

**MARCELO DOMINGUES DE ANDRADE**

**POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SUA  
CONCRETIZAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA VIA DA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO FACULDADES INTEGRADAS DE ENSINO PARA  
OSASCO – UNIFIEO**

**Osasco  
2010**

**MARCELO DOMINGUES DE ANDRADE**

**POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SUA  
CONCRETIZAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA VIA DA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Faculdades Integradas de Ensino para Osasco – UNIFIEO, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz

Área de Concentração: Positivção e Concretização dos Direitos Humanos

**Osasco  
2010**

**MARCELO DOMINGUES DE ANDRADE**

**POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SUA  
CONCRETIZAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA VIA DA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Osasco \_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_ de 2010

**Banca Examinadora:**

---

---

---

**Osasco  
2010**

## Resumo

Este trabalho se propõe a examinar a natureza e conceito do direito do consumidor enquanto direito fundamental e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito. Assim, após breve análise dos direitos humanos positivados e do princípio da dignidade humana como vetor interpretativo dos direitos fundamentais – pressupostos necessários ao exame do tema central desta dissertação – cuida mais precisamente de examinar o direito do consumidor inserido como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, para, em seguida, enfrentar a concretização desse direito fundamental perante o atual posicionamento do Excelso Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** direito do consumidor; direito fundamental; dignidade humana; Supremo Tribunal Federal; ação direta de inconstitucionalidade.

### **Abstract**

This study aims to examine the nature and concept of consumer law as a fundamental right and the jurisprudence of the Supreme Court about it. So, after a brief analysis positivized human rights and the principle of human dignity as a vector interpretation of fundamental rights – conditions necessary to examine the theme middle of work – care to more precisely examine the consumer's right inserted as a fundamental right in the Federal Constitution 1988, to then face to achieving this fundamental right before the current position of the Supreme Court in the direct actions of unconstitutionality.

Keywords: consumer law; fundamental law; human dignity; the Supremo Tribunal Federal; direct action of unconstitutionality.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo I – Direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>11</b>
1. Evolução histórica, expressão e conceito dos direitos humanos fundamentais .....	11
2. Gerações dos direitos fundamentais .....	19
3. Interpretação dos direitos fundamentais .....	26
4. O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo dos direitos fundamentais .....	30
<b>Capítulo II – Direito do Consumidor enquanto direito fundamental da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>38</b>
1. Surgimento do direito do Consumidor e natureza jurídica .....	38
2. Conceito de consumidor .....	43
2.1 Consumidor por equiparação .....	49
3. Conceito de fornecedor .....	52
4. Positivação do Direito do Consumidor no ordenamento jurídico Brasileiro .....	53
5. Princípios referenciais para a proteção do consumidor .....	56
5.1. Princípios constitucionais de proteção na defesa do consumidor .....	60
5.2. Princípios infraconstitucionais do consumidor .....	75
6. Interpretação dos princípios de defesa do consumidor e a livre iniciativa .	87
<b>Capítulo III – O Supremo Tribunal Federal e a defesa do consumidor pela ação direta de inconstitucionalidade .....</b>	<b>93</b>
1. O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição .....	93
2. Aspectos gerais do controle jurisdicional de constitucionalidade .....	94

2.1. Controle concentrado de constitucionalidade .....	100
2.1.1. Ação direta de inconstitucionalidade .....	100
2.1.2. Procedimento – Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 .....	101
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a dignidade do consumidor .....	107
3.1. Concretização dos direitos fundamentais do consumidor no Supremo Tribunal Federal .....	111
3.2. Casos paradigmáticos da jurisprudência .....	111
3.2.1. Propaganda enganosa e o dever de informação ao consumidor da origem dos combustíveis utilizados .....	111
3.2.2. Dever de informação da espécie de café comercializado no Estado do Paraná .....	113
3.2.3. Organismos geneticamente modificados.....	116
3.2.4. Proibição de importação, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto .....	118
<b>Conclusão .....</b>	<b>127</b>
<b>Referências bibliográficas .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho dissertativo elaborado e apresentado como requisito parcial para obtenção do diploma de mestre em direitos humanos fundamentais tem como título a positivação dos direitos fundamentais do consumidor e sua concretização no Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Referido tema foi analisado pela real perspectiva de algumas decisões proferidas na seara das ações diretas de inconstitucionalidade que envolvem a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a publicidade enganosa, o dever de informação dos consumidores, além de outras questões atinentes ao direito fundamental consumerista no âmbito das relações de consumo privadas.

