é a “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”<sup>48</sup>

Depois do final da primeira guerra mundial, a elaboração das Constituições observou algumas características comuns: a declaração dos direitos sociais, a valorização da isonomia, além da proteção aos direitos individuais, tradicionalmente tutelados<sup>49</sup>.

Consideradas parte do novo constitucionalismo, surgem como um movimento de transformação com as circunstâncias marcadas por problemas políticos, econômicos e sociais. As ideologias constitucionais, nesse sentido, passaram a integrar o elemento econômico em seus núcleos. Assim, a Constituição, como um todo, passou a dedicar especial atenção ao fenômeno econômico.

Por conseqüência, a Constituição Econômica, definida tal como exposto por Vital Moreira<sup>50</sup>, é parte da Constituição que procura definir o modo de ser da economia<sup>51</sup>.

Conforme ensina Washington Peluso Albino de Souza, a Constituição Econômica é parte da Constituição total, caracterizando-se pela presença do econômico em seus textos<sup>52</sup>.

Nas palavras de Nelson Nazar, a Constituição Econômica é o conjunto de preceitos jurídicos que instituem uma determinada forma de organização da economia, não se

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p 443.

<sup>49</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

<sup>50</sup> “A Constituição Econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.” Cf. VITAL MOREIRA. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41

<sup>51</sup> Pondera João Bosco Leopoldino da Fonseca que a Constituição Econômica se corporifica no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico. Assim, “constituição política e constituição econômica se interimplicam e se integram.” Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

<sup>52</sup> PELUSO, Washington Albino de Souza. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.



restringindo, seu conteúdo, ao texto constitucional, mas abrangendo todas as normas que regem o sistema<sup>53</sup>.

A primeira experiência internacional de inserção do fenômeno econômico em texto constitucional, ocorreu no direito mexicano, que, na Constituição de 1917, estabeleceu no nível máximo do plano normativo o debate dos conflitos dos direitos sociais e da função social da propriedade, valorizando de forma nítida os direitos dos trabalhadores em face da revolução iniciada em 1910<sup>54</sup>.

Entre as primeiras experiências internacionais, entretanto, registra-se a Constituição Soviética de 1918, com dedicação à questão econômica, visando à implantação do denominado sistema de economia coletivista<sup>55</sup>.

A outra experiência foi a Constituição de Weimar, em 1919, a qual, dividida em duas partes, tratava dos direitos sociais, dedicando-se à educação, à cultura e ao fenômeno econômico (ou vida econômica, como relata o professor Gilberto Bercovici<sup>56</sup>). A ordem econômica de Weimar, segundo o referido professor, “tinha o claro propósito de buscar a transformação social, dando um papel central aos sindicatos”, por meio de dispositivos que visavam à construção do Estado Social de Direito, “cujo fim último era a realização da liberdade social.”<sup>57</sup> Foi a Constituição com maior repercussão para o direito econômico, havendo sido imitada por várias constituições que lhe seguiram<sup>58</sup>. Vejam-se, por exemplo, as Constituições do Brasil de 1934 e da França, de 1946, que tem dedicado atenção ao fenômeno econômico explicitamente.

O que se observa é que a Constituição Econômica pode se apresentar material e formalmente. Em outras palavras, considera-se a Constituição Econômica o conjunto de normas que dispõem, no ordenamento jurídico, do fenômeno econômico. Assim, se todas elas estiverem no texto constitucional, falar-se-á em Constituição Econômica formal.

Inversamente ocorrerá se nem todas as normas estiverem, formalmente, no texto da Constituição.

---

<sup>53</sup> NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. Bauru: EDIPRO, 2004, p. 40.

<sup>54</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 14.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>58</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 201.

Tal ponderação é pertinente ao se examinar a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cuja interpretação foi inversa à da Constituição de Weimar. Segundo o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, era a Lei Fundamental de Bonn, no que se refere ao econômico, neutra e aberta, cabendo ao legislador ordinário a tomada de decisões<sup>59</sup>. A propósito do assunto, enfatiza Eros Grau:

[...] o que resulta dessa breve ponderação é a evidência de que – por certo provocando frustrações nos teóricos da Constituição Econômica – a Lei Fundamental da Alemanha não contém senão uma Constituição Econômica implícita; não opera a consagração de um determinado sistema econômico. A Constituição Econômica nela contida não assume caráter diretivo, mas sim – e implicitamente – meramente estatutário.<sup>60</sup>

Essa mesma observação é feita por Calixto Salomão Filho, que menciona duas vertentes distintas para o emprego da expressão Constituição Econômica: i) a vertente que advém do pensamento ordo-liberal, utilizado por Franz Böhm e desenvolvido, posteriormente, por Mestmäcker – e que sustenta ser a Constituição Econômica o conjunto de dispositivos materiais (Constituição Econômica material), não sendo necessária a inserção formal das normas a respeito da economia na Constituição para tal configuração conceitual; ii) a vertente da teoria do direito econômico que sustenta estarem todas as normas incluídas no texto formal da Constituição e que suscita, por tal argumento, críticas e questionamentos<sup>61</sup>.

Sob o mesmo argumento de Eros Grau, há quem critique a expressão Constituição Econômica, falando até mesmo em ficção, pois as normas jurídicas que tratam do processo econômico não seriam, na verdade, constitucionais, tanto do ponto de vista orgânico, quanto de sua posição hierárquica<sup>62</sup>.

Eros Grau, utilizando vários argumentos para criticar o uso das expressões Constituição Econômica e ordem econômica, após profunda pesquisa, admite que, em função da inércia do pensamento jurídico, é de se manter o uso dos signos ora debatidos.

O autor, todavia, deixa clara a distinção entre a Constituição Econômica formal e a Constituição Econômica material, da mesma forma quando se refere à ordem econômica

<sup>59</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 201.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76

<sup>61</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19-20 (nota 1).

<sup>62</sup> GRAU, op. cit., p. 77.

formal e à ordem econômica material.<sup>63</sup> A partir de suas lições, nota-se que os conceitos, apesar de não definirem totalmente os objetos a que se referem, são úteis para o exame dos assuntos sujeitos ao tratamento jurídico-econômico. Deve-se, de qualquer sorte, considerar a distinção entre o formal e o material.

No Brasil, uma significativa parte da Constituição dispõe do modo de ser da ordem econômica e social, traçando-lhe as características e definindo-lhe limitações. Por isso mesmo, segue o país um movimento de valorizar o econômico, ora para limitar o modo de se exercerem as atividades econômicas, ora para estimular o próprio crescimento, objetivando-se o desenvolvimento nacional. Observando-se os enunciados desenvolvidos no trabalho de Eros Grau, depreende-se que a Constituição de 1988 é evidentemente uma Constituição Dirigente, na classificação do professor Canotilho, consagrando um regime de mercado organizado e optando pela liberdade do processo econômico<sup>64</sup>.

Ademais, a Constituição admite a intervenção estatal para regular o mercado, evitando a ocorrência de distorções, como no exercício abusivo do poder econômico<sup>65</sup>. A liberdade, evidentemente protegida na atual ordem, deve ser conciliada com os valores sociais.

Contudo, o modelo econômico adotado pela Constituição Federal de 1988 é o capitalismo, elegendo a livre iniciativa e concorrência como princípios basilares da atividade econômica (art. 170).

## **2.1 Princípios Informadores da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 em seu art.170 estabelece os princípios da atividade econômica, conforme dispõe:

---

<sup>63</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>65</sup> Fala-se em abuso do poder econômico para representar comportamentos de manipulação do processo econômico, como o aumento abusivo dos lucros e pela formação de cartéis. Disso decorre a classificação do abuso do poder econômico como infração à ordem econômica, por colocar em risco os valores concretizados na Constituição Econômica, exercendo-se de forma ilegítima um elemento que deve corresponder à garantia da livre iniciativa e da livre concorrência.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Estes princípios foram previstos expressamente na Constituição Federal com o fim de promover a justiça social, preservar a dignidade humana e o bem-estar-social, integrando esses valores ao desenvolvimento econômico produzido pela iniciativa privada do ponto de vista capitalista e de liberdade de exercício de atividade econômica.

Especificamente quanto a dignidade da pessoa humana, importante trazer a contribuição de Antonio Cláudio da Costa Machado, para quem, apesar de a “expressão ‘dignidade humana’ corresponder a uma grande abstração, uma coisa se pode concluir: só se alcança a dignidade humana com a concretização dos direitos fundamentais”.<sup>66</sup>

A Constituição Federal de 1988 concebe os tradicionais direitos individuais, porém, inova ao reconhecer os direitos e deveres coletivos. Há um contra-senso da convivência da livre-iniciativa com o bem-estar coletivo. Tal paradoxo é lembrado por Celso Ribeiro Basto:<sup>67</sup>

A ordem econômica da constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores.

<sup>66</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Revista Mestrado Em Direito**. Osasco, Ano 5, n. 5, 2005, p. 123-156.

<sup>67</sup> BASTO, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

O paradoxo que poderá defluir refere-se a nova concepção da empresa, como sujeito de direito no Estado contemporâneo, onde deve se atribuir uma função e responsabilização social à empresa numa organização moldada sob a ótica capitalista.

Esse desenvolvimento tem como característica a sustentabilidade, ou seja, exige para que se concretize, três situações, crescimento econômico, qualidade de vida e justiça social.

Deve-se procurar alternativas de crescimento econômico que não causem impactos negativos no meio ambiente, que promova a valorização do ser humano com equidade.<sup>68</sup>

Para que seja alcançado o desenvolvimento, é necessária a presença do Estado, seja por indução, com a adoção de medidas com vistas a estimular determinados setores ou atividades, ou ainda, com a realização de obras de infra-estrutura, ou por absorção, quando a entidade estatal cria empresas públicas ou sociedades de economia mista para a sua produção e suprimento de insumos estratégicos.

Há uma tendência dentre aqueles que se dedicam a estudar o direito econômico e o desenvolvimento econômico de considerá-lo como conceito interligado ao bem-estar da sociedade, de tal sorte que os indicadores quantitativos do desenvolvimento econômico, caso demonstrem-se isoladamente, sem o crescimento proporcional e melhoras dos setores estruturais do aparato social não significa acréscimo de bem-estar, nem tampouco desenvolvimento.

Segundo Fábio Nusdeo, o único grande objetivo da ordem econômica, enquanto impulsionada pela noção de desenvolvimento, é o bem-estar da sua população, entendido como o conjunto de condições de ordem institucional e ambiental que viabilizam o bem comum.<sup>69</sup>

Como afirma Odair Tramontin, “uma das formas de que o Estado dispõe para garantir os fundamentos e alcançar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal, notadamente aquele que cuida da obrigação de assegurar a todos uma existência digna, é através do desenvolvimento econômico.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara S. Borges Nasser. **O Papel do Estado no Desenvolvimento Sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas.** In Direito Tributário Ambiental. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 655.

<sup>69</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 360.

<sup>70</sup> TRAMONTIN, Odair. **Incentivos Públicos a Empresas Privadas & Guerra Fiscal.** Curitiba: Juruá, 2002, p. 114.

O uso de instrumentos econômicos como um mecanismo de políticas públicas, capaz de conciliar as estratégias de desenvolvimento econômico e a utilização racional dos recursos naturais, tem se intensificado diante da necessidade de proteção e maximização dos recursos econômicos, como afirma Maria de Fátima Ribeiro e Jussara S. Assis Borges Nasser Ferreira.<sup>71</sup>

Sem ignorar o crescimento econômico, o desenvolvimento deve fundamentar-se na satisfação das necessidades básicas da população. O conceito dessas necessidades sociais decorre da satisfação de necessidades imediatas e ainda das necessidades cuja satisfação consiste, nos dias de hoje, um pressuposto indispensável para que as pessoas possam efetivamente atingir níveis de produtividade razoáveis e possibilite o desenvolvimento de atividades produtivas suficientemente remuneradoras, o que implica na acentuação do caráter social dessas necessidades, conforme discorre Antônio José de Avelãs Nunes.<sup>72</sup>

Analisando o conceito das necessidades básicas, a tendência é incluir também a idéia de que o desenvolvimento poderá implicar no direito a um certo grau de igualdade entre os cidadãos que se encontrem em situações assemelhadas, na medida em que o Estado busca satisfazer essas necessidades com a promoção equânime da repartição do rendimento e do acesso às condições básicas de desenvolvimento e promoção social, tal como entende Jayme Benvenuto Lima Júnior, surgindo a necessidade e importância de definir aspectos políticos e estratégias corretas de atuação para o desenvolvimento: “Ao proceder desta forma, o constituinte brasileiro adotou o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, através do que o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.”<sup>73</sup>

O Estado, enquanto regulador da ordem econômica deve observar os fenômenos sociais e mercadológicos visando melhor atender o interesse social, fato que justifica a preocupação do Governo com o desenvolvimento econômico nacional, se tornando o co-responsável nos assuntos que se referem à economia nacional, onde a interferência estatal nesse segmento é considerada natural e essencial, na medida em que a crescente implementação de políticas públicas de cunho socioeconômico contribui com a concepção do próprio Estado.

---

<sup>71</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara S. Borges Nasser. **O Papel do Estado no Desenvolvimento Sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas.** In *Direito Tributário Ambiental*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 653.

<sup>72</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 112.

<sup>73</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômico, Sociais e Culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

No entanto, a ordem econômica está assentada em normas derivadas de disposições capitadas nos dados ideológicos dos princípios. Considerando a natureza política da Constituição, que irá consignar os fundamentos definidores dessa ordem, vislumbramos o conceito de ordem econômica. Salienta-se que, seu conteúdo não se limita a alguns fatos econômicos, mas se concretiza por um conjunto de princípios harmonicamente dispostos. Segundo Washington Peluso Albino de Souza,<sup>74</sup> uma ordem econômica capitalista ou liberal, podendo ser, ainda, neoliberal, comunista ou socialista, cada uma com expressão da harmonia entre os princípios econômicos e as correspondentes normas jurídicas, traduzindo os elementos ideológicos do regime político adotado.

Com relação ao sistema econômico, a Constituição Federal de 1988 adotou o fundamento básico do modo de produção capitalista: a propriedade privada, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Falando da justiça na sociedade capitalista, escrevem Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva:

A sociedade capitalista é justa porque atribui o prêmio àqueles que se esforçam, que se aventuram, que assumem responsabilidades, que não querem dela apenas o bem estar, mas também a ela se entregam e procuram o seu desenvolvimento. É a mão oculta do mercado que distribui a justiça, como disse Adam Smit. Este sistema revelou-se até o momento o mais adequado e compatível com a natureza humana, que busca utilizar o máximo da capacidade individual, colocando cada qual dentro de sua função, mediante uma capacitação adequada para o seu exercício. Assim, existem os que criam, os que copiam, os que produzem, os que auxiliam, os que repetem. Enfim, não há revolta, não há ódio, porque as pessoas são livres para mudarem de posição dentro da sociedade capitalista, basta quererem. A sociedade capitalista não é estática, não inibe a liberdade por força de qualquer norma, nem atribui privilégios a nobres ou ricos, pois estes podem ficar pobres e os pobres podem ficar ricos.<sup>75</sup>

Segundo Ronaldo Alves de Andrade:<sup>76</sup>

o capitalismo que junte as atividades econômicas não é mais fundado no liberalismo absoluto e no *laissez-faire*, mas na função social que deve ser toda e qualquer atuação do mercado econômico, como forma de evitar as opressões e injustiças econômicas que ocorrem quando o Estado não atua de modo a preservar os valores humanos e o bem-estar de todos os integrantes de um sistema social considerado

<sup>74</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas e direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003, p. 130.

<sup>75</sup> MIRANDA, Jorge e Marco Antonio Marques da Silva. **Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana**, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, inverno de 2008, p. 73.

<sup>76</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**, São Paulo, Manole, 2006, p.8.

justo, assim entendido aquele que permite a livre, mas ‘vigiada’, iniciativa, já que o princípio da livre iniciativa deve respeitar os valores humanos e sociais.

Como acima verificado, são nove os princípios constitucionais que integram a ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Mediante a livre iniciativa é assegurada a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, dentro do mercado cada um deve buscar com liberdade os bens necessários para assegurar a dignidade material. Cabe ao Estado, como ente imparcial, atuar como juiz supremo para coordenar todas as atividades, punindo aqueles que não atuam em conformidade com as regras estabelecidas.<sup>77</sup>

Nesta pesquisa, analisaremos os princípios informadores da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, em especial, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, considerando que a livre iniciativa possui uma relevante função social, pois não visa apenas o indivíduo, mas sim a coletividade, vez que, as limitações impostas à livre iniciativa, funcionam como parâmetros, não permitindo que esta prejudique princípios e valores estabelecidos na ordem jurídica brasileira, em especial, na Constituição da República de 1988.

Ademais, a proteção ao consumidor, aliado a outros princípios, opera como “freio” à livre iniciativa, impedindo que a última cometa abusos no seu objetivo primordial de obtenção de lucro. Dessa forma, o Direito Econômico se relaciona e, muito com o Direito do Consumidor, no sentido em que ambos atuam com relações de consumo, o primeiro dependendo do segundo para obtenção de lucro e, em segundo lugar o Direito do Consumidor, por autorização da Constituição de 1988, acaba servindo de limitação ao Direito Econômico, visando a coibição de possíveis abusos.

---

<sup>77</sup> MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso brasileiro da dignidade humana**, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, inverno de 2008, p. 73.



## 2.2 A Livre Iniciativa

Afirma-se na doutrina que a livre concorrência deriva da livre iniciativa. Ou seja, a livre concorrência é corolário da livre iniciativa, não existindo aquela sem esta. A recíproca, todavia, não é verdadeira, como aduz Luís Eduardo Schoueri<sup>78</sup>.

Pode-se dizer, assim, que a livre concorrência é parte da livre iniciativa. Corolário, no âmbito econômico, do valor da liberdade e do direito de propriedade, a livre iniciativa manifesta-se de diversas formas. Seu influxo alcança a liberdade de iniciativa econômica, a liberdade de contratar, o direito de propriedade privada e, essencialmente, a liberdade de concorrência.

A livre concorrência limita a livre iniciativa, garantindo igualdade. Logo, falar de liberdade de concorrência implica em tratar, igualmente, da livre iniciativa. Aquela é elemento indissociável desta, na medida em que a livre concorrência pressupõe a liberdade de iniciativa.

Portanto, o *princípio* da livre concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser *aberta*, em sentido normativo, *a todos*. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado, a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O *princípio* da livre concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre iniciativa, a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites, que não só devem ser buscados na livre iniciativa dos outros agentes, mas também no exercício de outras liberdades, como a de consumir, de ter acesso aos benefícios da propriedade e da produção, inclusive de respeitar o princípio constitucional da soberania.

Celso Lafer, em apresentação feita em 1980, já afirmava que a liberdade, na antigüidade, representava a capacidade ou o direito de participar do processo político.

---

<sup>78</sup> Para Luís Eduardo Schoueri, baseando-se em Celso Bastos, “o princípio da livre concorrência pressupõe a livre-iniciativa, mas com ela não se confunde, já que enquanto o primeiro inexistente sem a segunda, a recíproca não é verdadeira.” SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.

Assim, a noção antiga do termo poderia exprimir-se como “liberdade participação” ou “autonomia”, cujo significado seria “o direito de se reger pela própria lei”<sup>79</sup>.

Com o desenvolvimento do Estado, especialmente com a ascensão da burguesia e a queda do absolutismo, a feição da liberdade mudou bastante, denotando agora, segundo Lafer, liberdade não-interferência<sup>80</sup>.

A liberdade<sup>81</sup>, portanto, assume no Estado moderno uma acepção de autonomia da iniciativa econômica, evitando-se a intervenção estatal nos campos agora destinados ao domínio dos particulares. A expressão liberdade da iniciativa econômica passa a integrar a liberdade de acesso ao mercado, independentemente do Estado. Pode-se falar, então, num movimento de “desregulação estatal da economia”, colocada por especialistas norte-americanos como uma reação às peculiares condições políticas e macroeconômicas de um período caracterizado por uma crescente preocupação com a inflação e por uma generalizada desilusão com a eficácia da intervenção estatal (o final dos anos 70)<sup>82</sup>.