Pela análise das questões fáticas existentes na Suprema Corte, a pesquisa dissertativa será fundamentada em uma metodologia indutiva de critérios, partindo de uma análise específica para atingir a amplitude dos direitos fundamentais do consumidor.

No primeiro capítulo serão abordadas condições básicas dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor constitucional interpretativo. Assim, será iniciado com a evolução histórica e suas dimensões até a presente previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de serem apresentadas expressões e conceitos que regem o direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste mesmo capítulo será exposto um breve entendimento sobre a interpretação jurídica desses direitos em um âmbito essencial e vetorial de entendimento, que é o constitucional.

Posteriormente, no segundo capítulo, este trabalho apresentará breve história, natureza jurídica e concepções essenciais dos direitos do consumidor



enquanto direito fundamental da pessoa humana pelas perspectivas constitucional e infraconstitucional, por meio do Código de Defesa do Consumidor.

Analisar-se-á, outrossim, os conceitos básicos de fornecedor extraído do mesmo diploma infralegal acima apontado, por meio do art. 3º e seus parágrafos.

Os princípios do Direito do Consumidor, por uma questão didática, virão em seguida, apresentados em uma perspectiva constitucionalista e infralegal.

No capítulo terceiro, após apresentadas questões relevantes sobre os direitos fundamentais e os direitos do consumidor na ordem fundamental, estudar-se-á a efetivação e a concretização jurisdicional dos direitos consumeristas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo apresentado um dos instrumentos hábeis para a proteção desses direitos.

Esse instrumento será a ação direta de inconstitucionalidade, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regida pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, com previsão constitucional, servindo como ferramenta jurisdicional de defesa.

Por fim, serão oferecidas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sem a pretensão de esgotar o tema, mas buscando demonstrar as reais condições de proteção do consumidor naquilo que está diretamente ligado a sua vida, saúde, dignidade, dever de informação, além de outras condições previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Por este estudo, poder-se-á evidenciar que os direitos fundamentais do consumidor devem ser devidamente concretizados e protegidos, para evitar que o mundo contemporâneo, por meio de sua dinâmica macro e microeconômica, não deixe que do capital-dinheiro se sobressaia à dignidade da pessoa humana, atingindo imediata ou mediata a figura do consumidor.

Nesse sentido, conforme demonstrado, serão apresentadas decisões de julgados da Corte Suprema sobre o dever de informação nas embalagens de

produtos comercializados, a propaganda enganosa, a utilização da substância mineral amianto em produtos livremente comercializados e a possibilidade de utilização de organismos geneticamente modificados na alimentação.

Enfim, será confirmado que o ordenamento jurídico, repleto de proteções consumeristas, rege e protege a vida das pessoas por intermédio do mais alto nível do Poder Judiciário, por meio de decisões político-sociais que complexamente analisam, interpretam, discutem e aplicam o direito, neste caso fundamental, não permitindo que malefícios econômicos afetem o ser humano na esfera privada de relações consumeristas.

## **CAPÍTULO I – Direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana**

O presente capítulo pretende fornecer subsídios para a aplicação e concretização dos direitos fundamentais do consumidor no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para tanto serão analisados resumidamente apontamentos históricos sobre a evolução, expressão, conceito e interpretação dos direitos humanos fundamentais, além de concisa análise das gerações desses direitos e, principalmente, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo dos direitos fundamentais no âmbito do consumidor e suas implicações que devem ser respeitadas como direito natural antes mesmo de qualquer análise positivista.