Ocorre que a idéia de “desregulação” não se aplica ao extremo, pois a liberdade não é algo absoluto, até porque nenhum dos valores concretizados pelos princípios constitucionais o seria – na verdade, eles se relacionam entre si para formar um todo coeso e coerente. Como pontifica José Afonso da Silva, a liberdade do desenvolvimento empresarial, da livre escolha das atividades econômicas, é legítima apenas quando exercida no interesse da justiça social<sup>83</sup>.

A liberdade, por consequência, engloba a livre iniciativa, mas não se limitando a ela. Trata-se, como registra Eros Grau, de um conceito amplo, já que não constitui simplesmente uma afirmação capitalista. A livre iniciativa tanto se expressa pela liberdade empresarial, como pela liberdade do trabalho, falando Grau em “liberdade do trabalho” – “trabalho livre”. Nesse sentido, a liberdade é um atributo inalienável do ser humano<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> LAFER, Celso. **O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade**, apresentada na VIII Conferência Nacional da OAB, em maio de 1980, na cidade de Manaus.

<sup>80</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

<sup>81</sup> A respeito da evolução da liberdade, v. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: **Princípios de Direito Financeiro e Tributário – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Organizadores: Adílson Rodrigues Pires & Heleno Taveira Tôres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431 e ss.

<sup>82</sup> PELTZMAN, S. **A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação. In. Regulação e Democracia – o debate norte-americano**. Coordenação: Paulo Mattos. São Paulo: editora 34, 2004, p. 85-88.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 661.

<sup>84</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 226.

Todavia, a livre iniciativa assume maior relevância jurídica quando se trata da iniciativa empresarial, garantindo-se, pelo princípio, dois elementos fundamentais para o sistema: i) liberdade de acesso ao mercado; e ii) liberdade de permanência no mercado<sup>85</sup>.

O primeiro corresponderia a noção mais ligada à livre iniciativa em si mesma, enquanto que o segundo estaria vinculado à livre-concorrência, que é, como visto, seu corolário.

A livre concorrência corresponde à possibilidade de os agentes econômicos terem o direito de atuar e de se manter no mercado, objetivando a produção e a circulação de bens e serviços. Trata-se de princípio que permite aos agentes econômicos o exercício de suas atividades num sistema de competição livre de prescrições e prestações providas do Estado. Ademais, o ato de concorrer, em condições iguais, exige um ambiente de liberdade compatível com tal possibilidade.

Oportuna se apresenta, então, a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a livre concorrência. O Pretório Excelso, em diferentes casos, tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de leis municipais que impedem o exercício das atividades econômicas em pequenos espaços geográficos. Veja-se, nesse sentido, a interpretação jurisprudencial no que se refere às leis que restringem a concorrência empresarial.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

<sup>86</sup> [...] Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo da ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). (STF – 1ª. Turma – RE nº. 203.909-8/ES – Rel. Min. Carlos Velloso – Diário da Justiça, Seção 1, 6-02-1998, p. 38).

AUTONOMIA MUNICIPAL – DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL – LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA – Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). Recurso 174 Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 193. não conhecido. (STF – RE 203.909 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 06.02.1998).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS – INCONSTITUCIONALIDADE – 1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º). [...] 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido. (STF – RE 199.517 – SP – TP – Rel. p/o Ac. Min. Maurício Corrêa – DJU 13.11.1998 – p. 15.)

Nestes dois julgados, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a livre concorrência como princípio com evidente força normativa, relacionando-se com a liberdade das atividades econômicas. Desse modo, qualquer norma infraconstitucional que restrinja a livre iniciativa e a livre concorrência deverá ser afastada, salvo em casos excepcionais, que sejam objeto de ponderações com os demais princípios da Constituição.

E isso porque nenhum valor concretizado na ordem jurídica é absoluto, como se argumentou anteriormente.

Nota-se, destarte, que a liberdade da iniciativa das atividades econômicas tem como decorrência a proteção da livre concorrência até por valorização do princípio fundamental da isonomia, oportunizando a todos os agentes o exercício de atividades no mercado e a sua permanência, tão importante quanto o primeiro.

A correta leitura da Constituição, pelo visto, impõe que se entenda o significado da concorrência, que deve se desenvolver de forma leal. Isso quer dizer que a concorrência tem como funções: i) “garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’”; e ii) preservar o mercado como agente de transmissão de informações<sup>87</sup>.

O sistema, pois, ao mesmo tempo em que admite a livre iniciativa, deve controlar o equilíbrio das relações econômicas, através da manutenção da livre concorrência. Livre iniciativa e livre concorrência são princípios que se complementam, representando liberdades relativas, já que vinculadas ao fim da harmonia da estrutura social.

Destaque-se, também, que passou a ser essencial para o sistema social a proteção da liberdade da iniciativa econômica e da concorrência, não se admitindo modalidades de intervenção estatal que venham a suprimir-lhes completamente, assim como não se admitem as práticas dos agentes privados que produzam tal efeito.

Por tais pontos, verifica-se que a livre iniciativa e a livre concorrência, como princípios resultantes do valor liberdade, são fundamentais na busca do desenvolvimento econômico e, especialmente, na implementação da redução das desigualdades regionais e sociais. Através do livre exercício das atividades econômicas e do trabalho, torna-se evidente a maior possibilidade de se desenvolver a economia a partir da idéia de conciliação de valores.

---

<sup>87</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

José Afonso da Silva ensina:<sup>88</sup> “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.”

“A liberdade de iniciativa é indispensável para a obtenção do lucro lícito, em uma sociedade cujo sistema econômico é o capitalista. Esse lucro, contudo, deve ser justo e não prejudicial aos legítimos interesses alheios.”<sup>89</sup>

### **2-3 O Direito Fundamental da Livre Iniciativa**

Antes de analisar o mérito da livre iniciativa como direito fundamental, cumpre-nos esclarecer o que vem a ser liberdade.

A Constituição Federal de 1988 fixa a liberdade com um direito fundamental no art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)”

O preâmbulo a Constituição de 1988 estabelece que a liberdade é o direito individual e social que se constitui em valor supremo, motivo pelo qual todo o texto constitucional deve ser analisado sob essa orientação, segundo o qual cabe ao Estado o asseguramento da liberdade individual, assim como a proteção da liberdade coletiva, ou seja, dos que integram a comunidade, em grupos organizados para fins lícitos, ou da sociedade em geral.

Robert Alexy classifica liberdade da seguinte forma: liberdade jurídica, liberdade não protegida e liberdade protegida. Para explicar tal classificação, pondera o autor que a base do

---

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24. ed., Malheiros, São Paulo: 2005, p. 793

<sup>89</sup> LISBOA, Roberto Senise. **A livre iniciativa e os direitos do consumidor**, *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano I, nº 3, Abril, Maio, Junho, 2003, p. 93.

conceito de liberdade é uma tríade entre o titular de uma liberdade, o impedimento e o objeto da liberdade.<sup>90</sup>

A importância da defesa de Alexy a um direito à liberdade implica no rebate às concepções jurídico-filosóficas que, ao negarem positividade ao conceito de liberdade também o negam quanto conceito de dignidade humana e, por conseguinte, o fazem sob o prisma da qualificação de especialidade meramente positiva de tal conceito. Isto é, para o positivismo a liberdade é somente definível pela lei, pelo Estado, portanto.

A liberdade de iniciativa (ou livre iniciativa) compreende tanto o direito de acesso ao mercado - início de atividade econômica, como o de cessação da atividade econômica.

O artigo 1º da Constituição Federal eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho. Vejamos:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Constituição Federal, em seu art. 170, dispõe:

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:

No entanto, o princípio da livre iniciativa é considerado como fundamento da ordem econômica e atribui à iniciativa privada o papel fundamental na produção ou circulação de bens ou serviços, cabendo ao Estado uma função complementar, visto que a Constituição Federal determina que a este cabe apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou relevante interesse econômico (art. 173 CF).

Ressalte-se que, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 174, que o Estado tem o papel fundamental como agente normativo e regulador da atividade econômica

---

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 215. Original: “*Base Del concepto de La libertad es una relación triádica entre el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de La libertad.*”

exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento de acordo com a lei, visando evitar irregularidades.

Podemos dizer que os dois aspectos relevantes que se concluem da inserção da livre iniciativa entre os fundamentos da ordem econômica são a constitucionalidade de preceitos de lei que visem a motivar os particulares à exploração de atividades empresariais e a aplicação do princípio da autonomia das obrigações cambiais.

Com relação ao primeiro, tem-se a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas que, aplicado ao direito societário, limita o risco de investimento em atividades econômicas sem o elevado comprometimento de seu patrimônio e, quanto ao segundo, está destinado a viabilizar a ágil circulação de crédito, mesmo quando o devedor do título é um consumidor.<sup>91</sup>

A liberdade de iniciativa trazida pela Constituição prestigia o reconhecimento de um direito titularizado por todos que é o de explorarem as atividades empresariais, decorrendo no dever, imposto à generalidade das pessoas, de respeitarem o mesmo direito constitucional, bem como a ilicitude dos atos que impeçam o seu pleno exercício e que se contrapõe ao próprio Estado, que somente pode ingerir-se na economia nos limites constitucionais definidos.

## **2.4 Livre Concorrência: como corolário da livre iniciativa**

A Constituição elegeu a livre concorrência à categoria de princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, V), equiparando-a aos princípios basilares estabelecidos para o modelo econômico político brasileiro, tais como da soberania nacional, da propriedade privada, proteção do consumidor, nos termos seguintes:

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: (...)

IV - livre concorrência;

---

<sup>91</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 202/203.

A livre concorrência origina-se da manifestação da livre iniciativa do mercado econômico, cuja finalidade é a proteção da economia do País. Assim, a livre concorrência é a garantia da livre iniciativa, visto que se não existir aquela, obviamente impedirá a liberdade da iniciativa, “de modo que esta é o corolário daquela.”<sup>92</sup>

A livre concorrência é um dos sustentáculos da economia e um valor a ser mantido para assegurar o equilíbrio do mercado e o bem-estar econômico e social. A livre concorrência, evidencia-se com a atuação do particular no mercado.

A livre concorrência é a disputa entre produtores ou comercializadores de um mesmo bem ou entre ofertantes de um serviço com vistas a angariar a maior parcela do mercado possível. As principais variáveis que orientam o jogo mercadológico da concorrência são o preço, a qualidade do produto, a disponibilidade nos pontos de venda e a imagem de que o produto goza junto aos consumidores. Assim, as atividades que dizem respeito diretamente à imagem do produto, como a publicidade e a programação visual, são tão estratégicas quanto a distribuição e o preço.

Destarte, a melhor forma de compreender a importância da concorrência é analisar os ambientes onde ela não se manifesta: onde não há concorrência, o comércio se impõe ao consumidor, abusa do seu poder de mercado e da sua propriedade privada, diminuindo a produção dos bens de consumo e aumentando os seus preços, provocando uma transferência compulsória de renda do consumidor.

Entretanto, a livre concorrência não é ilimitada, o Estado pode e deve utilizar o seu poder para corrigir as possíveis distorções deste princípio.

Ronaldo Alves de Andrade esclarece:<sup>93</sup>

A livre concorrência sem uma legislação eficaz que a efetive é letra morta, sem qualquer expressão do mundo real, e ela depende necessariamente de regulamentação do poder econômico. Não que este não possa existir e é óbvio que muitas pessoas e instituições especialmente as grandes corporações internacionais, têm grande poder econômico, às vezes superior ao do próprio Estado onde atuam. É evidente que esse poder intrinsecamente considerado não é inconstitucional, todavia, ele o será se utilizado abusivamente, quando não respeitar sua função social e a dignidade humana.

---

<sup>92</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Manole, 2006, p. 8.

<sup>93</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Manole, 2006, p. 9.



Fábio Konder Comparato<sup>94</sup> afirma que a regulamentação da concorrência surgiu da necessidade de que a liberdade de acesso ao mercado, decorrente do liberalismo econômico, não se transformasse em uma licença em prejuízo do próprio mercado e da concorrência.

O direito repudia duas formas de concorrência e que desprestigiam a livre iniciativa, quais sejam: a concorrência desleal e o abuso de poder.

#### **2.4.1 Concorrência Desleal: como Violação à Livre Iniciativa**

A **Concorrência Desleal** é reprimida pelo direito civil e pelo direito penal nos casos em que houver desrespeito ao direito constitucional de explorar a atividade econômica expresso no princípio da livre iniciativa como fundamento da organização da economia, sendo esse dever em relação ao estado fundado na inconstitucionalidade de exigências administrativas não fundadas em lei para o estabelecimento e funcionamento de uma empresa (CF, art. 170, parágrafo único) e no que concerne aos particulares se traduz pela ilicitude de determinadas práticas concorrenciais.

Na concorrência desleal o empresário tem o intuito de prejudicar seus concorrentes, de modo claro e indisfarçado, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado, infligindo perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos.

Assim, tanto na doutrina nacional como na estrangeira, muitos são os fundamentos para a repressão da concorrência desleal: proteção ao fundo de comércio, aviamento, proteção da atividade empresarial, tutela da clientela, defesa do patrimônio alheio, tutela do direito da personalidade (ex: nome e criações intelectuais), respeito à moral profissional, usos e costumes do comércio.

Todos esses atributos que envolvem a atividade econômica presente no mercado foram valorizados igualmente pelo legislador, ao redigir o art. 10, da convenção de Paris de 1883, cuja revisão em Haia, em 1925, deu-lhe a seguinte redação:

---

<sup>94</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Concorrência Desleal**. Revista dos Tribunais, n. 375, p. 30.

“1) Os países da União obrigam-se assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrária aos usos e honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente:

1º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão contra o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidade de utilização ou quantidade de mercadorias.”

Desta forma, o legislador delimitou que o fundamento da repressão à concorrência desleal é o respeito ao uso honesto na atividade empresária, ou seja, a observância das regras aceitas no mercado como próprias da concorrência, sujeitas ao conceito aberto de correção profissional, isto é, de boa-fé que deve nortear os competidores entre si, e frente aos consumidores.

Portanto, o bem jurídico protegido pela teoria da concorrência desleal é a correção profissional, que está sujeito a critério de apuração, o qual dirá quando determinada prática comercial é desleal.

O ato de concorrência desleal importa numa apreciação de fato, sujeita ao exame do caso concreto que se coloca à frente do julgador, devido às dificuldades que encontramos nos conceitos abertos de lealdade, bons costumes, usos e costumes honestos no comércio.

De acordo com o que vimos anteriormente, a concorrência desleal diz respeito à concorrência individual, pois envolve relações entre sujeitos que atuam no mercado, isoladamente considerados, sob o prisma do alcance da distribuição de bens e serviços ao público consumidor.

Para Pontes de Miranda “o que se condena, na repressão da concorrência desleal, é o emprego de certos meios de luta”. Ele também diz que “ato de concorrência desleal é ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se

praticou no exercício de alguma atividade e ofende à de outrem no plano da livre concorrência”.<sup>95</sup>

Através deste conceito, os atos reprováveis colocam-se em duas esferas de reprimenda: a penal e a civil. Assim, na doutrina encontramos a classificação dos atos de concorrência desleal em atos específicos, os quais merecem tratamento mais gravoso, em leis especiais e com normas de natureza penal; e atos genéricos, que gozam de tratamento no direito civil.

Considera-se, também como atos de concorrência desleal os que representam práticas, ou meios de atuação no mercado, que infringem o princípio da correção profissional (art. 10 da Convenção de Paris), sem que se qualifiquem em tipos penais, e circunscrevem-se às sanções do direito privado. Diversamente, os atos ou meios de concorrência que importem em preocupação do legislador sob o ângulo penal podem ser designados atos de concorrência desleal criminosa.

Portanto, concorrência desleal é aquele em que são usados meios ou métodos desleais, que mesmo não sendo delituosos, possibilitam aos prejudicados por seu emprego a reparação civil. Já a concorrência desleal criminosa ocorre quando esses meios ou métodos empregados são tão perigosos ou graves, que são considerados como delituosos, gerando sanções penais.

Fala-se também em concorrência anticontratual, ou seja, a que implica em violação do pacto de não-concorrência, por exemplo, no caso de cláusula de não restabelecimento comercial do alienante.

#### **2.4.2 Abuso de Poder**

A repressão ao **Abuso de poder** está prevista constitucionalmente no art. 173, § 4º: “A Lei Reprimirá o Abuso do Poder Econômico que Vise à Dominação dos Mercados, à Eliminação da Concorrência e ao Aumento Arbitrário dos Lucros”.

---

<sup>95</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Apud: PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.p. 15.

A nossa Constituição traz em seu bojo um conjunto de normas referentes à ordem econômica que se baseia nos princípios tradicionais do liberalismo econômico quais sejam: a propriedade privada, a liberdade de iniciativa e a de competição, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego etc. No entanto, por outro lado, prevê-se a repressão ao abuso do poder econômico por meio de modalidades de exercício do poder econômico que podem ser consideradas juridicamente abusivas e que põem em risco a própria estrutura do livre mercado, ocasionando a dominação de setores da economia, eliminando a competição ou aumento arbitrário de lucros.

Ademais, o art. 170 inc. V da Constituição Federal, demonstra a preocupação da ordem econômica de privilegiar a livre iniciativa, mas observar e respeitar os direitos basilares dos consumidores, prescritos na Lei 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor, que verificaremos no decorrer da presente pesquisa.

De acordo com o entendimento de Carvalho Filho:

“O abuso do poder econômico, usualmente, é cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público em geral. Não obstante, estudiosos têm sustentado que, o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas”.<sup>96</sup>

Dessa feita, torna-se possível definir a repressão ao abuso do poder econômico como o conjunto de estratégias adotadas pelo Estado que, mediante intervenção na ordem econômica, tem o objetivo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado em decorrência do acúmulo de riquezas.

Dessa forma, destacam-se três pontos do que acima foi dito. O primeiro, reside na causa eficiente para o abuso: o acúmulo de riquezas, ou o poder econômico. Depois, a consequência: a distorção nas leis de mercado, de forma a desfavorecer a imensa população de consumo. Por último, a atuação de Estado-Regulador: a criação de leis e regulamentos administrativos necessários para coibir esse tipo de prática.

No que se refere às figuras recriminadas pela Carta Constitucional: a dominação dos mercados, a discriminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

---

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 755.

Em se tratando da dominação dos mercados, tem-se a breve definição de Celso Bastos, ao relatar que, “dominar os mercados nacionais, entenda-se: ficar em situação de poder, impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas”.<sup>97</sup>

Assim sendo, dominar, significa estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado. Não importa se esse domínio se exerça numa parcela pequena do território nacional. Dependendo da natureza do produto, da qualidade e do preço dos transportes, o seu mercado pode ser nacional, regional ou local.

Mercado, por sua vez, vem a ser o ponto abstrato de convergência entre compradores e vendedores, e é claro que, conforme as condições acima apontadas, a amplitude desse mercado pode variar geograficamente.

A lei regulamentadora fala em mercados nacionais, no plural. Isto porque o mesmo produto pode ter diversos mercados especialmente delimitados. De outra parte, os mercados são determináveis também em função do produto, é dizer, há mercados formados em função de um único produto, não sendo aceitável qualquer outro análogo, ou com características afins.

Há outros, contudo, que comportam um grande teor de substituição, o que vale dizer, retirado um produto da oferta, ele pode ser facilmente substituído por outro.

O Texto Constitucional não se refere, portanto, ao mero produto, visto que, como demonstrado, pode haver o controle de um produto sem haver o domínio do mercado.

A Carta Magna determina também que a lei reprima o abuso do poder econômico consistente na eliminação da concorrência.

Faz-se necessário observar, por conseguinte, sua íntima ligação com a dominação dos mercados. A relação é de causa e efeito: a eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado. Embora seja difícil, modernamente, admitir-se a concorrência perfeita, o certo é que ela regula e dá relativo equilíbrio ao mercado, porque a intenção abusiva de um encontra barreiras na atuação idônea de seu concorrente. É o regime de competição que cerceia a imposição de produtos e de preços e, dessa maneira, merece defesa no regime econômico.

O artigo 173, da Constituição, em seu parágrafo 4º, limitou-se a determinar a repressão das práticas que visem à eliminação da concorrência, o que não impede que o

---

<sup>97</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p. 235.

Estado, com fundamento em outros passos da Constituição atual, exerça uma política econômica que venha a reforçar o caráter impeditivo do mercado.

Se desde o início da leitura do referido dispositivo constitucional, já se reconhece a existência do poder econômico, é imperioso consignar-se aqui que, o seu exercício concentrado conduz, inexoravelmente, a abusos que transcendem os próprios lucros exorbitantes e o sacrifício econômico do consumidor enquanto tal, atingindo o próprio cidadão na sua qualidade de sujeito do Estado.

A livre concorrência há, pois, de ser defendida onde ela esteja sendo distorcida, por práticas nocivas, assim como há de ser cultivada e incentivada naqueles setores e, que circunstâncias variadas podem levar à configuração de uma situação monopolística ou muito próxima desta.

Outrossim, torna-se importante ressaltar que, como a livre concorrência constitui, efetivamente, um dos princípios reguladores da ordem econômica e financeira, nem a própria Administração pode suprimi-la, ou, sem que aponte fundamento legítimo, impor restrições aos administrados.

Dessa feita, externando posicionamento de Celso Bastos, com o qual concordamos, parecem ser nítidas as vantagens de um sistema concorrencial, ainda que não no seu estado de pureza. Há, portanto, um reconhecimento dos benefícios políticos, sociológicos, além dos econômicos propriamente ditos na preservação de um mínimo concorrencial.<sup>98</sup>

Finalmente, temos como forma abusiva o aumento arbitrário dos lucros, que também guarda relação com as formas anteriores. Sempre que a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, seu objetivo é mesmo o de auferir lucros despropositados e arbitrários. E não se precisa ir muito longe para constatar ser essa outra forma de abuso de poder econômico.

O aumento da lucratividade, em tese, não é condenável, visto que tal aumento exprime o êxito do empresário. Daí porque a adjunção do adjetivo “arbitrário”.

De fato, para que o lucro se torne inconstitucional, cumpre que ele resulte de uma situação sobre a qual o detentor do meio de produção possua uma situação de força.

É arbitrário, portanto, todo aumento de lucratividade que decorra de uma situação empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcida, que não faça

---

<sup>98</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. Cit., p. 235. Nota 2.

corresponder a este uma queda nas vendas. Isto ocorre nas situações de monopólio. De fato, sendo o único fornecedor, as leis de mercado deixam de operar e o aumento de preços torna-se impositivo ao adquirente de bens e serviços, por falta de alternativas.

O Estado pode condenar as empresas que estejam obtendo um aumento arbitrário dos lucros, inclusive exigindo a retirada delas do mercado, através do CADE<sup>99</sup>.

## 2.5 A Concentração das Empresas e suas Consequencias

A livre concorrência (art. 170, IV), é um dos princípios da ordem econômica. No entanto, ela é a manifestação da liberdade de iniciativa, conforme estatui a Constituição “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art.173, § 4º).”

Os dois artigos se completam com o mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.<sup>100</sup> A nossa Constituição reconhece a existência do poder econômico, ou seja, não é condenado pelo regime constitucional. No entanto, cabe a intervenção do Estado para coibir abuso, caso esse poder econômico seja exercido de maneira anti-social.

Alguns fatores, praticados por muitos de forma lícita, porém, por outros de forma arbitrária, abusiva e ilícita, acabaram proporcionando a limitação da concorrência e a conseqüente reação do poder público, visando a tutela dos interesses difusos:

a) o desenvolvimento interno de algumas empresas, obtiveram parte considerável do mercado de forma lícita, crescendo de forma mais rápida de que seus concorrentes. Por outro lado, algumas pessoas dominaram os mercados, assumindo atitudes empresariais agressivas, em típico comportamento de concorrência desleal, levaram outros empresários à falência.

<sup>99</sup> Lei n.º 8884/94, art. 3.º o que seja o CADE: “Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.”

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 796.

O poder público, por esse motivo, acabou regulando as atividades de mercado, discriminando tabelas de preços e de produção fixos.

b) a constituição de *trustees*, o que permitiu aos antigos acionistas de companhias que entregassem as suas ações ao conselho diretor, a fim de que recebessem, em troca, certificados de custódia de bens, participando, assim, dos lucros da empresa.

Uniram-se outros empresários, constituindo *trustees* e aglomerados industriais com o intuito de limitar a concorrência.<sup>101</sup>

c) a constituição de *roldings*, permitindo-se que uma empresa passasse a controlar empresas subsidiárias, pela compra de ações da mesma, visando a viabilização do controle acionário.

No entanto, outros empresários, utilizaram-se desse método, para limitar a concorrência.

Foi então, a partir de 1880, os Estados Norte-americanos de Ohio, Luisiana e New York aprovaram legislações contrárias a formação de *trustees*, visto que os interesses da sociedade de consumo estavam sendo consideravelmente prejudicados.

d) a constituição de fusões empresariais, com as empresas constituindo uma terceira empresa e deixando de formalmente existir, o que ocasionou uma entidade economicamente mais forte e ágil, para a consecução dos seus objetivos, conforme deliberações societárias.<sup>102</sup>

A constituição dos conglomerados empresariais, pelo crescimento advindo da absorção de outras empresas, estabeleceu um considerável grau de concentração do mercado, o que não indicou, um crescimento interno real da empresa.

Contudo, a concentração empresarial constituiu-se no fator responsável pelo chamado “Direito Econômico.” Todavia, a ampliação das atividades da empresa, objetivando a maximização dos lucros e da própria segurança, ocasionou distorções no mercado, que justificaram a intervenção estatal, cujo objetivo não foi outro senão garantir a liberdade da iniciativa e proteger os concorrentes, bem como os consumidores de atitudes danosas aos seus interesses.

---

<sup>101</sup> A primeira experiência se deu em 1879, com a formação do *trustee* da “Standard Oil Company”. Os acionistas das companhias que pretendessem integrá-lo deveriam proceder à entrega das ações ao seu conselho diretor. Desistiram, assim, do controle das empresas, em troca dos certificados de custódia dos bens, o que fez com que os diretores da “Standard Oil Company” assumissem o controle de todas as empresas associadas.

<sup>102</sup> O autor relata que o caso em questão foi da “American Sugar Refining Company.” HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar, p. 150, 1979.



Não há dúvida de que a concentração empresarial pode ocasionar impacto na economia de forma positiva como negativa, por um lado, gera a padronização de produto e uma melhor eficiência, como a diminuição do custo unitário do bem.

Todavia, referido progresso de eficiência, diversificação de investimento e na diminuição de riscos de atividade empresarial, não pode ser atingido por meio de condutas ilícitas, ou seja, prejudiciais aos concorrentes que atuam com boa-fé no mercado, assim como desfavorável aos consumidores.

Com o advento dos monopólios e dos oligopólios, a concorrência natural entre empresas do mesmo nível econômico deixou de existir, diante da multiplicidade de fornecedores no mercado.

Em vários mercados de consumo, os oligopólios prevaleceram sobre concorrência natural, e os detentores da posição dominante tomaram medidas típicas de concorrência, exceto a redução de preços, o que exigiu uma postura de aversão do consumidor, de seus produtos.

A ausência parcial ou total da concorrência de preços fez com que o consumidor tornasse parte vulnerável nas relações de consumo.<sup>103</sup>

#### CONSUMIDOR PODE PERDER COM SETOR CONCENTRADO

Para órgãos de defesa do consumidor, pode ocorrer alta no preço dos produtos Outro risco apontado pelos especialistas é o da precarização dos serviços e a consequente queda de qualidade do atendimento COLABORAÇÃO PARA A FOLHA DA REPORTAGEM LOCAL O consumidor poderá ser prejudicado com a união entre Pão de Açúcar e Casas Bahia, se o negócio -que resulta em concentração na distribuição dos produtos- provocar alta de preços, segundo especialistas em defesa do consumidor, empresários e consultores. "É preciso uma ação rápida do Cade [Conselho Administrativo de Defesa Econômica] para assegurar que a concentração não prejudicará o consumidor", afirma Maria Inês Dolci, coordenadora da Pro Teste (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor). "Nós queremos concorrência", diz. A especialista afirma que, em fusões que ocorreram no varejo, não houve melhora nos preços ou na variedade de itens. A concentração pode levar ainda à precarização dos serviços e à consequente queda de qualidade. "É o que aconteceu com o setor de telefonia", afirma Marcos Pó, assessor técnico do Idec (Instituto de Defesa do Consumidor). "Grandes redes [varejistas] costumam assegurar poucos fornecedores e isso cria grandes possibilidades de fecharem acordos táticos de vendas e inflarem os preços." Na análise de Frederico Turolla, professor da Escola de Economia de São Paulo da FGV, o consumidor poderá ter menos oportunidade de escolha, o que pode resultar em alta de preços. "Pode haver uma sobreposição de redes de lojas e risco de o consumidor ficar com menos canais de compra para adquirir produtos nos pontos de venda." Valdemir Colleone, diretor de relações com o mercado da Lojas Cem, afirma que é sempre ruim para o consumidor ter menos opções para escolha dos produtos, mas é preciso esperar para ver os reflexos da união entre as famílias Diniz e Klein. Para Antônio Carlos Borges, diretor-executivo

<sup>103</sup> Conforme definição dada pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

da Fecomercio SP, o que os consumidores desejam é que "a redução de custo com o aproveitamento das economias de escala [do negócio] seja transferida para os consumidores e que isso contribua para o alargamento do mercado e crie condições para que os pequenos e médios empresários se beneficiem". Claudio Felisoni, presidente do conselho do Provar-FIA (Programa de Administração de Varejo da Fundação Instituto de Administração), diz que "vai ser difícil o novo grupo de varejo elevar valores. Mesmo resultando em concentração de preços, o negócio não deve resultar em alta de preços, pois o consumidor hoje faz comparações", afirma. (PN, FF e CR).<sup>104</sup>

Na verdade, o que cumpre reconhecer, "é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos."<sup>105</sup>

## 2.6 Sanções por Infração da Ordem Econômica

A Lei 8884/94 elenca infrações da ordem econômica que correspondem a ilícitos administrativos.

A lei prevê duas ordens de sanções administrativas: as de natureza pecuniária (art. 23) e as de natureza não pecuniária (art. 24). Rezam os referidos artigos:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

<sup>104</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. **Consumidor Pode Perder Com Setor Concentrado**. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=191>> – Acesso em 10/12/2009.

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 795.

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

No art. 23 podem ser impostas sanções de multa contra a pessoa jurídica empresarial (com valor baseado no faturamento bruto da empresa) e também contra o seu administrador (proporcional à imposta à pessoa jurídica). Como o abuso do poder econômico pode ser perpetrado por pessoa física, pessoa jurídica não empresarial ou ente despersonalizado, a lei também cuida de multa em valor fixo, independentemente do faturamento. Quanto às sanções não pecuniárias, elas envolvem medidas como a publicação de notícia sobre a ocorrência de prática anticoncorrencial, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a proibição de participar de licitação e outras.

Às vezes, uma conduta pode caracterizar uma infração da ordem econômica e ao mesmo tempo caracterizar crime contra a ordem econômica, cujos crimes estão elencados na Lei 8137/90. Porém, uma não depende da outra e vice-versa para haver caracterização de conduta ilícita.

No entanto, uma vez caracterizada a conduta infracional do empresário, estará ele sujeito à sanção administrativa a ser imposta pelo CADE e à responsabilização civil em juízo. Ambas espécies de responsabilidade são independentes e autônomas.

A possibilidade de o lesado por infração da ordem econômica demandar perdas e danos do empresário infrator está prevista no art. 29 da Lei Antitruste que determina:

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus

interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Importante salientar que a imposição de penalidade administrativa contra o empresário demandado não é condição para o exercício da ação judicial de indenização.

Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

### 3. O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Por outro lado, o desenvolvimento econômico, por se distinguir da mera modernização, como sustentado anteriormente, não pode servir apenas aos grandes grupos empresariais. Nesse ponto, é de grande relevância a proteção do mercado, como visto, tutelando-se, em especial, o consumidor.

O consumidor, seguindo modernas correntes teóricas, passa a ser um elemento fundamental da ordem constitucional e do sistema econômico. O Estado, em face disso, tem a obrigação de protegê-lo. E, a proteção do consumidor tem duas facetas: i) protege-se o consumidor dentro de uma perspectiva microeconômica e microjurídica; e ii) protege-se o consumidor através da adoção de políticas econômicas adequadas.<sup>106</sup>

São vários os exemplos concretos de políticas estatais de defesa do consumidor, iniciando-se com uma mensagem presidencial de John Kennedy em 1962 e passando à Resolução nº 39/248 da Organização das Nações Unidas, de abril de 1985, que estabeleceu Diretrizes para a Proteção do Consumidor ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa do consumidor e às Comunidades Européias, através das Resoluções do Conselho, todos visando à elaboração e ao fortalecimento das políticas de proteção do consumidor.<sup>107</sup>

Os anos 90 demonstraram a importância da defesa do consumidor em função da grande transformação econômica e tecnológica mundial. A globalização e a informática alcançaram todos os países indistintamente, levando cada vez mais informação sobre movimentos, direitos e acesso a produtos e serviços oferecidos à população. O movimento dos consumidores passou a se difundir em grande escala nos países em desenvolvimento com ênfase aos trabalhos preventivos e educativos, despertando o interesse pelos valores da cidadania.

O CDC, como bem acentuou Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, sofreu influência do *Projet de Code de la Consommation*; das leis gerais da Espanha (*Ley Gernal para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n. 26/1984), de Portugal (Lei n. 29/81, de 22.08), do México (*Lei Federal de Protección al*

---

<sup>106</sup> FONSECA. João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129.

<sup>107</sup> Idem, p. 130.

*Consumidor, de 5.02.1976*) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979); bem como, em matérias específicas, buscou inspiração no Direito comunitário europeu: as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo); para o controle das cláusulas gerais de contratação, inspirou-se nas legislações de Portugal (Decreto-Lei n. 446/85, de 25.10) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9.12.1976); e, ainda, a influência do Direito norte-americano através da análise do *Federal Trade Commission Act*, do *Consumer Product Safety Act*, do *Truth in Lending Act*, do *Fair Credit Reporting Act* e do *Fair Debt Collection Practices Act*.<sup>108</sup>

Seguindo a tendência mundial, o Brasil inseriu em sua Constituição o princípio da proteção do consumidor, que passa a ser visto como uma instituição fundamental da economia e da própria ordem jurídica. Por decorrência lógica, a defesa do consumidor é um efeito do próprio funcionamento do mercado, pois, com a livre iniciativa e a livre concorrência, acaba-se obtendo a oferta de bens com menores custos.

A própria noção de liberdade econômica leva também à conclusão de que podem os consumidores ser vistos como norteadores da oferta de bens e serviços no mercado, sendo os agentes econômicos referidos como “escravos” de sua vontade. Isso significa que o consumidor tem um papel de grande relevância na determinação de preços e da qualidade dos produtos e serviços postos no mercado.

Nessa perspectiva de proteção constitucional, convém registrar que toda a teorização econômica do direito concorrencial se baseia também na tutela do consumidor.

Sobre essa realidade, testemunha Calixto Salomão Filho que tanto os teóricos ordoliberalistas, como os estruturalistas e os neoclássicos não discordam quanto a esse ponto, pois é o consumidor o destinatário econômico direto das normas concorrenciais, não sendo, todavia, o seu destinatário jurídico.

Explica-se: muitas vezes, práticas restritivas da concorrência, de abuso do poder econômico, poderiam ser vistas como benéficas ao consumidor no aspecto da mera diminuição de preços. Mas as normas concorrenciais se dirigem à própria idéia institucional da concorrência, que adquire uma concepção bem mais profunda do que a mera busca por diminuição dos preços. O sistema econômico deve pautar-se pelo equilíbrio de suas relações,

---

<sup>108</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 10.

não se admitindo práticas restritivas. Ainda da lição de Calixto Salomão Filho, infere-se que o interesse do consumidor consiste na existência da concorrência.<sup>109</sup>

No Brasil, a Constituição, que prestigiou expressamente a defesa do consumidor, foi complementada pela Lei nº. 8.078/90, que estabelece parâmetros para a política nacional de relações de consumo.<sup>110</sup>

Qual é, todavia, o conceito jurídico de consumidor? Como pondera Thierry Bourgoignie, não existe no direito nenhuma definição única do termo consumidor. Por isso mesmo, volta-se para a realidade econômica para se apreender “o destinatário das iniciativas que propõem uma política de promoção dos interesses do consumidor no centro do sistema econômico.”<sup>111</sup>

O que importa é que o consumidor, como elemento fundamental para a economia, é protegido, expressamente, pela ordem econômica proposta na Constituição, baseada nos ideais de concorrência e de equilíbrio nas relações econômicas.

Vistos tais aspectos relativos à tutela do consumidor, é de se afirmar que tal princípio da Constituição Econômica é de grande relevância também na redução das desigualdades regionais e sociais, no momento em que, ao vincular-se a atividade econômica e a atuação estatal à proteção do mercado, garante-se a efetivação do verdadeiro desenvolvimento e não uma mera modernização econômica.

### 3.1 A Evolução da Proteção e Defesa do Consumidor

Alguns autores identificam normas de proteção ao consumidor em ordenamentos da Antiguidade, como o Código de Hamurabi, o Código de Manu e também na Grécia clássica, assim como normas na legislação medieval européia e colonial brasileira.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> “Basta entender, no entanto, que o interesse do consumidor consiste precipuamente na existência da concorrência e que ele é, portanto, nesse caso, mediado pela proteção da existência de concorrentes para ter de considerar a prática ilícita.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81-82.

<sup>110</sup> PERES FILHO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora, 2003, p. 38.

<sup>111</sup> BOURGOIGNIE, Thierry. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. In: Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 7.

<sup>112</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24-26.

Essas normas não podem ser consideradas, tendo em vista que tratam o consumidor como qualquer outro contratante civil ou comercial, dentro da filosofia e dos princípios pertinentes à matéria à qual se vinculam.

O período da Revolução Industrial é de grande importância para o desenvolvimento do Direito do Consumidor.

Antes da era industrial, o produtor-fabricante era simplesmente uma ou algumas pessoas que se juntavam para confeccionar peças e depois trocar os objetos (**bartering**). Com o crescimento da população e o movimento do campo para as cidades, formam-se grupos maiores, a produção aumentou e a responsabilidade se concentrou no fabricante, que passou a responder por todo o grupo.<sup>113</sup>

A Revolução Industrial foi responsável pelo crescimento da chamada produção em massa. Devido a este movimento, a produção perdeu seu toque “pessoal” e o intercâmbio do comércio ganhou proporções ainda mais despersonalizadas, já que passaram a existir outros intermediários entre a produção e o consumo.

Miriam de Almeida Souza afirma que, em consequência disto:

(...) o produtor precisava dar escoamento à produção, praticando, às vezes, atos fraudulentos, enganosos, por isso mesmo, abusivos. A justiça social, então, entendeu ser necessária a promulgação de leis para controlar o produtor-fabricante e proteger o consumidor-comprador.

(...) O produtor, via de regra, sempre se interessou mais pela parte monetária do que com o produto, ou mesmo em satisfazer o consumidor.<sup>114</sup>

O crescimento e contínuos avanços das tecnologias fizeram com que fossem inseridas na mente do consumidor as idéias de que ele estava precisando de mais objetos que até o momento nunca sentira necessidade de adquirir em sua vida cotidiana.

O produtor estava sempre interessado em formas para escoar sua produção e manter o fluxo de produção-consumo. Logo, sentiu a necessidade de estimular o consumidor de manter o processo produtivo em funcionamento. Criou-se, desta forma, o que Thierry Bourgoignie denomina de “norma social do consumo”, que: “faz com que o consumidor perca o controle individual das decisões de consumo e passe a ser parte de uma classe, a

<sup>113</sup> SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996, p. 48.