### **1. Evolução histórica<sup>1</sup>, expressão e conceito dos direitos humanos fundamentais**

Historicamente, os direitos fundamentais foram compilados de cartas, tratados e convenções entre países, provenientes das guerras e revoluções da Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Pós-Moderna somados ao jusnaturalismo e juspositivismo<sup>2</sup>.

Os direitos fundamentais surgiram de duas correntes. A primeira corrente versa sobre o jusnaturalismo, ou direito natural, que *“defende a ideia de que os direitos da pessoa preexistem à própria humanidade”*. Da Lei Eterna, emanada da razão ou vontade de Deus, que ordena todas as coisas, inclusive, o direito inerente aos seres humanos, emana o Direito Natural. O Direito Natural é, pois, consequência da Lei Eterna e não foi posto por ninguém, salvo por Deus. É próprio das pessoas, mesmo antes de sua concepção e nascimento. A segunda corrente, do juspositivismo ou positivismo jurídico, *“na qual o direito é a norma elaborada pelos homens – pelo Estado – sem preocupação de ordem moral ou religiosa.”* Esta vertente está respaldada em uma visão científica do direito, procurando transformá-lo em um sistema racional. [...] A norma, pois, não necessita contar com conteúdo de valor, basta ser proclamado pelo Estado. Ou seja, o direito é um mero comando. A coação é elemento essencial para a existência do direito. O ordenamento jurídico é tomado como um todo e assim abandona-se a mera norma isolada<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Para exame aprofundado da evolução dos direitos humanos e sua passagem para a conceituação de direitos fundamentais positivados nas constituições de declarações de direitos, ver: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>2</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, pp. 11-13.

<sup>3</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, pp. 11-13.

## Eduardo Carlos Bianca Bittar leciona que

As conquistas dos direitos humanos deram-se ao longo da modernidade, com especial acento a partir do século XVIII, apesar de alguns fazerem remontar esta pesquisa à Antiguidade. Mas, foi a partir do momento em que o jusnaturalismo racional arquitetou modelos teóricos mais específicos sobre o tema que se afirmou a qualificação destes no cenário da reflexão filosófica moderna, redundando nos textos das primeiras declarações de direitos, com especial relevo para a de 1789. [...] É certo que os direitos humanos adentram à ordem dos Estados, e passam a vicejar no bojo das constituições, a partir do século XIX, com o fenômeno da positivação, em especial do século XX, ganhando no plano internacional, somente um especial significado após o Holocausto e a construção do sistema de direitos das Nações Unidas. Isto permite dizer que, se são historicamente construídos, se foram sistematizados e positivados pelo movimento positivista liberal de direito, se foram trivializados com a paulatina transformação do próprio jusnaturalismo em juspositivismo no constitucionalismo contemporâneo, com a conseqüente descartabilidade de seus textos, isto não afasta o seu caráter paradigmático na busca de soluções razoáveis para a orientação dos direitos vigentes em sociedade<sup>4</sup>.

## No sentido histórico, Norberto Bobbio instrui que

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vês nem de uma vez por todas<sup>5</sup>.

Na Idade Média, houve um enlace entre direito natural considerado superior ao direito positivado vez que fundado em norma divina, e a moral, por influência da teologia nascendo, assim, a concepção jusnaturalista de superioridade do direito natural<sup>6</sup>. Defendia-se o nascimento do homem já com direitos inerentes à sua própria existência, direitos naturais e o dever de tutela do Estado desses direitos positivos.

## Sobre o tema, Norberto Bobbio leciona que

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de

<sup>4</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 285.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

<sup>6</sup> Teólogos que pregavam essa superioridade foram Santo Agostinho e Tomás de Aquino. Este último, além de defender a ideia de igualdade entre os homens, o direito natural e o direito positivo, traz a baila a ideia de dignidade da pessoa humana que incorpora a posição jusnaturalista. SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 57-58. In SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. Para a teoria de Kant – que podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e portanto sine império, mas por detentores do poder de governo, e portanto cum império –, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele<sup>7</sup>.

Fábio Konder Comparato verifica na história que referidos direitos são variáveis, de acordo com a necessidade e os interesses seculares, e são também heterogêneos, às vezes até antagônicos entre si, mas privilegiados, pois não concorrem com outros direitos, apesar de possuírem limites<sup>8</sup>.