<sup>114</sup> Ibid., p. 48.



“consommariat”, conferindo claramente uma dimensão social ao consumidor e ao ato de consumir.”<sup>115</sup>

Foi em plena Segunda Guerra Mundial, quando a produção estava a serviço e controle do Estado, que desponta na América keynesiana o movimento em prol dos direitos do consumidor. Mas curiosamente, foram o surgimento da mídia e as conquistas tecnológicas que deram causa ao ressurgimento da defesa do consumidor.

A guerra intensificou a produção industrial em massa, e contribuiu para as grandes invenções e o aprofundamento da produção em série. Todo o esforço da guerra resultou, inevitavelmente, em aumento substancial de produção no posterior tempo de paz. O **know-how** gerado para a guerra provocou, então um crescimento em vários segmentos industriais, gerando um arsenal de produtos supérfluos e diversificados, em um mercado antes restrito somente ao essencial. Com o advento da televisão, resultou da propaganda informativa o **marketing** (desenvolvido em forma de propaganda de guerra), com o objetivo de escoar a produção no mercado. Com isso, aumentaram os problemas relacionados à produção e ao consumo, em face de uma competitividade altamente sofisticada por causa das novas mídias e das próprias complexidades dos mercados surgidos no pós-guerra, e do advento do **marketing** científico. Passou-se então a praticar uma concorrência desleal, fortalecendo a tendência da formação dos cartéis, trustes e oligopólios, o que sem dúvida, colaborou, dentre outros motivos, para o agravamento dos problemas sociais e conflitivos urbanos em decorrência da concentração de renda.<sup>116</sup>

Podemos perceber que esses problemas contribuíram negativamente para a vida dos consumidores, quer pela alta dos preços, quer pela queda da qualidade de vida ou aumento da poluição.

Após o período do pós-guerra acontece o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, o que enfraquece o princípio da força obrigatória dos contratos. Esta restauração se deu sob o nome de “teoria da imprevisão” e visava a quebra do princípio do *pacta sunt servanda*. Tal rompimento possibilitou o surgimento do Direito do Consumidor, que se fundamentava a partir da responsabilidade civil objetiva e do reconhecimento dos interesses e direitos difusos.

Orlando Gomes afirma que:<sup>117</sup>

<sup>115</sup> SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996, p. 48.

<sup>116</sup> Ibid., p. 54.

<sup>117</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: 6 ed., Forense, 1979, p. 105/106.

o princípio da força obrigatória das convenções, pelo qual o juiz estava obrigado a fazer cumprir os efeitos do contrato, quaisquer que fossem as circunstâncias ou as conseqüências, está abalado. O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, tendo aplicação imediata, alteram os efeitos dos contratos anteriormente praticados, e vai se admitindo o poder do juiz de adaptar seus efeitos às novas circunstâncias (*cláusula rebus sic stantibus*), ou de exonerar o devedor do seu cumprimento, se ocorrer imprevisão. Por fim, desde que os contratos são fonte de obrigações e estas importam limitação da liberdade individual, entendia-se que os seus efeitos não deveriam atingir a terceiros. O contrato era **res inter alios acta**. Mas as necessidades sociais impuseram a quebra, ainda que excepcional, desse princípio da relatividade dos efeitos do contrato, para a satisfação de certos interesses coletivos privados.

A partir das iniciativas do presidente americano John Fitzgerald Kennedy, na década de 60, houve a consolidação do Direito do Consumidor nos Estados Unidos. Dirigindo-se por meio de uma mensagem especial ao Congresso Americano, em 1962, Kennedy identificou os pontos mais importantes com relação questão:<sup>118</sup>

- (1) os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória;
- (2) que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que detenha o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado;
- (3) tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços;
- (4) e ainda o direito a preços justos.

Seguindo o exemplo de Kennedy, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na sua 29ª Sessão em 1973, em Genebra, também reconheceu os princípios e chamou-os de Direitos Fundamentais do Consumidor. Por sua vez, o programa Preliminar da Comunidade Européia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores dividia os direitos fundamentais em cinco categorias:<sup>119</sup>

- (1) proteção da saúde e da segurança;
- (2) proteção dos interesses econômicos;
- (3) reparação dos prejuízos;
- (4) informação e educação;
- (5) representação (ou direito de ser ouvido).

<sup>118</sup> SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996, p. 56.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 56.

Em 1985, as Nações Unidas, por meio da Resolução n.º 39/248, estabelece objetivos, princípios e normas para que os governos membros desenvolvam ou reforcem políticas firmes de proteção ao consumidor. Esta foi, claramente, a primeira vez em que, no plano mundial, houve o reconhecimento e aceitação dos direitos básicos do consumidor.

O Anexo 3 da Resolução mostra quais são os princípios gerais que serão tomados como padrões mínimos pelos governos:<sup>120</sup>

- (a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança;
- (b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- (c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- (d) educar o consumidor;
- (e) criar possibilidade de real ressarcimento ao consumidor;
- (f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidade para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.

Miriam de Almeida Souza esclarece ainda que:<sup>121</sup>

as Nações Unidas também entendem como medida para a proteção dos consumidores o Código de Conduta para as Firms Transnacionais, projeto da ONU desde meados dos anos 60, ponto de vista compartilhado pela Organização Internacional das Associações de Consumidores (International Organization of Consumers Unions – IOCU), com sede em Haia.

O IOCU é amplamente respeitado entre as associações de consumidores no mundo. E sobre os direitos do consumidor enumera:<sup>122</sup>

- (1) segurança – proteção contra produtos, processos e serviços nocivos à saúde ou à vida;
- (2) informação – conhecimento dos dados necessários para fazer escolhas e decisões informadas;
- (3) escolha – acesso a uma variedade de produtos e serviços com qualidade e preços competitivos;

<sup>120</sup> SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996, p. 57.

<sup>121</sup> *Ibid.*, 57.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 58

- (4) a ser ouvido – exposição e consideração das perspectivas dos consumidores na formação das políticas nacionais;
- (5) indenização – solução justa de queixas justas;
- (6) educação – aquisição dos conhecimentos e das habilidades necessárias para ser um consumidor informado ao longo da vida;
- (7) ambiente saudável – ambiente físico apto a proporcionar melhor qualidade de vida agora e no futuro.

A proteção do Direito do Consumidor é tão importante que vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, já consagram, acolhendo a Resolução da ONU.

### **3.2 A Constituição Brasileira e o Direito do Consumidor**

A questão dos Direitos do Consumidor é tão relevante a ponto de ser tratada em três oportunidades distintas na Constituição Federal de 1988. A primeira vez, já em seu Capítulo I do Título II (versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos), estabelece a Carta Constitucional, no artigo 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” o que quer dizer, em outras palavras, que o Governo Federal tem a obrigação de defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis.

A segunda vez que a Constituição menciona a defesa do consumidor é quando trata dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, de acordo com o artigo 170, V, que a defesa do consumidor é um dos princípios que devem ser observados no exercício de qualquer atividade econômica.

Por fim, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determina que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor.

Estes três dispositivos constitucionais são mencionados no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno menciona que:<sup>123</sup>

A sensibilização dos constituintes de 1987/88, foi obtida por unanimidade na oportunidade do encerramento do VII Encontro Nacional das (...) Entidades de Defesa Do Consumidor, desta feita realizado em Brasília, por razões óbvias, no calor das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, e que acabou sendo devidamente protocolada e registrada sob n.º 2.875, em 8-5-87, trazendo sugestões de redação, inclusive aos então artigos 36 e 74 da Comissão "Afonso Arinos", com especial destaque para a contemplação dos direitos fundamentais do consumidor (ao próprio consumo, à segurança, à escolha, à informação, a ser ouvido, à indenização, à educação para o consumo e a um meio ambiental saudável).

Especificamente em relação à ordem econômica e financeira, o artigo 170 da Constituição Federal determina a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica.<sup>124</sup>

Saliente-se que o poder constituinte se preocupou com a defesa do consumidor em seus direitos básicos, uma vez que o consumidor não apresenta em si mesmo mecanismos para superar sua hipossuficiência econômica, como afirma Newton de Lucca.<sup>125</sup>

A inserção da defesa do consumidor, como princípio a ser observado nas atividades econômicas, torna obrigatório o respeito aos direitos do consumidor, tanto por parte do fornecedor como do próprio Estado, na elaboração de normas, na regulamentação e na fiscalização exercida por este, nas atividades produtivas do país. Conceitua tal princípio como norma de força cogente, sendo norma imperativa, obrigatória, auto-aplicável, não derogada por lei ordinária, mas somente por reforma constitucional, como bem marcado por Sônia Maria Vieira de Mello.<sup>126</sup>

Saliente-se a importância da reflexão do embate acerca da defesa do consumidor, como direito fundamental constitucional e como princípio da ordem econômica em aparente oposição ao princípio da livre iniciativa, como ressalta Newton de Lucca.<sup>127</sup> A própria

<sup>123</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 21-22.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 34.

<sup>126</sup> MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 67.

<sup>127</sup> DE LUCCA, op. cit., p. 34.

República Federativa do Brasil tem como fundamento a livre iniciativa, como define o artigo 1º da Constituição Federal.<sup>128</sup>

Entretanto, outra não pode ser a conclusão, senão afirmar categoricamente, com base na leitura e interpretação sistemáticas da Constituição Federal, que o princípio da defesa do consumidor deve sempre prevalecer, na hipótese de conflito.

O Estado não deve defender a livre iniciativa em benefício dos próprios agentes do mercado, mas, ao contrário, deve defendê-la em benefício do mercado como um todo e do consumidor em especial, como razão de ser e objetivo dessa liberdade empresarial, como expõe Fábio Konder Comparato.<sup>129</sup>

Não obstante, o princípio da defesa do consumidor não agride o princípio da livre iniciativa. Ao contrário, devem conviver em harmonia. Sendo o consumidor a parte vulnerável na relação de consumo, fica ele exposto às práticas dos fornecedores. Assim, cria-se a necessidade de o Estado intervir nesta relação para restabelecer o equilíbrio e a boa-fé e de criar direitos mínimos ao consumidor, como ressalta Américo Luiz Martins da Silva.<sup>130</sup>

Nesse sentido, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>131</sup>, tido por José Geraldo Brito Filomeno<sup>132</sup> como a alma da proteção e defesa do consumidor, na medida em que disciplina e harmoniza a essência da defesa do consumidor, dando contornos mais claros e precisos acerca do princípio constitucional, deve ser tido como o parâmetro dessa análise.

A civilização industrial trouxe consigo um grave problema: a necessidade de proteger o consumidor. A questão crucial é posta pelo fato de que a antiga relação entre o adquirente e o artesão foi substituída por uma cadeia de agentes que vai desde o produtor até o consumidor final do produto. Mais grave ainda: a relação torna-se massificada, a produção e

<sup>128</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

<sup>129</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1998**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, ano XXIX (nova série), n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

<sup>130</sup> SILVA, Américo Luiz Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

<sup>131</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995):

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

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

<sup>132</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 21.

o consumo se dão em grande escala. Esta nova forma de produção gera um enorme potencial lesivo ao consumidor. Os instrumentos clássicos, entretanto, não se mostravam suficientes para enfrentar essa nova situação sócio-econômica, como relembra Celso Ribeiro Bastos.<sup>133</sup>

Daí se impor uma leitura e interpretação do princípio constitucional da defesa do consumidor no âmbito da ordem econômica. Neste sentido, a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica, bem como a livre iniciativa. Assim, pode-se afirmar que este último princípio tem sua liberdade assegurada, desde que não ofenda outros princípios, como o da defesa do consumidor. Finalmente, a defesa do consumidor não agride ou restringe a livre iniciativa. Apenas estabelece um limite ao exercício da iniciativa privada.

A importância do Código de Defesa do Consumidor, do correto entendimento de sua principiologia. Nesse diploma, são determinadas as regras que a livre iniciativa está obrigada a observar no desenvolvimento de suas atividades. Tem o objetivo de impedir abusos contra o consumidor e assegurar o respeito aos direitos constitucionalmente assegurados, donde decorre o poder do Estado de intervir na relação de consumo e na própria livre iniciativa com o fito de assegurar a defesa do consumidor. Finalmente, toda vez que a iniciativa for exercida em detrimento do consumidor, deve o Estado usar seu poder e força para equilibrar a relação de consumo, conforme ressalta Sônia Maria Vieira de Mello.<sup>134</sup>

A livre concorrência é um dos meios mais eficazes de controle do abuso do poder econômico - por isso, o consumidor é, na maior parte das vezes, beneficiado por esse princípio. Desta forma, conclui-se que os direitos da concorrência e do consumidor têm objetivos coincidentes. O principal beneficiário é a comunidade dos consumidores.

Falhas de mercado só tendem a prejudicar o consumidor, mas também regulações exageradas ou incorretas e barreiras à entrada no mercado colaboram para uma estruturação de mercados pouco competitivos e assim igualmente criam prejuízos para os consumidores. A concorrência perfeita, na teoria, ou o mercado mais competitivo, na prática, levaria a diminuir a necessidade de proteger o consumidor; desta forma, este teria melhor nível de informação e, conseqüentemente, mais liberdade de escolha.

No mundo globalizado, entretanto, há uma forte tendência à concentração: o consumidor fica mais exposto, com menos opções, menor liberdade de escolha e precisa mais dos mecanismos legais construídos para sua defesa.

---

<sup>133</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 170.

<sup>134</sup> MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de teses). p. 67.

Analisando este cenário dentro da ordem constitucional, é necessário destacar o fato de que a política econômica de consumo, como qualquer outra no contexto do Estado Democrático de Direito, há de se formular de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. Desta forma, seriam incompatíveis com a Constituição Federal as medidas de defesa do consumidor que implicassem anulação da livre iniciativa e, por conseqüência, da livre concorrência.

Muitas vezes, todavia, somente a livre concorrência não é suficiente para reprimir o abuso do poder econômico, não restando outra alternativa, neste caso, senão a intervenção do Estado a fim de reequilibrar as partes e alcançar a justiça social. Dentro desta perspectiva, a livre concorrência poderá ser suprimida para que o direito do consumidor seja resguardado.

Para corroborar tal afirmação, vale a interpretação do artigo 170 da Constituição Federal e do Princípio Conformador da Ordem Econômica, conforme defendido por Washington Peluso Albino.<sup>135</sup>

O artigo é interpretado com base nos fins que almeja - dentre os quais está a justiça social, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, como fundamentos. Dentre os princípios abarcados pelo mesmo artigo estão: os liberais, quais sejam a propriedade privada e a livre concorrência; e os intervencionistas, que são a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

A partir de tal interpretação, pode-se inferir o princípio conformador da ordem econômica, que garante que o Estado intervenha toda vez que as finalidades de garantir a existência digna e a justiça social não sejam alcançadas, causando assim um desequilíbrio entre as partes que compõem a relação jurídico-econômica existente.

Cabe lembrar, ainda, que a própria defesa do consumidor também pode ser colocada como uma das formas de defesa da função social da propriedade dos bens de produção e como um modo de repressão ao abuso do poder econômico. Desta maneira, lembra Ricardo Antônio Lucas Camargo:

---

<sup>135</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. 1. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.p. 174.



As pretensões relacionadas à qualidade de vida, como a redução das desigualdades regionais e sociais, o salário mínimo apto à satisfação das necessidades básicas do trabalhador, a irredutibilidade de salários, vencimentos e proventos, o meio ambiente sadio, o acesso às fontes da cultura nacional, a educação, no contexto da Constituição Brasileira de 1988, prendem-se diretamente à política econômica de consumo, de tal sorte que as medidas voltadas à sua contenção que impliquem uma redução no nível de vida, sem que disto resulte qualquer benefício palpável para a sociedade, serão totalmente desprovidas de validade sob o prisma jurídico.<sup>136</sup>

Os direitos sociais do cidadão consumidor, previstos no artigo 6º da Constituição Federal, são o lastro desta interpretação, ressaltada pela máxima de que, toda vez que a livre concorrência não for capaz de controlar o abuso do poder econômico, e desta forma colocar em risco os direitos sociais acima mencionados e os princípios da existência digna e da justiça social, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, o Estado tem por obrigação intervir.

Assim, tendo por base todo o arcabouço de proteção ao direito do consumidor empreendido pela Constituição Federal, a defesa do consumidor deve ser inicialmente entendida como um direito fundamental. O Estado tem o poder de intervir na relação de consumo com o fito de assegurar a defesa do consumidor. Finalmente, toda vez que a iniciativa for exercida em detrimento do consumidor, deve o Estado usar seu poder e força para equilibrar a relação de consumo. Em síntese, podemos afirmar que a defesa do consumidor é um dos preceitos fundamentais da Carta Política de 1988.

De especial interesse para o tema discutido, apresenta-se uma Ementa do Supremo Tribunal Federal:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (STF, (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, DJ de 30-4-1993)

---

<sup>136</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico - aplicação e eficácia**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 24.

### 3.3 O CDC como Densificação Jurídica dos Direitos Fundamentais

A maioria das Constituições dedica um capítulo ou título aos “direitos fundamentais”, o que suscita uma primeira pergunta: são direitos fundamentais apenas aqueles direitos ali incluídos?<sup>137</sup> Caso se inverta este questionamento, tem-se uma não menos interessante segunda pergunta: são direitos fundamentais todos aqueles direitos ali incluídos?

A respeito dos direitos fundamentais e da circunstância de estarem (ou não) todos eles no título ou no capítulo que as Constituições a eles dedicam, Maria Garcia assim responde ao questionamento: seriam direitos fundamentais todos aqueles “diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, ‘caput’”, que para a autora seriam a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.<sup>138</sup>

Com acerto Tiago Zapater desdobra o art. 5º, XXXII, CF, em uma prestação devida pelo Estado (i) no plano político-legal e (ii) no plano político-material.<sup>139</sup>

Para Fabio Konder Comparato: “teria a promulgação desse código de defesa do consumidor representado a aplicação integral e definitiva do princípio constitucional? Parece evidente que não” advirta-se, no entanto, que para Comparato o art. 5º, XXXII, CF, “não configura a criação de um direito subjetivo fundamental” porque não teria sido criada com ele “nenhuma pretensão do particular contra o Poder Público”.<sup>140</sup>

A nós parece que a opinião de Comparato reduz a categoria dos direitos fundamentais a sua dimensão subjetiva e por esse motivo e indevidamente restritiva. Ao negar “fundamentalidade” ao art. 5º, XXXII, CF, ao argumento da inexistência de um direito subjetivo dos cidadãos passível de ser invocado com base naquele dispositivo constitucional, esquece-se Comparato da importância da função objetiva dos direitos fundamentais, o que nessa tese assume importância na medida em que subordina qualquer restrição a este direito fundamental ao preenchimento de requisitos como a proporcionalidade, a proibição do excesso, etc.

<sup>137</sup> Em face do ordenamento jurídico nacional, a resposta a essa primeira pergunta é rigorosamente negativa (art. 5º, § 2º, CF).

<sup>138</sup> GARCIA, Maria. **Mas, quais são os direitos fundamentais?** p. 122.

<sup>139</sup> ZAPATER, Tiago Cardoso. **A interpretação constitucional do Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica como consumidora**, p. 184.

<sup>140</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988**, p. 74

A promulgação do CDC não veio para exaurir – ou mesmo restringir – o art. 5º, XXXII, CF, mas para completá-lo, densificá-lo e concretizá-lo<sup>141</sup> ou – como prefere a doutrina alemã – “conformá-lo”, já que manteve-se intacto o âmbito de proteção daquele direito fundamental, ou seja, o CDC não negou ou restringiu indevidamente a tutela aos consumidores. Em verdade, o art. 5º, XXXII, CF, deixou ao legislador ordinário o que Canaris acertadamente chamou de uma “ampla margem de manobra” não determinada jurídico-constitucionalmente, sem que a existência de remissão ao legislador ordinário prevista no art. 5º, XXXII, CF, implique algum tipo de desvalorização deste direito fundamental em relação aqueles em relação aos quais a Constituição Federal não a prevê.

Enfim, o CDC serve de suporte ou apoio ao direito fundamental expresso no art. 5º, XXXII, CF, definindo a conformação de direitos fundamentais.

Para os fins que aqui nos interessam, é preciso saber se a circunstância de se ter incluído a defesa do consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal brasileira (art. 5º, XXXII, CF) autoriza a conclusão segundo a qual, entre nós, o direito do consumidor é um direito fundamental.

Somos da opinião de que a tutela do consumidor conserva sua característica de direito fundamental, que de maneira nenhuma se esgotou em 11 de setembro de 1990, com a promulgação da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

Não existe uma realidade “pré-jurídica” de acordo com a qual um direito é ou não fundamental, o que esvazia – segundo entendemos – a indagação feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>142</sup>, a respeito do (des)acerto de vislumbrar no art. 5º, XXXII, CF, um direito fundamental.

O problema de com este entendimento legitimar-se um “inchaço” no catálogo dos direitos fundamentais e a conseqüente “adulteração da fundamentalidade” descrita por Paulo Otero,<sup>143</sup> simplesmente não se resolve por meio de concepções pré-estatais da noção de “direito fundamental”, mas pelo reconhecimento de que a categoria “direito fundamental” perde em força dogmática quando se lhe permite semelhante expansão quantitativa. Assim,

<sup>141</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, p. 16, e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, p. 196.

<sup>142</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição brasileira de 1988**, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 53.

<sup>143</sup> OTERO, Paulo. **A Crise do “Estado de Direitos Fundamentais.”** In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mender, André Ramos Tavares. (orgs.) São Paulo: Saraiva, 2005, p. 181.

move-se a discussão para longe da essência dos direitos fundamentais e para perto da função desta categoria de direitos.

Com efeito, o que se disse no art. 5º, XXXII, CF, não é que o direito fundamental dos consumidores a tutela jurisdicional se exauriria com a lei que viesse a ser promulgada para defendê-los (e foi: o CDC), mas que a defesa do consumidor é um direito fundamental a ser assegurado pelo Estado nos termos da lei.

Ou seja: entender que tudo que o constituinte assegurou aos consumidores como “direito fundamental” (art. 5º, XXXII, CF) se resumiria à edição de um ato normativo infraconstitucional (CDC) implicaria confundir duas situações distintas: (i) o dever do Estado de promover a defesa do consumidor e (ii) o dever de editar lei infraconstitucional para tanto.<sup>144</sup>

A reforçar este argumento, lembre-se do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por meio do qual se estabeleceu que o Congresso Nacional elaboraria um código de defesa do consumidor nos cento e vinte dias subsequentes a promulgação da Constituição Federal. Ora, imaginar que o art. 5º, XXXII, CF, teria esgotado sua “fundamentalidade” tão logo promulgado o CDC implicaria esvaziar o sentido do art. 48, ADCT, o que não nos parece razoável.

No CDC os direitos fundamentais dos consumidores estão insculpidos o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor<sup>145</sup> e, os princípios norteadores deste direito refletem-se por

<sup>144</sup> Por esta razão o dever de proteção e a edição de normas para assegurar o cumprimento desse dever estão devidamente separados Ives Gandra Martins, quando ali se comenta o art. 5º, XXII, CF. (MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**, p. 160)

<sup>145</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX - (Vetado);
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

todo CDC, apesar de parte da doutrina dispor apenas sobre o art. 4º.<sup>146</sup>

### 3.4 Direito do Consumidor: Aspectos Gerais

#### 3.4.1 Conceito de Consumidor

O artigo 1º da Lei 8.078/90 estabelece: “é consumidor o sujeito ativo da relação jurídica de consumo, já que a ele se destinam os meios de proteção e defesa instituídos. Trata-se apenas de dar efetividade aos mandamentos inseridos nos artigos 5º, XXXII, e 170, II, da Constituição Federal, a fim de resguardar o consumidor das mazelas do mercado, tendo em vista a constatação de que hoje se vive em uma sociedade em que apenas o consumo é capaz de satisfazer as necessidades de seus indivíduos.

Fixar o conceito é importante, pois a partir disso é mais fácil compreender o âmbito e a extensão da proteção jurídica.<sup>147</sup>

As expressões <<consumo e consumidor>> atrelam-se à idéia de destruição ou uso do bem, cujo objetivo é satisfação de uma necessidade própria pessoal ou familiar.

Exclui, desde logo, aquele que adquire produtos ou serviços no bojo de sua atividade profissional, comercial, financeiro ou industrial.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> **Art. 4º** - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

**I** - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

**II** - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

<sup>147</sup> Embora nem sempre desejáveis, as definições no caso das relações de consumo são úteis, pois empregadas de modo bem variado. Lembra ALMEIDA: *a determinação do objecto, a maior ou menor extensão do direito do consumo, depende para a maioria dos autores, directa ou indirectamente, do conceito de consumidor, geralmente envolvido ou pressuposto na própria designação da disciplina (direito do consumidor) ou na sua justificação (proteção do consumidor)*. ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

<sup>148</sup> BOURGOIGNIE, Thierry. **O conceito jurídico de consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. nº. 2, São Paulo: RT, 1991, p. 16ss.

(...) o consumidor é uma pessoa física ou jurídica que adquire, possui ou utiliza bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão.

A interpretação restrita é tendência no direito europeu, especialmente no alemão e francês.<sup>149</sup>

A doutrina européia, embora admitindo expressamente que de forma lata as pessoas jurídicas sejam realmente consumidoras e como tais atuam como consumidoras no mercado de consumo, em sua maioria, prefere entender que a legislação protetiva deve somente alcançar as pessoas naturais (físicas) e morais (entidades assistenciais, de beneficência, etc).

Aliás, vários são os países que, como a França, em que a tese dominante vincula o conceito de consumidor à situação de um não-profissional. Então, consumidor é aquele que pratica atos jurídicos, visando obter serviço ou produto para satisfação de necessidade pessoal ou familiar<sup>150</sup>, alerte-se que ainda sim naquele país o conceito é inespecífico, sua definição vai sendo construída na jurisprudência e na doutrina.

Essa idéia lembra o início dos discursos em prol da defesa do consumidor, pois o não exercício profissional é marco na teoria finalista, desenvolvida nos primórdios do direito consumerista.<sup>151</sup>

Entretanto, o móvel é proteger aquele considerado mais vulnerável na relação jurídica. Muitos diplomas jurídicos expressam esse perfil.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> EFING, Antonio C. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2000, p. 41.

<sup>150</sup> WALD, Arnold. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. (In: Lei de Defesa do Consumidor. coord. Geraldo Vidigal. São Paulo: IBCB, 1991, p. 57).

<sup>151</sup> *Consumerismo* é o termo para nominar grupo de ativistas norte-americanos, que se lançaram ao questionamento da produção e da comunicação em massa, a periculosidade dos produtos, as informações, o marketing. (ZULZKE, Maria L. **Abrindo a empresa para o consumidor**. São Paulo: Qualitymark, 1991, p. 4).

<sup>152</sup> ZANELLATTO revela-nos: no *direito espanhol - Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU.)*, de 1984, dispõe, no art. 1.2, que “a los efectos de esta ley son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. O mesmo estudo faz alusão à **lei portuguesa**: “A Lei de Defesa do Consumidor (LDC), no art. 2º/1, considera consumidor: “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios”. Mais à frente ZANELLATTO aborda o direito do consumidor em Quebec pontuando: “dois requisitos essenciais na definição de consumidor (*consommateur*): a) a pessoa física; e b) a finalidade do bem ou do serviço adquirido”. ZANELLATTO, Marco A. **Noção jurídica do consumidor**. (In: Justitia, São Paulo: MPSP, jul/dez, 2007, p. 255ss).

Boa parte da legislação considera esse agir não profissional como essencial ao conceito de consumidor, como expressa o texto da comunidade europeia (Diretiva 93/13 CEE, 5 de abril de 1993): “toda pessoa física que, nas operações de venda ou de prestação de serviços, age com fins exteriores à sua atividade profissional”.

Conteúdo similar é visto no Código Civil alemão (2000), destacando-se o § 13 do BGB: “Consumidor é qualquer pessoa física que conclui um negócio jurídico cuja finalidade não tem ligação com sua atividade comercial ou profissional”.

A tendência é adotar-se o conceito restritivo de consumidor. Entretanto, no passado não foram poucos os que viam os consumidores como aqueles que adquirissem bens ou serviços no mercado de consumo.

A desigualdade de conhecimento técnico específico sobre produtos e serviços, motivava os maximalistas a estender desmesuradamente o conceito de consumidor. Hoje a tendência é pela teoria restritivo-finalista, cujo elemento básico é “não-profissionalidade do consumidor”.<sup>153</sup>

As pessoas jurídicas até podem usufruir a condição de consumidoras, mas isso implica um exame mais minucioso no próximo item.<sup>154</sup>

A outra perspectiva de consumidor salvaguarda vítimas de eventos danosos, decorrentes do consumo de produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Na perspectiva do CDC há equiparação entre todas as vítimas do acidente de consumo, independentemente de ter havido ou não prévio negócio jurídico.<sup>155</sup>

Com efeito, as vítimas de um acidente de consumo, que não contrataram com o fornecedor (fabricante, importador, comerciante, etc) a aquisição do produto ou serviço, nem fizeram uso deles, sendo pessoas estranhas ao negócio jurídico de venda do produto ou do serviço e não tendo feito uso deles, não são passíveis de enquadramento no conceito padrão de consumidor. (...). São consumidores, todavia, por força da equiparação do precitado art. 17.

No entanto, o art. 17 do CDC faz referências às hipóteses de responsabilidades decorrentes de acidentes de consumo provocadas por produto ou serviço defeituoso<sup>156</sup>,

<sup>153</sup> MARQUES, Cláudia L **Código civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o “direito civil geral e social”?** (In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 3, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 270 ss).

<sup>154</sup> ZANELATO, Marco A. **Noção jurídica do consumidor.** (In: Justitia, São Paulo:MPSP, jul/dez, 2007, p. 258.

<sup>155</sup> Ibid., p. 260

<sup>156</sup> CDC, Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

assegurando-se os interesses de terceiros “bystanders”, estranhos à relação de consumo, desde que tenham experimentado danos em razão dos defeitos dos produtos ou serviços expostos no mercado de consumo.<sup>157</sup>

Por fim, de modo bastante genérico, o Código de Defesa do Consumidor equipara a condição de consumidores todos os que se exponham às práticas comerciais, tidas como inadequadas (art. 29).

Toda generalidade desse dispositivo não serve aos exageros interpretativos,<sup>158</sup> mas se traduz em princípio constitucional de proteção aos consumidores abstratamente considerados.<sup>159</sup>

(...) A aludida norma protege, de um lado, os consumidores potenciais, na fase pré-contratual, das negociações preliminares ou da oferta; por outro lado, protege os consumidores que são expostos ou sofrem a ação de diversas práticas abusivas que se desenvolvem sem relação direta com a conclusão de um contrato, como a publicidade enganosa ou abusiva e outros instrumentos de marketing, como o envio ou entrega ao consumidor, sem solicitação prévia, de qualquer produto, promoções de venda (brindes, sorteios, amostragens, concursos, degustações de produtos, etc.); (...)

Tais práticas, via de regra, como assinalamos, não guardam relação direta com um contrato previamente concluído entre as partes, de modo a se justificar a extensão legal do conceito de consumidor para alcançá-las.

### 3.4.2 Pessoa Jurídica como Consumidor

<sup>157</sup> DENARI, Zelmo. Autor do anteprojeto recorda-se: *Lima Lopes assinala que a proteção de terceiro foi progressivamente acolhida a partir da decisão do juiz Benjamin Cardozo em Macpherson vs. Buick Co., em que se dispensava o consumidor da exigência da relação contratual direta (privity of contract) com o fabricante. Mas a jurisprudência norte-americana vacilava, ainda, a respeito da natureza contractual ou extracontratual dessa responsabilidade. O abandono decidido de qualquer tom contratualista deu-se no caso de Hennigsen vs. Bloomfield, em que se reconheceu na garantia do fornecedor uma seqüela até o usuário final, nos termos da decisão da Suprema Corte de New Jersey.* (DENARI, Zelmo. **In: Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense Universitária, ano 2001, p. 178).

<sup>158</sup> Não é possível imaginar-se que haja extensão inclusive para incluir as empresas em suas atividades negociais, pelas razões já apontadas.

<sup>159</sup> ZANELLATO, Marco A. **Noção jurídica do consumidor.** (In: *Justitia*, São Paulo:MPSP, jul/dez, 2007, p. 262.



A transição da “pessoa” para a “pessoa jurídica” é uma transição objetiva, na medida em que depende de um ato formal temporalmente determinável (o registro). No entanto, a transição da “pessoa jurídica” para a “pessoa jurídica consumidora” é uma transição subjetiva, uma vez que depende necessariamente de interpretação.

Dito isso, lançamo-nos à tarefa de interpretar. Para tanto, não basta repetir que “pessoa jurídica consumidora” é aquela que adquire produtos ou contrata serviços na condição de “destinatária final” de tais produtos ou serviços, que é o que laconicamente nos informa o art. 2º do CDC.<sup>160</sup>

O sistema jurídico experimenta o Estado do Bem Estar Social como uma irritação proveniente do sistema político que reage em termos jurídicos: passa-se a falar nas normas jurídicas típicas do Estado do Bem Estar, com sua vocação inquestionavelmente social, garantista e sobretudo expansionista, por atingir cada vez mais espaços e contextos sociais antes não normatizados.

É no contexto histórico desta “inclusão jurídica” que se localiza a iniciativa legislativa de estender também à pessoa jurídica os benefícios da tutela do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Todavia, quando a pessoa jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços é uma empresa, nem sempre ela terá a privilegiada qualificação de consumidor, pois nem sempre ela o fará na condição de destinatária final. Não obstante atuar no pleno exercício de sua atividade econômica – adquirindo, por exemplo, produtos a que ela se destina -, ela poderá operar, quando da conclusão do contrato, fora do domínio de sua especialidade ou do âmbito específico de sua atividade industrial ou comercial, ou simplesmente de sua atividade empresarial. Nesta hipótese, sem margem para dúvida, diante da verificação do elemento teleológico (destinatário final) exigido pela lei, ela poderá ser considerada consumidora.

Isso assentado ainda é necessário ver a multiplicidade conceitual de consumidor em nosso país. Aliás, no próprio Código de Defesa do Consumidor há quatro situações peculiares.

Inicialmente, o consumidor padrão (CDC, art. 2º), conceito no qual se inclui a pessoa jurídica.

De fato, retira-se do dispositivo, o pressuposto básico de que usuário ou adquirente do produto ou serviço sejam o destinatário final.

---

<sup>160</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 2a ed. Sao Paulo: RT, 2006 , p. 255.

Então, essa finalidade restringe o conceito de consumidor, o que é produtivo para a efetividade da proteção jurídica.<sup>161</sup>

Efetivamente, se a todos considerarmos consumidores, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não serve mais para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, o que não parece correto.

A falta de clareza sobre isso acarretou dissenso na doutrina e na jurisprudência. De um lado, julgados que permitiam aos empresários usufruírem dessa proteção especial, ainda quando a aquisição tivesse sido realizada no âmbito de sua atividade. A motivação, deduz-se, estava na vulnerabilidade de alguns empresários quando comparados a outros.<sup>162</sup>

Contudo, essa não é a posição majoritária na jurisprudência, pois partidária do finalismo, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>163</sup>

A pessoa jurídica não pode ser qualificada como consumidora porque utilizou o numerário para desenvolvimento de sua atividade, não como destinatária final do produto, a quem a legislação consumerista visa proteger. Já consolidado entendimento quanto à não incidência do Código de Defesa do Consumidor em contratos firmados por empresários visando o incremento da atividade negocial, com valoração de aviamento. De acordo com a teoria finalista vigente em nosso ordenamento não há qualificação como relação consumerista.

De fato, a preocupação em proteger o empresário mais vulnerável deixou de ser pertinente, principalmente depois da entrada em vigor do Código Civil em 2002, pois preencheu o vazio normativo no cenário brasileiro, pois trouxe dispositivos aptos em garantir equilíbrio e segurança dos negócios jurídicos.<sup>164</sup>

Não se pode deixar de reconhecer que no estágio em que se encontra o direito civil brasileiro impõe-se a necessidade de revisão do conceito de consumidor, com a

<sup>161</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916**. In: *Revistas dos tribunais*. n. 741. jul. 1997, p.307.

<sup>162</sup> *O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa*. Confirmam-se esses julgados REsp. 263.229-SP(DJ.09.04.2001); REsp. 208.793-MT (DJ 01.08.2000), CC 41056 / SP, Conf.Comp. 2003/0227418-6, Min. A.Passarinho, j. 23.06.2004.

<sup>163</sup> AI-SP no. 7192443900/SP, Rel. Ricardo Negrão, 19ª CD Privado, j.15.04.2008.

<sup>164</sup> SILVA, Gustavo Passarelli da. **A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito do consumidor previsto na Lei 8.078/90**. (Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4046>, acesso em 23.05.2010).

adoção da teoria finalística em seus termos originais, posto existirem atualmente meios próprios e eficazes para a defesa do interesse do jurisdicionado de um modo geral, não sendo necessário recorrer-se a diplomas específicos, como vem ocorrendo com o CDC, utilizando-se de formas ampliativas de conceituação de consumidor.

Analisando-se os artigos 931 e o parágrafo único do art. 927, ambos do diploma civil<sup>165</sup>, nota-se semelhança exuberante com a responsabilidade pelo fato do produto, tratada no artigo art. 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.<sup>166</sup>

Tanto assim o é, que o Superior Tribunal de Justiça, flexibilizando o entendimento ante então pacífico, passou a considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional, agregando novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados abaixo:

### **STJ aplica, caso a caso, CDC em relações de consumo intermediário**

A legislação criada para proteger o consumidor completou 20 anos no último dia 11 de setembro. Desde sua promulgação, a Lei n. 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, ganhou espaço no dia a dia dos brasileiros, gerando disputas judiciais sobre o tema. Estas incluem a controvérsia a respeito da aplicação do CDC quando o consumo se dá no desenrolar de uma cadeia produtiva. Discussão essa que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem enfrentado.

O artigo 2º do CDC explica o conceito de consumidor: “É toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. No entanto, o STJ tem admitido, em precedentes julgados nas turmas da Seção de Direito Privado (Terceira e Quarta Turmas), não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor.

Muito tem sido discutido, no âmbito do STJ, a respeito da amplitude do conceito de consumidor. A ministra do STJ Nancy Andrighi ressalta que “a aplicação do CDC municia o consumidor de mecanismos que conferem equilíbrio e transparência às relações de consumo, notadamente em face de sua situação de vulnerabilidade

<sup>165</sup> Art. 927..... (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

<sup>166</sup> *É a consagração, afinal, de uma das espécies de risco, o chamado risco da empresa, mercê do qual quem exerce, profissionalmente, atividade organizada tendente à colocação de bens e serviços no mercado, deve arcar com os danos que daí podem advir ao adquirente ou a terceiros. (...) como fixado em 11 de setembro de 2002, cujo conceito agora se amplia pelo art. 931 do Código Civil de 2002, imputando-se responsabilidade civil às empresas e a empresários individuais vinculados à circulação de produtos, mesmo fora de uma relação de consumo (Enunciado n. 42). Assim, aplicar-se-á o Código Civil naquelas hipóteses em que não se configure vínculo de consumo, como quando se fornece produto a outro profissional que não o utiliza como destinatário final.* (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência.** Org. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 773-774).

frente ao fornecedor”. Este aspecto (vulnerabilidade ou hipossuficiência) deve ser considerado para decidir sobre a abrangência do conceito de consumidor estabelecido no CDC para as relações que se dão em uma cadeia produtiva.

#### Consumo intermediário

A ministra Nancy Andrighi explica que, num primeiro momento, o conceito de consumidor ficou restrito, alcançando apenas a pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo, aquele que consome o bem ou o serviço sem destiná-lo à revenda ou ao insumo de atividade econômica.