Observadas as condições históricas e, conseqüentemente, a evolução dos direitos fundamentais, ressalta-se agora a expressão direitos fundamentais de modo divergente, ou seja, há quem entenda como direitos humanos fundamentais, ou como direitos humanos, ou ainda direitos dos homens etc.

A expressão utilizada para caracterizar direitos fundamentais, direitos humanos, direitos humanos fundamentais, direitos dos povos etc. possui muitas divergências e entendimentos doutrinários.

Jorge Miranda ensina que

[...] Os direitos fundamentais presente na generalidade das Constituições do século XX – e até, em grau bastante menor, nas do século XIX – não se reduzem a direitos impostos pelo Direito natural. Há muitos outros: direitos do cidadão activo, do trabalhador, do administrado etc. Há direitos conferidos a instituições, grupos ou pessoas colectivas; direito das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos. E muitos são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e os condicionalismos do respectivo país.

Já no Direito Internacional, na medida em que esse não se desinteresse hoje dos direitos das pessoas, tende a prevalecer o termo *direitos do homem* – em parte por aí serem mais imediatos ou imperativos da consciência ética, em parte por, assim, ficar mais clara a atenção dos direitos aos indivíduos, e não aos Estados ou a

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 88.

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

outras entidades internacionais, em parte por ser menos extenso o desenvolvimento alcançado<sup>9</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho é defensor da expressão direitos humanos fundamentais e esclarece que:

É verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação<sup>10</sup>.

O constitucionalista Sergio Rezende de Barros, que defende a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta ser a expressão direitos humanos fundamentais indissociável, pois, segundo o doutrinador, direitos humanos e direitos fundamentais são um único instituto jurídico, trazendo efeito negativo à dissociação pretendida por alguns autores, retirando a essencialidade do instituto, não havendo dicotomia entre os termos humanos e fundamentais, apenas abreviação no mesmo instituto jurídico. Entende, ainda, que essa dissociação afeta sobremaneira o termo direitos humanos, pois dessa forma “os usos lingüísticos jurídicos, políticos e mesmo comuns de nosso tempo” trazem “um conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que a noção de direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

Prossegue, ainda, o autor

Não há razão por que separar direitos fundamentais e direitos humanos, pondo aqueles numa situação ontológica, na qual têm concreção normativa, aparecendo definidos, firmes, positivados, reforçados na constituição jurídica do Estado, e pondo estes numa situação deontológica imprecisa e insegura, sem uma definição positiva, que deveriam ter mas não têm, daí aparecendo sem tutela ou concreção reforçada. Mesmo porque tanto uns quanto outros estão em ambas as situações.

Na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Muito difundida, mormente nos países anglo-saxônicos, é a designação *direitos civis* – os direitos civis como direitos dos cidadãos ou como direitos contrapostos aos direitos naturais. Um dos Pactos Internacionais de execução da Declaração Universal sobre “Direitos Cívicos e Políticos”, a o passo que o outro trata de “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [...] De observar ainda que *direitos civis* não se confundem com *direitos cívicos* ou direitos a prestações do Estado (e da sociedade) decorrentes da qualidade de cidadão, de membro da comunidade política. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV. Direitos fundamentais, pp. 51-52.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

<sup>11</sup> BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 29-38.

<sup>12</sup> BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 39.

Fabio Konder Comparato distingue as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, abstendo-se do ensinamento extraído da doutrina jurídica germânica e constata:

[...] distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais. Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos<sup>13</sup>.

Em todas essas expressões verifica-se a presença de dois elementos relevantes: o primeiro, um conteúdo ético relacionado à consagração da dignidade da pessoa humana, pois não existindo respeito à vida, respeito à integridade física e à integridade moral do indivíduo, assegura-se as condições mínimas para a dignidade, e, o segundo, a limitação dos poderes do Estado, independentemente da expressão utilizada.<sup>14</sup>

Para Norberto Bobbio, analisando a possibilidade de um fundamento absoluto aos direitos do homem e partindo da expressão direitos do homem, , conclui ser a terminologia “direitos do homem” nutrida de uma vagueza ímpar, pois a maioria das definições é tautológica ou não guarda relação com seu conteúdo tratando apenas de seu estatuto, e, se referem ao conteúdo, só o fazem acrescentando carga valorativa em conformidade com a ideologia pretendida<sup>15</sup>.