Ocorre que, evoluindo sobre o tema, a jurisprudência do STJ flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. “Sob esse estopim, os julgados do STJ passaram a agregar novos argumentos a favor de um conceito de consumidor mais amplo e justo”, afirma a ministra.

Assim, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC. Mas a ministra da Terceira Turma explica que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

#### Precedente

Essa nova compreensão concretizou-se no julgamento do Resp n. 716.877, realizado em 2007, na Terceira Turma. O recurso era de um caminhoneiro que reclamava a proteção do CDC porque o veículo adquirido apresentou defeitos de fabricação. O caminhão seria utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família. O recurso foi atendido.

O relator, ministro Ari Pargendler, afirmou em seu voto que a noção de destinatário final não é unívoca. “A doutrina e a jurisprudência vêm ampliando a compreensão da expressão ‘destinatário final’ para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade”, disse.

As hipóteses ficam claras com a explicação do ministro Pargendler: “Uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família, deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor”.

#### Costureira

Em agosto deste ano, a mesma Turma reconheceu a possibilidade de aplicação do CDC e garantiu a uma costureira a validade da norma consumerista para julgamento de uma ação contra uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para atividade confeccionista. A costureira, moradora de Goiânia (GO), havia comprado uma máquina de bordado em 20 prestações. Ela protestava, entre outros, contra uma cláusula do contrato que elegia o foro de São Paulo, sede da empresa, para dirimir eventuais controvérsias.

A ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso no STJ (Resp n. 1.010.834), salientou que se admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Para a ministra, “a hipossuficiência da costureira na relação jurídica entabulada com a empresa fornecedora do equipamento de bordar – ainda que destinado este para o incremento da atividade profissional desenvolvida pela bordadeira – enquadrada-a como consumidora”.

No caso, a Terceira Turma analisou a validade de cláusula de eleição de foro constante no contrato. Como foi adotado o sistema de proteção ao consumidor, os ministros entenderam serem nulas “não apenas as cláusulas contratuais que

impossibilitem, mas as que dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário”.

#### Freteiro

Em outro caso julgado na Terceira Turma, os ministros julgaram recurso de um freteiro que adquiriu caminhão zero quilômetro para exercer a profissão (Resp n. 1.080.719). Ele pedia que fosse aplicada a inversão do ônus da prova, prevista no CDC, em uma ação de rescisão contratual com pedido de indenização, em razão de defeito no veículo.

A Terceira Turma considerou que, excepcionalmente, o profissional pode ser considerado consumidor “quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência, quer fática, técnica ou econômica”.

O caso era de Minas Gerais. A decisão do STJ reformou entendimento do Tribunal de Justiça estadual e determinou a concessão do benefício da inversão do ônus da prova.

#### Produtor rural

Recentemente, a Terceira Turma decidiu aplicar o Código Civil (CC), em vez do CDC, num litígio sobre a venda de defensivos agrícolas a um grande produtor de soja de Mato Grosso. O relator do recurso é o ministro Massami Uyeda (Resp n. 914.384).

A questão chegou ao STJ depois que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso reconheceu haver relação de consumo caracterizada entre a empresa e o produtor rural. Na ocasião, o Tribunal local entendeu que ser produtor de grande porte não retiraria dele a condição de consumidor, uma vez que os produtos adquiridos foram utilizados em sua lavoura, o que o tornaria destinatário final do produto.

Inconformada, a empresa recorreu ao STJ. O ministro reformou o entendimento. “O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas”, afirmou.

No caso analisado, o STJ afastou a aplicação da inversão do ônus da prova e possibilitou o prosseguimento, na Justiça estadual, da ação revisional do contrato de compra, porém amparada na legislação comum, o Código Civil. (STJ, Resp 716877; Resp 914384; Resp 1080719; Resp 1010834)<sup>167</sup>

Diferenciada é a compreensão dos consumidores por equiparação, conforme referência feita no parágrafo único do mesmo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que acolhe universalidades de consumidores, atingidos em seus interesses e que por isso podem ser protegidos inclusive no âmbito judicial (CDC, art. 81):<sup>168</sup>

Desta forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se

<sup>167</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99044](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99044). Acesso em 19.09.2010.

<sup>168</sup> FILOMENO, José G. Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado**, op. cit., p. 35.

previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis (...).

Os referidos dispositivos “art. 2º, § único e arts. 81 e ss” possuem a grandeza de abrirem caminho ao trato da tutela jurídica coletiva e difusa dos consumidores, o que, de certa forma, já estava razoavelmente costurado na Lei 7.347/85.<sup>169</sup>

### 3.4.3 Conceito de Fornecedor

O Código de Consumidor estabelece no seu art.3º o conceito de fornecedor, afirmando:

Art.3º- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O art.3º §1º e §2º conceituam o que vem a ser produto e serviço, estabelecendo:

Art. 3º (...)

“§ 1º - Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

“§2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancárias, financeiras, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

---

<sup>169</sup> ZANELATO, Marco A. **Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor**. (In: Atuação jurídica especial – defesa do consumidor. Florianópolis: Associação catarinense do Ministério Público, 2002, n. 10, p. 39-52).

Na conceituação do “fornecedor” também são várias as possibilidades, mas preferível a que concebe como o sujeito que provê ou abastece mercadorias ou serviços aos consumidores.<sup>170</sup>

Como um dos sujeitos da relação de consumo, o fornecedor foi definido pelo legislador brasileiro de modo amplíssimo (CDC, art. 3º): “(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Grande auxílio empresta o direito empresarial no aprofundamento do conceito de um dos sujeitos da relação jurídica, pois o núcleo central desse ramo da ciência é a profissionalidade.

Outro aspecto importante é a bilateralidade da relação, pois esta exige que haja um sujeito consumidor ocupando um dos pólos da relação, o que de pronto exclui relações trabalhistas.<sup>171</sup>

Também o poder público está apto a essa posição jurídica, por si ou nas suas formas derivadas de prestação de serviços “concessionárias, permissionárias, empresas públicas e outras” (CDC, art. 3º e 22).

Além dos fornecedores, individualmente considerados, é ponderável o exame da rede ou cadeia de fornecedores.

Aliás, no novo contexto econômico o individualismo contratual cedeu passo à contratação em cadeia ou grupal, pois na atualidade não se imagina, que o acesso aos bens e serviços, de fato, provenha de um único fornecedor.

---

<sup>170</sup> Para Plácido e Silva “fornecedor é comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessários ao seu consumo”. (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 1973, vol. 2. p. 714).

<sup>171</sup> Aplicabilidade do CDC aos serviços bancários: ADI 2591/DF- Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 07/06/2006, Tribunal Pleno. Repte: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO x Reqdo: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL. EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIACÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA (ART. 3º, § 2º, DO CDC). MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL”

A demanda dos consumidores exigiu que as empresas armassem rede ou no mínimo colaboração empresária. Essa colaboração não é circunstancial, mas sistemática, envolvendo muitos contratos dos quais derivam direitos e deveres, em que há menos contraposição dos interessados e mais grupos de colaboração.

Macedo Junior ao estudar a teoria dos contratos relacionais, esclarece que os contratos, de fato, são, antes de tudo, instrumentos de cooperação social.<sup>172</sup>

Com efeito, o fornecimento envolve redes de atividades conexas e interdependentes, ampliando assim a própria relação de consumo. Basta que uma das várias relações da rede seja de consumo.<sup>173</sup>

Haverá relação de consumo sempre, que o contrato entre empresas para o fornecimento de bens ou serviços atinjam consumidores finais, trabalhadores vulneráveis e não envolva a aquisição de insumos ou bens de produção. Os planos de saúde e de previdência privada pagos integralmente pelo empregador em favor de seus funcionários estão submetidas ao CDC naquilo que afetarem os interesses dos consumidores.

Claro, cada um dos empresários se une à rede por interesses particularizados, mas esses ajustes mercantis repercutem diretamente sobre os direitos dos consumidores, produzindo um encadeamento profissional no fornecimento de bens e serviços.

Sob o ponto de vista jurídico, todos os parceiros são garantes de uma única operação econômica para os fins de proteção dos consumidores.<sup>174</sup>

O conceito de fornecedor também se ampliou e seguindo a linha alemã, rumou ao conceitual de empresariado.<sup>175</sup>

(novo §14 do BGB). Esta definição de fornecedor é diferente, pois, em verdade, optou pela expressão empresário. Empresário (Unternehmer), segundo o novo § 14 do BGB, é uma pessoa física ou pessoa jurídica ou uma sociedade de pessoa, que na conclusão de um negócio jurídico está usando de ou com a finalidade de sua atividade profissional, própria ou comercial. (...) Na definição alemã, a concentração é toda na atividade profissional ou comercial do agente no mercado, não no fato

<sup>172</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo P. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 46

<sup>173</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo P. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 42-48.

<sup>174</sup> RIBEIRO, Luciana Antonini. **A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais**. (In: A nova crise do contrato e a nova teoria contratual. Marques, Cláudia Lima (org). São Paulo: RT, p. 429-482).

<sup>175</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços**. In: Revista de direito do consumidor. n.º. 35, São Paulo: RT, 2000, p. 61 ss.



deste agente, fornecer algum produto ou serviço, remunerado ou não, neste mercado globalizado e desmaterializado.

Isso modificou o conceito dos fornecedores no mercado de consumo. Exemplos não faltam no reconhecimento disto, principalmente quanto à responsabilidade solidária havida entre vários empresários, por exemplo, que prestam serviços de cadastramento dos inadimplentes, realizam intermediação de serviços e outros.

Outra marca típica na relação de consumo é a remuneração. Isso não significa necessariamente pagamento, pois diferente não haveria explicação para as duas hipóteses que dispensam desembolso pecuniário (CDC, arts. 17 e 29).

Colacionem-se as lições de MARQUES sobre o melhor entendimento da expressão “mediante remuneração” contida no art. 3º da Lei 8.078/90.<sup>176</sup>

A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) (uma remuneração indireta do serviço de consumo). (...) O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser remunerado, não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte, art. 230, § 2º, da CF/88) o tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja oneroso.

O legislador abriu três possibilidades: i) remuneração direta feita pelo consumidor; ii) indireta, por exemplo, nas práticas de marketing, onde o custo é diluído no preço final; iii) serviços totalmente gratuitos, mas que ainda sim garantem ao fornecedor ganhos inerentes à sua empresarialidade.<sup>177</sup>

Aliás, gratuidade em regra é falácia, como desvendado no julgado sobre os contratos de depósitos em conta de poupança em que se reconheceu a remuneração implícita.

Na compra e venda é fácil ver o pagamento ou promessa de pagamento, o mesmo ocorre na prestação de serviço (transportes, lavanderias, restaurantes etc), mas sutil é a interpretação, por exemplo no marketing empresarial, concebido como uma das muitas atividades praticadas para escoar a produção.

---

<sup>176</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços**. In: Revista de direito do consumidor. n.º. 35, São Paulo: RT, 2000, p. 328-329.

<sup>177</sup> MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993, p. 82.

Com esse objetivo a empresa adota direta ou indiretamente técnicas e métodos, que se distinguem da produção *lato sensu*, nem sempre diretamente remuneradas pelo consumidor.<sup>178</sup>

O marketing empresarial, conforme configuração a ele dada por sua própria teoria, corresponde às atividades de pré-venda da empresa e, enquadra-se, indubitavelmente, como uma espécie de prática comercial, qualificando-se como uma prática comercial por conexão, não tendo natureza contratual, mas pré-contratual, já que a função mercadológica do marketing, sob a ótica empresarial, é, justamente, provocar um aumento na demanda; ou seja, diferentemente de ser um ato de fornecimento em si, consiste em uma prática que a este leva ou induz, representando, assim, a atividade empresarial que provoca o consumo e, *ispo facto*, um aumento da lucratividade, além de providenciar, ao consumidor, os serviços de pós-venda (os quais, de um certo ponto de vista, visam futuras vendas).

Brilhantes os esclarecimentos sobre a remuneração feita na publicidade, na voz de Fábio H. Podestá:

Registrem-se, aliás, que o mesmo Código de Defesa do Consumidor regula as conseqüências da publicidade abusiva e enganosa (art. 36 usque 38) cujas hipóteses não pressupõem qualquer relação contratual entre o emissor da mensagem (via de regra, fornecedor) e o seu receptor (o consumidor).<sup>179</sup>

Enfim, se a remuneração é sempre indispensável, ela pode ser feita por várias formas, não apenas pelo tradicional pagamento ou promessa de pagamento.

#### **3.4.4 Fornecedor a Título Gratuito**

O conceito de fornecedor encontra-se no art. 3º do CDC, que assim dispõe:

---

<sup>178</sup> SANTOS, Fernando G. **Direito do marketing**. São Paulo: RT, 2000, p.133.

<sup>179</sup> PODESTÁ, Fábio H. **Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial**. São Paulo: RT, 2002, p. 122.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Pouco se discute na doutrina a respeito do conceito de fornecedor, tendo em conta a clareza e larga abrangência da definição pretendida pelo legislador.

Todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, além de entes despersonalizados, são consideradas fornecedores. Não há qualquer exclusão relacionada à espécie de sociedade, restando claro que o legislador pretendeu atingir todo e qualquer modelo.

Nesse sentido, segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes:

São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.<sup>180</sup>

O Código consumerista tratou o fornecedor como o gênero, dentro do qual se inserem as espécies: comerciante, fabricante, industrial, segurador, importador etc. Incluem-se no conceito, portanto, todos aqueles que participaram da cadeia de produção e comercialização, ou seja, todos os intermediários da cadeia produtiva.

A doutrina de José Geraldo Brito Filomeno assinala que são considerados fornecedores:

[...] todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor nos casos de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a

<sup>180</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed., rev., mod. e at. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 86.

solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa oferecer aos mesmos consumidores.<sup>181</sup>

O enquadramento no conceito de fornecedor pressupõe que o ato negocial tenha sido praticado com caráter profissional. Dessa maneira, não é considerado fornecedor a pessoa física que, por exemplo, vende um imóvel de sua propriedade, já que não praticou este ato de forma profissional, mas sim esporádica.

A definição de produto inserta no §1º do art. 3º do CDC não comporta grandes discussões. Dos termos de referido dispositivo extrai-se que produto é tudo “aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação”.<sup>182</sup>

Por fornecedor, entende-se, pois, todo aquele que fornece ou participa do processo produtivo de bens – de todo e qualquer gênero – colocados à disposição do mercado.

Os serviços, definidos no §2º do art. 3º do CDC, podem ser objetos da relação de consumo. A característica marcante da definição de serviços consiste na remuneração.

A configuração da relação de consumo, portanto, pressupõe que o serviço seja prestado mediante remuneração, salvo se decorrente de relação de trabalho, ou seja, mediante vínculo de subordinação e dependência, hipótese em que deve ser regulada pela legislação trabalhista.

A remuneração pode ser direta ou indireta.<sup>183</sup> Diz-se direta quando o consumidor efetua o pagamento diretamente ao fornecedor e indireta quando a remuneração está embutida em outros custos. É o que ocorre, por exemplo, com o serviço de estacionamento oferecido por supermercados. O consumidor não efetua o pagamento direto deste serviço, porquanto, em regra, o respectivo custo está embutido nos produtos oferecidos pelo estabelecimento, de maneira que, ao adquirir seus produtos o consumidor está remunerando indiretamente o serviço de estacionamento.<sup>184</sup>

Com efeito, não se pode confundir serviço remunerado indiretamente com serviço gratuito, este, sim, afastado da incidência do CDC.

Por serviço gratuito entende-se aquele prestado no exclusivo interesse do beneficiário, desprovido de qualquer vantagem financeira ao prestador. São os serviços que

<sup>181</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 47.

<sup>182</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 65.

encerram camaradagem, amizade, benemerência e absoluta ausência de vantagem financeira.<sup>185</sup>

Cuidou o legislador de indicar alguns exemplos de serviços para fins de configuração da relação de consumo, mas o fez de forma meramente exemplificativa, não exaurindo o rol de atividades que também se enquadram no conceito.

Por fim, anote-se que os serviços públicos, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, também estão sujeitos às regras do microsistema, desde que remunerados diretamente pelo consumidor, por tarifa ou preço público.

Conforme a lição de José Geraldo Brito Filomeno, o contribuinte não se confunde com o consumidor, já que no primeiro caso existe uma relação de direito tributário, “[...] inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum”.<sup>186</sup>

O mesmo entendimento é adotado por Sérgio Cavalieri Filho, para quem, somente os serviços remunerados por tarifa podem ser regidos pelo CDC, em razão do direito de escolha do usuário, um dos direitos básicos para o reconhecimento da condição de consumidor.<sup>187</sup>

Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, I e II, DO CPC – INEXISTÊNCIA – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal de origem bem fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, as teses defendidas pelo recorrente. 2. Inviável, da mesma forma, esse recurso, pela alínea ‘c’ quando não observados os requisitos dos arts. 255 e parágrafos do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC, na caracterização do dissídio jurisprudencial, já que não demonstrada a similitude de suporte fático mediante cotejo analítico. 3. 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, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 4. 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 públicos. 5. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização,

<sup>185</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

<sup>186</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 53.

<sup>187</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.

que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 6. 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. 7. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 8. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido”. (STJ. REsp 1062975/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma, julgado em: 23/09/2008, DJe 29/10/2008).

Assim, entende a referida Corte que os serviços prestados por concessionárias devem ser 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.

### 3.4.5 Conceito de Produto

O artigo 3º, § 1º do CDC, expressamente, estabelece que produto é “qualquer bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo”. Ou seja, todas as coisas são produtos, desde que suscetíveis de valoração econômica.

José Geraldo Brito Filomeno diz que para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.<sup>188</sup>

Rizzatto Nunes<sup>189</sup> esclarece que da necessidade de interpretação sistemática do CDC nascerá também a hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão do art. 26, que trata da garantia legal ou prazo para reclamar da existência de vícios.<sup>190</sup>

Roberto Senise Lisboa ensina que produto durável é aquele cujo consumo não importa na sua imediata destruição física. Exemplo: eletrodomésticos, automóvel,

<sup>188</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª. ed. (revista e ampliada). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 48.

<sup>189</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso prático de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 91.

<sup>190</sup> Prazos que são de 30 e 90 dias, produtos ou serviços não duráveis e duráveis – artigo 26, I e II.

computador, móveis. Produto não durável é aquele cujo consumo acarreta a sua imediata destruição física.<sup>191</sup>

A noção de produto trazida pelo CDC é no sentido de se considerar como produto qualquer bem que tenha sido colocado em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor.

Conforme Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>192</sup>:

O conceito de produto não apresenta restrições, no direito brasileiro para efeito da responsabilidade por danos causados por produtos defeituosos. Diferentemente, no direito comunitário europeu, a Diretiva nº 85/374/CEE estabeleceu diversas restrições quanto aos produtos abrangidos pela regulamentação da responsabilidade do produtor. Os bens imóveis foram taxativamente afastados pela diretiva européia do seu âmbito de incidência, estabelecendo-se uma discussão doutrinária em torno do regime jurídico aplicável aos bens móveis incorporados aos bens imóveis.

No Brasil, não há nenhuma discussão doutrinária, estando enquadrado no conceito, qualquer produto móvel ou imóvel.

### 3.4.6 Conceito de Serviço

A definição de serviço, encontra-se no art. 3º, § 2º, que assim dispõe: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A definição é abrangente, ficando excluídas as atividades que não sejam remuneradas, bem como as relações trabalhistas.

Relativamente às relações de caráter trabalhista até a EC 45 não cabia nenhuma dúvida. Com a EC nº 45/04 e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passa a

---

<sup>191</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, 2 ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 173.

<sup>192</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil do consumidor e a defesa do Fornecedor**, 2 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 123.

dirimir e julgar conflitos das relações de trabalho e não só de emprego, o que parecia tranqüilo, inicialmente trouxe discussões.

As discussões passaram a surgir especialmente no tocante aos profissionais liberais. Com efeito, e de maneira sucinta, é preciso identificar o conflito entre as partes para se decidir pela competência da Justiça. Se o conflito for de consumo, a Justiça competente para dirimir e julgar é a Comum; se o conflito for de relação de trabalho, a Justiça competente é a Especial (Trabalho).

O legislador constitucional, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, de modo acertado, abarcou as relações de trabalho (que é gênero da espécie emprego), em atendimento ao próprio texto constitucional (art. 7º).

A lei é clara e diz que serviço é qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo.

A norma faz uma enumeração específica que tem uma razão de ser. Enumera expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, antecedido do advérbio “inclusive”. São serviços por força de lei.<sup>193</sup>

O CDC define também serviço por natureza<sup>194</sup>, isto é, aquela atividade fornecida mediante “remuneração”. E a remuneração deve ser verificada no sentido mais estrito possível, ou seja, qualquer repasse direto ou indireto do custo caracteriza remuneração, não necessariamente o cobrado.

É preciso algum tipo de organização para entender-se o alcance da norma. Para estar-se diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço. Não é, por exemplo, o caso do estacionamento do *shopping*, que não cobra pela guarda do veículo, mas cobra de forma embutida no preço das mercadorias.

Vale dizer, o sentido da remuneração significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão remuneração

---

<sup>193</sup> Ver a esse respeito Roberto Senise Lisboa. (LISBOA, Roberto Senise. **A livre iniciativa e os direitos do consumidor**, *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano I, nº 3, Abril, Maio, Junho, 2003, p. 175.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 175.



permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar uma remuneração indireta do serviço de consumo.

A oferta e o marketing de atividades de consumo “gratuitas” estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (transporte de passageiros idosos gratuito, viagens-prêmio, coquetéis gratuitos, lavagens de carro de brinde etc.).

Importante frisar aqui que o art. 3º, § 2º do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não à sua gratuidade. “Remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo, não sofre um *minus* em seu patrimônio. O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser “remunerado”, não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte, art. 230, § 2º, da CF/88) o tenha remunerado diretamente, isto é, para que o serviço seja oneroso, também não importa se o serviço (transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será “desinteressado” ou de “mera cortesia”.

Note-se que mesmo serviços gratuitos ligados ao marketing são regulados pelo CDC (a exemplo do art. 39 que regula as amostras grátis, o art. 37, a publicidade), assim como os serviços ligados à manutenção das concessões (como é o caso dos transportes gratuitos) e ao próprio comércio (como é o caso dos bancos de dados, regulado pelo art. 43 e ss. do CDC). Estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remunerados indiretamente na manutenção do negócio principal, na fidelidade dos consumidores daí oriunda (exemplo: cartões de milhagem etc.), nos efeitos positivos do marketing usado, enfim, no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça considerou de consumo as ofertas gratuitas para pessoas de mais idade. Neste sentido, bem especifica a Súmula 145 do STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportando quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Observe-se, também, que pelo fato de a norma fazer referência a serviço mediante remuneração e calar-se no que respeita aos produtos, isso não significa que produto gratuito não esteja incluído nas garantias do CDC. A chamada “amostra grátis” deve ter todas as características exigidas e está sujeita às regras relativas aos vícios, defeitos, etc.

Da mesma forma como o produto, o mercado acabou criando os chamados serviços tidos como duráveis, tais como os serviços contínuos (por exemplo, serviços de convênio de

saúde, os serviços educacionais regulares em geral etc.) e não duráveis, que uma vez prestados encerram-se. A hipótese dessa divisão está tratada no art. 26, I e II.

No tocante às outras situações relacionadas ao serviço, como, por exemplo, serviços públicos, de crédito, securitário, bancário, não será objeto específico de tratamento nesse trabalho.

Com efeito, o que deve ficar claro é que o CDC se aplica aos serviços mencionados, não havendo argumento capaz de afastar aplicação de suas regras.

#### 4 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO GERAL DA ORDEM ECONÔMICA

A livre concorrência é princípio geral para o fomento da economia na sociedade permitindo aos seus agentes econômicos o desenvolvimento de ações próprias para incremento do mercado.

A defesa do consumidor destaca-se dentre os princípios gerais da ordem econômica preceituados pela Constituição Federal.

O Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, deve exercer a atividade fiscalizadora do mercado de consumo, incentivando e planejando as funções que nele devem ser verificadas, sem olvidar os interesses dos destinatários finais de produtos e serviços.

Todavia, o planejamento adotado pelo Estado tão-somente poderá ser indicativo para a atividade empresarial, de vez que a ele somente são obrigadas a se submeterem as entidades do setor público, em face da desregulamentação econômica (art. 174, da Constituição Federal).<sup>195</sup>

Ao Estado, contudo, é vedada a exploração direta da atividade econômica, ressalvadas as hipóteses de segurança nacional ou de relevante interesse difuso ou coletivo (art. 173, da Constituição Federal).

A necessidade de exploração direta da atividade econômica por parte do Estado deve ser fixada em lei, constituindo-se em autêntica outorga de livre iniciativa econômica ao mesmo dentro do sistema capitalista regulamentado existente.

A Constituição Federal admite o exercício direto ou indireto da atividade econômica, pelo Estado, de forma supletiva (*princípio da subsidiariedade da atividade estatal no mercado de consumo*) ou nos seguintes casos:

a) na prestação de serviços públicos, ainda que através de concessão ou permissão (art. 175, da Constituição Federal);

---

<sup>195</sup> Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 5ª Ed., Ed. Forense, 2004, p. 190.

b) na pesquisa, lavra e aproveitamento dos recursos minerais e da energia hidráulica (art. 176, da Constituição Federal); e

c) no exercício do monopólio sobre o petróleo, os minérios e os materiais nucleares (art. 177, da Constituição Federal).

As entidades da administração pública indireta que vierem a explorar a atividade econômica em regime diverso de monopólio não poderão se beneficiar de privilégios fiscais não extensivos às demais empresas, devendo sujeitar-se ao mesmo regime jurídico a elas aplicado, para se impedir a posição dominante por motivos estranhos à liberdade de concorrência.

O Estado pode também assumir as funções de gestor de uma empresa privada, quando os interesses difusos e coletivos, isto é, a ordem social, assim o permita, por força da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, para normalização da atividade empresarial ou, se for o caso, promoção de sua liquidação extrajudicial.

Na condição de gestor da atividade empresarial, o Estado deverá assegurar o crescimento sustentado da economia, com o equilíbrio da balança de pagamentos; utilizando plenamente os fatores de produção, com uma relativa estabilidade dos preços.

Os consumidores devem ser tutelados, para que seus direitos prevaleçam, diante da situação desfavorável causada pela concorrência desleal. É de vital importância a existência de uma representatividade ativa dos consumidores nos diversos centros de discussão política e econômica, assim como a outorga de um maior poder de negociação ao consumidor, que deve obter todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço fornecido.<sup>196</sup>

#### **4.1 A Livre Iniciativa Versus Direito Do Consumidor: Colisão de Direitos Fundamentais?**

---

<sup>196</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 5ª Ed., Ed. Forense, 2004, p. 199.

Colisão significa choque entre duas situações ou dois objetos. No estudo, colisão será entendida como “embate gerado na aplicação de dois bens distintos, em dado caso concreto.”<sup>197</sup>

Na aparente colisão de princípios, diversamente do que sucede com a aparente colisão de regras ou entre regra e princípio, o que se deve buscar é a eficácia de ambos, com limites de atuação, impostos um sobre o outro, e vice-versa, a fim de que possam coexistir juridicamente e no mundo fático, ante a sua aplicação concreta.

Como se observou, os direitos do consumidor são direitos fundamentais, sendo a sua defesa um princípio geral da ordem econômica, aliado à valorização do trabalho e à livre iniciativa (arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal).

No ordenamento jurídico, princípios não disciplinam situação jurídica específica, não entram em choque, são compatíveis entre uns com os outros. Desta forma, diante dos princípios constitucionais há que se buscar uma aplicação harmônica do direito.

A livre iniciativa e a defesa dos direitos do consumidor devem observar o *princípio da compatibilização dos direitos do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico*, sem sacrifício daqueles direitos.

Os princípios constitucionais não podem ser considerados opostos entre si, motivo pelo qual não se concebe a eliminação pura e simples da livre concorrência, para a tutela dos consumidores.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor devem ser analisados de acordo com os limites impostos a cada qual, para a harmonização do mercado e a consolidação do que estatui o texto constitucional.

Destarte, a defesa do consumidor deve ser assegurada pelo Estado, que também deverá assegurar, por outro lado, a livre concorrência empresarial, cujos limites se encontram na tutela dos destinatários finais de produtos e serviços.

As relações jurídicas entre os fornecedores e os destinatários finais de produtos e serviços devem se orientar pelo princípio da boa-fé objetiva, além da boa-fé subjetiva, buscando-se a harmonização dos interesses dos integrantes da relação de consumo, sem a existência de danos patrimoniais ou morais do consumidor.

---

<sup>197</sup> DUQUE, Bruna Lyra. **O Direito Contratual e a Intervenção do Estado**. V. 6. São Paulo: RT, 2007, p.152.

Torna-se obrigatória, assim, a conclusão segundo a qual o ato mercantil ou empresarial não pode ser vislumbrado como situação isolada e meramente um ato econômico do seu agente, tendo em vista que deve ser observado o *princípio da compatibilização*.

O *princípio da compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa* somente pode vir a ser adotado nos sistemas em que se permita a intervenção estatal, na busca do equilíbrio das relações de consumo.

Para tanto, é necessário reconhecer-se que o princípio da igualdade formal é insatisfatório, razão pela qual se justifica plenamente, diante das diferenças socioeconômicas entre o consumidor e o fornecedor, a fixação do *princípio da vulnerabilidade consumidor* (art. 4º, I, da Lei nº 8.078/90), o que se deve entender como razoável, não somente pelo maior poder econômico do fornecedor como regra, mas, inclusive, pelo exercício da posição dominante de um fornecedor no mercado de consumo, impondo preços e controlando a oferta dos produtos e serviços que oferece, em detrimento do frágil consumidor.

Nesse aspecto, interessante citar o entendimento de Paulo Salvador Frontini, exposto em classe no dia 15 de outubro de 2009, para quem o princípio da vulnerabilidade é “princípio fundante”, portanto, “preceito básico”, esculpido no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.<sup>198</sup>

Por outro lado, deve-se observar se a atividade empresarial foi efetuada, no caso concreto, de forma razoável (*princípio da razoabilidade dos atos empresariais na análise da concorrência desleal*).<sup>199</sup>

A livre iniciativa, fundamento da ordem econômica brasileira não pode ser em caráter absoluto. Deve observar os princípios que lhe regem, dentre os quais, repita-se, o da defesa do consumidor.

O direito positivo pátrio fixou diversas normas jurídicas cuja finalidade é a tutela dos consumidores e dos concorrentes da atividade empresarial. Algumas legislações protegem, por via direta, o primeiro ou o segundo grupo mencionados. Outras, a ambos.

Convém destacar, dentre as legislações protetivas dos princípios constitucionais da ordem econômica:

---

<sup>198</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. **Curso de Pós Graduação – Mestrado – UNIFIEO**. Comunicação Pessoal, 2009.

<sup>199</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 345-346.

- a) a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);
- b) a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Crimes contra a economia popular);
- c) a Lei nº 8.884/94 (Lei antitruste):
- d) a Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo).

No exercício da livre iniciativa, é perfeitamente compatível a prática de atos tendentes à concorrência leal, na busca do crescimento econômico da empresa, para a satisfação dos interesses de seus sócios ou de seus acionistas; o que, reflexamente, pode acarretar a percepção de vantagens em prol do consumidor.

A legislação brasileira antitruste (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), no entanto, estabelece formas preventivas e repressivas aos atos e contratos que ela considera ofensivos à ordem econômica.

Não se trata de legislação de caráter penal, apesar de, em muitos de seus dispositivos, conferir essa falsa impressão ao intérprete menos atento. As sanções previstas na lei antitruste são de natureza eminentemente administrativa, e não se confundem com as penas previstas em legislações esparsas, de natureza criminal, como as Leis nº 1.521, de 26.12.1951, e nº 8.137, de 27.12.1990.

O agente causador dos atos de concorrência desleal sujeita-se à responsabilidade objetiva, imputando-se a regra da solidariedade em desfavor de todas as entidades integrantes do grupo econômico (arts. 17 e 20, da Lei nº 8.884/94).

De pouca valia para o mercado e para os consumidores que a ele integram se a empresa pretendeu ou não praticar, com dolo ou culpa, a restrição ou a supressão da concorrência, de vez que o elemento volitivo, aqui, em nada alterará os reflexos do ato ou do negócio celebrado, que acaba por impor a desorganização econômica, ainda que em grau mínimo, sobre o mercado. O que importa, a este respeito, são os efeitos negativos sobre o mercado, do ponto de vista econômico, para caracterização da responsabilidade do agente.

A atual legislação antitruste adotou a teoria objetiva da consequência dos atos e contratos empresariais sobre o mercado e os consumidores.

Dentre as práticas de concorrência desleal, cumpre destacar:

- a) a *confusão entre estabelecimentos* - a utilização indevida do nome da empresa concorrente, assim como de sua marca ou de seus sinais distintivos, vindo a captar a clientela

que, necessariamente, não buscaria integralmente o seu fornecimento de produtos ou de serviços.

b) a *confusão entre produtos ou serviços* - a utilização de marca igual ou similar à do concorrente acaba por fazer com que o consumidor venha a adquirir produtos ou serviços de procedência diversa daquela que ele pretendia, pois o tratamento despersonalizado dispensado à massa dos destinatários finais de produtos ou de serviços inibe, muitas vezes, o conhecimento pleno que o consumidor deve ter acerca do bem que adquiriu.

A confusão entre a procedência e a qualidade dos produtos pressupõe, certamente, a existência do produto anterior com o qual o produto novo será confundido pelo consumidor, por se tratar de imitação.<sup>200</sup>

c) a *contrafação de marcas ou de sinais distintivos* - o concorrente que se utiliza indevidamente de marcas ou sinais distintivos e caracterizadores de outra empresa com nome mais bem conceituado no mercado de consumo acaba por obter uma captação indevida de clientela, conquistando uma fatia do mercado naturalmente destinada à empresa que sofreu os danos pelo uso indevido de sua marca ou sinais, sendo desnecessário, no âmbito civil, a demonstração da culpa ou dolo do agente.

d) a *publicidade ofensiva à honra* - a veiculação de anúncios ofensivos à honra do concorrente pode vir a proporcionar não apenas prejuízos morais ao mesmo, mas ainda, como conseqüência, danos patrimoniais relacionados com a perda da clientela, isto é, dos consumidores que ordinariamente adquiriam os produtos ou os serviços.

Dentre as diversas modalidades de publicidade, ressalta a publicidade comparativa, que pode acabar por denegrir a honra do concorrente, ainda que subliminarmente; bastando, simplesmente, a possibilidade de o consumidor médio poder identificar a respeito de que fornecedor se está falando de forma desfavorável.

Os efeitos da publicidade sobre a massa de consumidores pode ser deletério para a atividade empresarial, pois é sabido que os destinatários da mensagem acabam, muitas vezes, por se envolverem e aceitarem o seu conteúdo, ainda que enganoso por comissão ou por omissão, como se fosse verdadeiro.

Desse modo, o comportamento geral da massa de consumidores pode se alterar significativamente, em prejuízo do concorrente cuja honra foi ofendida, sem qualquer

---

<sup>200</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Op. cir., p. 54-58.



vantagem lícita que pudesse vir a ser conferida em favor do destinatário final de produtos e serviços.

e) a *quebra do sigilo empresarial* - é desnecessário frisar que a violação do segredo constitui ofensa a direito personalíssimo, reconhecido como liberdade pública, pelo texto constitucional.

A quebra do sigilo empresarial acaba por proporcionar danos ao titular do segredo, uma vez que o mesmo torna-se público extemporaneamente, em relação aos seus legítimos interesses, além do que pode vir a ser indevidamente aproveitado pela concorrência, em atos de adoção do segredo, para fins de fornecimento de produtos e serviços, bem como para adoção de técnicas diversas que inviabilizam a estratégia mantida, até então em sigilo, pelo concorrente.

f) o *desrespeito à cláusula de não-concorrência* - O alienante de um estabelecimento comercial que acaba por fixar o mesmo negócio na área de influência na qual o adquirente irá exercer as suas atividades pode estar cometendo infração contratual consistente em efetivar concorrência com este, caso não venha a observar os limites de atuação impostos pela cláusula contratual em questão.

Encontra-se implícita na alienação de estabelecimento comercial a cláusula de cessão de clientela, cujo fundamento é, sem dúvida, o princípio da boa-fé contratual,

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), fixa a responsabilidade objetiva decorrente de ilícitos cometidos contra a ordem econômica, a saber:

a) limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa (art. 20, I);

b) dominar mercado relevante de produtos ou serviços aproveitando-se de sua posição dominante para o exercício da atividade empresarial, de forma abusiva (art. 20, II e IV); e

c) aumentar arbitrariamente os lucros (art. 20, II).

Qualquer conduta empresarial que possa ser vislumbrada em conjugação com uma dessas hipóteses caracteriza delito contra a ordem econômica, ante a desnecessidade de demonstração da culpa ou do dolo do agente.

Dentre as hipóteses elencadas no art. 21 da mencionada lei, destacam-se:

a) a imposição de preços excessivos ou o aumento injustificado de preços;

- b) limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado;
- c) impedir o acesso do concorrente às fontes de insumo e aos canais de distribuição;
- d) ajustar vantagens prévias na concorrência pública;
- e) provocar a oscilação de preços de terceiros, mediante mudanças artificiais do mercado;
- f) interromper ou reduzir a produção, sem justificativa;
- g) vender produto abaixo do seu valor de custo, sem justificativa;
- h) reter indevidamente bens de produção ou de consumo;
- i) subordinar a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro, e vice-versa;
- j) recusar o fornecimento de produtos e serviços, nas condições normais de mercado.

Com o objetivo de proteger os direitos do consumidor e regular a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, o legislador veda o aproveitamento da posição dominante da empresa, no mercado, para a prática abusiva.

Posição dominante é a situação econômica da empresa ou da concentração de empresas perante o mercado relevante de consumo, como controladora do mesmo, pouco importando se a atuação econômica em questão se dá na condição de fornecedora direta ou indireta de produtos e serviços, ou, ainda, com a intermediação (o que também equivale, na legislação consumerista, a fornecimento indireto).

Presume-se, sem a possibilidade de produção de prova em sentido contrário, a posição dominante da empresa ou de grupos de empresas que acabam por concentrar a economia de um dado mercado relevante em 20% (vinte por cento), produzindo efeitos econômicos anticoncorrenciais em todo o Mercosul, caso em que se torna obrigatório de controle de suas operações, pelo Estado intervencionista.

Aliás, a introdução de um produto no mercado de outro país a preço vil, quando o preço de exportação (ou seja, o preço recebido pelo produtor, no lugar de embarque da mercadoria, descontadas as despesas necessárias ao seu transporte e venda na praça de destino) é inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais ordinárias, caracteriza o *dumping*, típica prática de concorrência desleal.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1990, p. 47-55.

Assim, o exercício da posição dominante não é, por si só, ilícito, mas o reconhecimento de tal situação de domínio econômico pode ser presumido, pela simples concentração econômica em prol de uma empresa ou de um conglomerado de empresas.

Realmente, a empresa que se encontra em posição dominante no mercado pode ter se desenvolvido mediante o seu crescimento interno, bem como por fatores de transformação, que não provocaram práticas necessariamente tidas como desleais, tais como: a constituição de *trustees* ou de *holdings*, a fusão de empresas ou a concentração de empresas, por meio de conglomerados.

Não se faz necessária a exclusividade absoluta no mercado, para caracterização da *posição relevante*, bastando que a atuação empresarial venha a dificultar ou impossibilitar a realização de contratos entre o consumidor e outros fornecedores.<sup>202</sup>

De igual modo, a pura e simples constituição de monopólio ou de oligopólio não serve para caracterizar a empresa como aproveitadora, de forma abusiva, de sua posição dominante.

A empresa ou o grupo de empresas que atua economicamente no mercado relevante, em abuso de direito - que deve ser analisado sob o prisma objetivo, de vez que o legislador adotou a responsabilidade objetiva como regra, na Lei nº 8.884/94 - promovendo distorções artificiais do mercado ou dos preços dos produtos e serviços, ou, ainda, buscando a exclusão da concorrência por meios diversos da atuação econômica lícita, deve sofrer as sanções pertinentes por parte da entidade administrativa competente, que buscará a normalização do mercado relevante, sem prejuízo das medidas judiciais que se fizerem cabíveis, no caso concreto.

A posição dominante, assim, pode se constituir mediante a formação de monopólio ou de um cartel.

O monopólio ou o oligopólio podem decorrer de circunstâncias naturais, de fato ou de lei.<sup>203</sup>

O monopólio natural decorre da descoberta de elementos com qualidades singulares, como se verifica com as jazidas minerais.

---

<sup>202</sup> SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas Comerciais Abusivas**. Bauru: Edipro, 1995, p. 51-53.

<sup>203</sup> DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976, P. 36-38.

O monopólio legal decorre de norma jurídica imperativa proibitiva que impede que outros sujeitos de direito possam explorar determinada atividade econômica, cuja reserva absoluta de mercado se dará em prol de uma única entidade.

O monopólio de fato decorre da atividade econômica exercida singularmente por um único empresário, seja pela razão de ele ser o pioneiro de dada atividade em determinado espaço territorial ou mesmo pelo motivo de haver superado os demais concorrentes, por métodos lícitos de concorrência, tornando-se o único empresário a atuar no mercado.

O cartel, em regra, resulta de ato voluntário por meio do qual se estabelece uma uniformidade de conduta empresarial, com o objetivo de manutenção artificial das condições do mercado, em prejuízo dos consumidores.<sup>204</sup>

O *trustee* é constituído mediante a formação de um grupo de empresas, em regra dominadas por uma *holding*, que se torna a titular dos investimentos e a controladora empresarial.<sup>205</sup>

A legislação presume a posição dominante de uma empresa, quando:

- a) a empresa possui participação equivalente ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, § 3º, da Lei nº 8.884/94); ou
- b) a empresa obteve um faturamento bruto mensal ou o último balanço superior a 100.000.000 de UFIRs (art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94).

De outro lado, a posição dominante pode ser utilizada para a prática de atos consistentes em autêntica concorrência desleal. Neste caso, ela deverá ser reprimida e coibida

---

<sup>204</sup> Nesse sentido, interessante trazer à colação, reportagem do Jornal O Estado de São Paulo sobre o tema **“Brasil é referência em combate a cartéis, diz OCDE”**: “SÃO PAULO - Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), divulgado nesta sexta-feira, em São Paulo, mostra que o Brasil é visto como líder no combate a cartéis por seus vizinhos na América Latina. O relatório avalia a atuação dos órgãos de defesa da concorrência no período de 2005 a 2009. O estudo é resultado de uma análise da lei e da política de defesa da concorrência do país, conhecido como "peer review" (revisão pelos pares). O trabalho, que vinha sendo feito desde setembro de 2009, tem como objetivo avaliar a atuação dos órgãos de defesa da concorrência do país avaliado, apontando os avanços realizados nos últimos anos e sugerindo melhorias que devem ser implementadas. Esta é a segunda vez que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) - formado pelas secretarias de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - passa por uma avaliação da OCDE. "O programa de combate a cartéis do SBDC, praticamente inexistente em 2000, apresenta-se agora ativo e eficaz. Particularmente notável é o componente da execução criminal", diz o relatório, que destacou de forma positiva a cooperação entre promotores e autoridades de concorrência no Brasil, nos últimos anos. BAPTISTA, Julia. **Brasil é referência em combate a cartéis, diz OCDE**. O Estado de São Paulo, 14 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=458>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

<sup>205</sup> SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas Comerciais Abusivas**. Bauru: Edipro, 1995, p. 60.

pelo Poder Público, pouco importando se o fornecedor é pessoa física, pessoa jurídica ou, ainda, entidade despersonalizada (art. 15, da Lei nº 8.884/94).

Considera-se concorrência desleal pelo exercício da posição dominante a situação empresarial de determinismo, decorrente do poder de provocação de distorções artificiais à normalidade estabelecida pela lei da oferta e da procura, dentre várias hipóteses dispostas pelo próprio legislador: manipulação de preços, diminuição ou falta de abastecimento, armazenamento indevido, desaceleração injustificada da produção, entre outras.

Os preços podem ser facilmente manipulados pela empresa que detém o monopólio ou a posição dominante de determinada atividade econômica.

O monopólio ou a posição dominante sem qualquer controle, modernamente, pode causar prejuízos aos consumidores, por práticas direta e indiretamente ofensivas em desfavor dos mesmos.

A livre iniciativa e a liberdade de concorrência das empresas que atuam no mercado de consumo encontra limites em normas jurídicas de ordem pública protetivas da ordenação do mercado, da concorrência lícita e dos consumidores em geral, pois a empresa deve exercer a sua função social, e não apenas satisfazer os interesses, por mais legítimos que sejam, dos seus sócios.

A função social à qual a empresa deve atender, decorrência do princípio constitucional da função social da propriedade e da norma expressa pelos arts. 116, parágrafo único, e 154, da Lei nº 6.404/76, é perfeitamente harmônica com os objetivos sociais, sendo cabível a afirmação segundo a qual a empresa pode auferir lucros, inclusive substanciais, respeitando os direitos: dos seus consumidores, decorrentes da relação de consumo; de seus intermediários, resultantes da relação mercantil efetivada; de seus concorrentes, diante da sua conduta junto ao mercado; e de seus empregados, ante as relações trabalhistas efetivadas.

No entanto, a Constituição Federal é um todo e deve ser interpretada dessa forma. Todas as normas inseridas na Carta Magna, bem como abaixo dela, devem reger-se e fundamentar-se numa base comum, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Na podemos admitir a idéia de que a Constituição Federal ao proteger valores capitalistas, impossibilite a aplicação da Lei Maior como um todo. Assim sendo, os princípios que protegem o ser humano e estabelecem política sociais estão inseridos na Constituição Federal, portanto, são normas constitucionais, e, devem ser respeitados.

Sobre o assunto, esclarece Nelson Nery:

A defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico. Ambos os princípios vêm descritos na ordem econômica constitucional do país (CF, art. 170). Por isso, o CDC traça normas tendentes a compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa (art. 4º). Nada obstante esses dois princípios serem compatíveis, pode haver conflito entre eles, de sorte que se torna necessária a tarefa de harmonização e compatibilização, devendo o interprete, para solucionar o conflito, tomar esses princípios no sentido de harmonizá-los e ponderá-los, pois os princípios encerram exigências e padrões que devem ser realizados.<sup>206</sup>

Neste sentido, busca-se a não limitação do direito à livre iniciativa, mas sim, a prerrogativa de exercê-lo com cautela e de maneira tal que não venha a interferir na esfera de atuação do princípio da defesa do consumidor, pois este não é só programa a ser seguido nas políticas econômicas do Estado, mas é norma de observância obrigatória, pautando-se na proteção da dignidade da pessoa humana e no bem estar social.

#### **4.2'1 Paradoxo – Autonomia Privada “Versus” Intervenção do Estado do Domínio Econômico**

Do que até aqui se viu resta a conclusão clara de que a convivência de princípios demanda a delimitação de uns em face de outros, para que se possa, no final, fazê-los todos válidos dentro do sistema de direito positivo considerado. Como salienta Gomes Canotilho,<sup>207</sup> “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica de tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso.”

<sup>206</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Revista de Direito do Consumidor*. 3/52.

<sup>207</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed., totalmente refundida e aumentada, 2ª reimpressão. Almedina. Coimbra: 1992, p. 196.

Neste passo, necessário é concluirmos que a autonomia privada, como corolário da livre iniciativa, constitucionalmente garantida, deve ser entendida em consonância com outros interesses os quais têm no Estado seu defensor, ainda que não exclusivo, tendo em vista a outorga, ao plano infraconstitucional, a outros entes, alguns despersonalizados, da legitimidade da defesa de interesse e direitos inerentes ao consumidor, ao meio ambiente, dentre outros.

Desse matiz são os termos da Lei nº 8.884/94, em pontos os quais importa serem aqui transcritos, a demonstrar o que até aqui se afirmou.

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único – a coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

(...)

Art. 20. Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei 8.078, de 11.09.90, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação.

Os excertos trazidos prestam-se a demonstrar a clara instrumentalidade da legislação antitruste, porque vocacionada afinal, ao cumprimento dos princípios constitucionais já aventados, de defesa da livre iniciativa, da livre concorrência, consumidor, dentre outros.

Certo é, como já se afirmou, que a coexistência de interesses os quais podem apresentar-se em choque, impõe ao interprete a delimitação ainda que episódica de um em atendimento ao outro. É com tal fundamento que se pode concluir seja válida a intervenção no domínio econômico, pelo Estado, imiscuindo-se nos contratos de fusão entre empresas, interferindo na livre determinação do capital, para velar por interesses como os dos

consumidores dos produtos ou serviços pelos contratantes, para preservar a livre concorrência, constituindo-se tal interferência em um paradoxo a ser resolvido: em nome da livre concorrência, intervém-se em contratos entre empresas que pretendem fundir-se.

Nesse sentido, confirmam-se as reportagens abaixo:

#### **Fusões no comércio brasileiro é caminho perigoso no longo prazo, avalia CNDL**

Presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas, Roque Pellizzaro Junior, lembra que processo de fusão reduz a concorrência

BRASÍLIA - O processo de fusões e aquisições verificado recentemente no comércio brasileiro é um caminho perigoso no longo prazo, na opinião do presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), Roque Pellizzaro Junior. "O caminho é perigoso no longo prazo, pois reduz a concorrência, mas este não é o caso do Brasil ainda", disse. "Apesar de as fusões anunciadas parecerem enormes, ainda são pequenas em relação ao tamanho do mercado", acrescentou.

Estão em fase de apuração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para futuro julgamento, vários negócios entre varejistas, como Ponto Frio e Pão de Açúcar, Pão de Açúcar e Casas Bahia e Ricardo Eletro e Insinuante. Para Pellizzaro Junior, esta é uma tendência do setor já que a necessidade de aumentar capital para manter vendas a prazo é crescente. As operações, segundo o presidente da CNDL, visam a consolidar operações para reduzir custos e ampliar oferta de dinheiro.

"O Brasil deve olhar com atenção para que isso não chegue ao ponto de prejudicar consumidor e o fornecedor", sugeriu Pellizzaro Junior. Ele se disse contrário a intervenções diretas no mercado, como a proibição de fusões, mas é preciso atenção, segundo o presidente da CNDL, para que não haja desequilíbrio no mercado.<sup>208</sup>

#### **Seae recomenda fusão de Sadia e Perdigão com restrições**

SÃO PAULO - A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) enviou parecer ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no qual recomenda a aprovação da fusão entre Sadia e Perdigão, que deu origem à Brasil Foods, mas com restrições.

No parecer, a Seae observa que a operação "resulta em concentrações significativas em diversos mercados relevantes de oferta de carne in natura e produtos industrializados".

O órgão, vinculado ao Ministério da Fazenda, destaca a elevada concentração da Brasil Foods na oferta de carne de peru in natura e de produtos como pizza congelada, presunto, salame, hambúrguer, empanados de frango, linguiças defumadas, margarinas, entre outros.

A Seae propôs ao Cade duas alternativas para reduzir a concentração da empresa nesses mercados, "que podem ser usadas cumulativamente ou de forma associada, dependendo das especificidades de cada mercado relevante".

A primeira alternativa prevê o licenciamento de uma das marcas principais – Perdigão ou Sadia - por um período mínimo de cinco anos, além da venda de um conjunto de fábricas e unidades de abate, correspondentes à participação de mercado detida pela marca objeto do licenciamento.

Na segunda opção, a Seae sugere a venda conjunta das marcas Batavo, Rezende, Confiança, Wilson, e Escolha Saudável, acompanhada da venda de um conjunto de ativos produtivos equivalente à participação de mercado detida pelas marcas.

Nas duas alternativas, a Seae recomenda a venda de ativos de abate de frango no Mato Grosso e de perus no Paraná, incluindo as respectivas carteiras de produtores integrados de frangos e perus.

No caso do segmento de margarinas, a secretaria indica a venda das marcas Doriana, Claybom e Delicata e das respectivas fábricas. Além disso, ela sugere a adoção de "medida

<sup>208</sup> FROUFE, Célia. **Fusões no comércio brasileiro é caminho perigoso no longo prazo, avalia CNDL**. O Estado de São Paulo. São Paulo, 11 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=625> 29/6/2010. Acesso em 11 de agosto de 2010.



comportamental", na qual a empresa deve submeter ao Cade suas promoções no segmento de margarinas.<sup>209</sup>

A riqueza das relações sociais ocasiona constantemente colisão de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e veiculados nos princípios constitucionais albergados

---

<sup>209</sup> TAKAR, Téo. **Seae recomenda fusão de Sadia e Perdigão com restrições.** Valor Econômico. São Paulo, 29 de junho de 2010. Disponível em <http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=538>. Acesso em 11 de agosto de 2010.

## CONCLUSÃO

Vigora, entre nós, o sistema econômico capitalista regulamentado, com a intervenção constante do Estado na ordem econômica e, por decorrência, no mercado de consumo.

A intervenção estatal deve buscar a minoração das desigualdades dos fatores de produção e dos consumidores perante os fornecedores, sem, contudo, reduzir drasticamente a atividade econômica, em prejuízo das empresas e dos consumidores.

O capitalismo intervencionista e não monopolista tem se demonstrado mais eficaz que o capitalismo livre ou que o capitalismo monopolista no combate contra os agentes causadores dos prejuízos patrimoniais e morais, em desfavor dos consumidores.

As empresas devem exercer o seu direito de propriedade de acordo com a sua função social, de vez que elas são também responsáveis, ao lado do Estado, pelo asseguramento dos direitos dos consumidores, oferecendo produtos e serviços de qualidade adequada para o fim ao qual eles se destinam, mediante, inclusive, a informação plena acerca de suas características.

As atividades empresariais devem ser exercidas, portanto, como função social de interesse da coletividade, para satisfação das necessidades dos consumidores.

A Constituição Federal do Brasil estabelece a livre iniciativa e os direitos do consumidor como princípios gerais da ordem econômica, objetivando o equilíbrio na percepção de lucros do agente da atividade econômica, diante dos direitos patrimoniais e morais do consumidor.

O exercício da posição dominante por parte de alguma empresa ou de conglomerados empresariais não é suficiente para a caracterização da concorrência desleal, sendo necessária a prática de ato positivo ou omissivo que altere a organização econômica do mercado relevante, em prejuízo dos outros competidores ou dos consumidores (estes, ainda que reflexamente).

Assim, é de livre iniciativa empresarial a formação de concentração de empresas, nas suas mais variadas modalidades, cujo limite sempre será a defesa da concorrência e dos direitos dos consumidores.

O princípio da compatibilização entre a livre iniciativa, a atividade concorrencial e os direitos do consumidor deve ser aplicado em todo exame da atividade econômica da empresa, sempre à luz do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Funda-se a defesa do consumidor no princípio da vulnerabilidade do mesmo, na relação jurídica que celebra com o fornecedor de produtos e serviços e, por outro lado, a defesa da concorrência encontra fundamento no princípio da liberdade.

## BIBLIOGRAFIAS

AFONSO, Humberto M. Alves. **A responsabilidade empresarial no código civil.** (In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, 2004, nº. 321.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri:Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Direito do consumo.** Coimbra:Almedina, 2005.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** 6. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo, Manole, 2006.

ARAGÃO, Selma. **Direitos humanos na Ordem Mundial.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BAPTISTA, Julia. **Brasil é referência em combate a cartéis, diz OCDE.** O Estado de São Paulo, 14 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=458>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2000.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada - **MATEUS 5, 21-22, 38-39 e 43-44,** Edição pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada - **GÊNESIS 1,26,** Edição pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURGOIGNIE, Thierry. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. In: Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico - aplicação e eficácia**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5. ed., totalmente refundida e aumentada, 2ª reimpressão. Almedina. Coimbra: 1992.

\_\_\_\_\_. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo, Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. **Concorrência Desleal**. Revista dos Tribunais, n. 375.

\_\_\_\_\_. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva. 2007.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro.** Curitiba: Juruá Editora, 2002.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor – aspectos práticos, perguntas e respostas.** 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

DENARI, Zelmo. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense Universitária, ano 2001.

DUQUE, Bruna Lyra. **O Direito Contratual e a Intervenção do Estado.** São Paulo: RT, 2007.

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal.** São Paulo: Saraiva, 1976.

EFING, Antonio C. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 2000.

FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência.** Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1990

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais** São Paulo: Saraiva. 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direitos do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência.** Org. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: 6 ed., Forense, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

HEILBRONER, Robert L. **A formação da sociedade econômica.** 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Trad. Pedro Cruz Vilalon. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** (trad.) Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

LAFER, Celso. **O Moderno e o Antigo Conceito de Liberdade,** apresentada na VIII Conferência Nacional da OAB, em maio de 1980, na cidade de Manaus.

\_\_\_\_\_. **À reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras. 1988.

LEMBO, Cláudio. **A pessoas: seus direitos.** Barueri: Manole. 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **A livre iniciativa e os direitos do consumidor,** *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano I, nº 3, Abril, Maio, Junho, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo,** 2 ed. (revista e atualizada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo P. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Revista Mestrado Em Direito**. Osasco, Ano 5, n. 5, 2005.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996.

\_\_\_\_\_. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

MARX, Karl. **A questão judaica**. (trad.) Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. Moraes. São Paulo, 1991.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 255.

\_\_\_\_\_. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. In: **Revistas dos tribunais**. n. 741. jul. 1997.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: A descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRANDA, Jorge e SILVA Marco Antonio Marques da. **Tratado luso brasileiro da dignidade humana**, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, inverno de 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 1997.

MORAES. Alexandre. **Direitos humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2000.



NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. Bauru: EDIPRO, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Revista de Direito do Consumidor**. 3/52.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

OTERO, Paulo. **A Crise do Estado de Direitos Fundamentais** In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mender, André Ramos Tavares. (orgs.) São Paulo: Saraiva, 2005.

PERES FILHO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: iEditora, 2003.

PELTZMAN, S. **A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de Desregulação**. In. Regulação e Democracia – o debate norte-americano. Coordenação: Paulo Mattos. São Paulo: editora 34, 2004.

PELUSO, Washington Albino de Souza. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIBEIRO, Luciana Antonini. **A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais**. (In: A nova crise do contrato e a nova teoria contratual. Marques, Cláudia Lima (org). São Paulo: RT.

RONALD, Dworking. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Fernando G. **Direito do marketing**. São Paulo: RT, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil do consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas Comerciais Abusivas**. Bauru: Edipro, 1995.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 1973, vol. 2.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tributação e liberdade**. In: Princípios de Direito Financeiro e Tributário – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Organizadores: Adílson Rodrigues Pires & Heleno Taveira Tôres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Gustavo Passarelli da. **A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito do consumidor previsto na Lei 8.078/90**. (Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4046>, acesso em 23.05.2010).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988, In: MORAES, Alexandre (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Atlas. 2009.

SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas e direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

TAKAR, Téo. **Seae recomenda fusão de Sadia e Perdigão com restrições**. Valor Econômico. São Paulo, 29 de junho de 2010. Disponível em <http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=538>. Acesso em 11 de agosto de 2010.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VITAL MOREIRA. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

WALD, Arnold. **O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras**. (In: Lei de Defesa do Consumidor. coord. Geraldo Vidigal. São Paulo: IBCB, 1991.

ZANELATO, Marco A. **Noção jurídica do consumidor**. (In:Justitia, São Paulo:MPSP, jul/dez, 2007.

ZULZKE, Maria L. **Abrindo a empresa para o consumidor**. São Paulo: Qualitymark, 1991

**SITES CONSULTADOS**

<http://www.ibrac.org.br>. Acesso em 10-12-2009

<http://www.stj.gov.br>. Acesso em 19/09/2010.