José Afonso da Silva, partidário da expressão direitos fundamentais do homem, estabelece que

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 58-59.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 35-38.

de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e imaterialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*<sup>16</sup> (grifos do original).

O mesmo autor apresenta expressões dos direitos fundamentais que, ao longo da história, foram estabelecidas como direitos naturais, e transcenderam para direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais<sup>17</sup>.

Por fim, Cláudio Lembo apresenta um rol de denominações, cada qual com seus diferenciados conteúdos e elementos advindos de diversos fatores como cultura e história de cada povo:

direitos civis; direitos básicos; direitos dos cidadãos; direitos fundamentais; direitos humanos; direitos do homem e do cidadão; direitos dos ingleses; direitos individuais; direitos naturais; direitos da pessoa; direitos subjetivos públicos; liberdades públicas<sup>18</sup>.

Apresentadas as questões relacionadas à origem dos direitos fundamentais, bem como analisada a diversidade de expressões existentes sobre o tema, passa-se a apresentar os conceitos dos direitos fundamentais.

Doutrinariamente existem diversos conceitos, cada qual com sua fundamentação.

Nesse sentido, é importante observar a hierarquia escrita por Tomás de Aquino, na *Suma teológica*, e citada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Suprema é a *lei eterna* (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a *lei divina* (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro lado, a *lei natural* (gravada na natureza humana que o homem descobre por

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 175.

<sup>18</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 4.



meio da razão), e, mais baixo, a *lei humana* (a lei positiva editada pelo legislador)<sup>19</sup> (grifos do original).

Nas palavras de Jorge Miranda, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, “individual ou institucionalmente consideradas, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*”<sup>20</sup>.

Adriana Zawada Melo define os direitos fundamentais como

Os direitos do seres humanos enquanto tais, vigentes em uma determinada ordem constitucional, e que indicam a todos (e em especial ao Estado) e em todos os domínios os limites que não podem ser ultrapassados e também os objetivos a serem alcançados no sentido de assegurar níveis satisfatórios de vida às pessoas, aí compreendidos aspectos materiais e imateriais<sup>21</sup>.

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais “são” direitos humanos transformados em direito constitucional positivo, mas são direitos que foram levados ao positivismo jurídico com o propósito ou a intenção de dar maior proteção a tais direitos. Por conseguinte, devem representar direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Segundo essa definição, os catálogos de direitos fundamentais das diversas constituições representam intentos de atribuir uma dimensão positiva aos direitos humanos. Enquanto intentos, eles podem chegar a ter maior ou menor êxito<sup>22</sup>.

Analisando a questão colocada por Robert Alexy, na qual os direitos humanos são transformados em direito constitucional positivo, afirma-se que na seara dos direitos fundamentais encontram-se diversas proteções oferecidas pelo Estado, inclusive a proteção dos consumidores por meio de princípios fundamentais intrínsecos a qualquer indivíduo, bem como normas infraconstitucionais conforme se analisará posteriormente.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV. Direitos fundamentais, p. 7.

<sup>21</sup> MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 07, n. 02. pp. 71-86. Osasco: Edifício, 2007, p. 79.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28.

O autor distingue três conceitos de direito fundamental, a saber: formal, material e procedimental<sup>23</sup>.

Pela definição formal de direito fundamental, há prioridade à maneira em que estão dispostos esses direitos na ordem jurídico-positiva. Segundo sua variante mais simples, os direitos fundamentais são todos aqueles que estão catalogados como tais pela Constituição de cada Estado<sup>24</sup>.

Por conseguinte, no ordenamento jurídico brasileiro, são indicados referidos direitos previstos nos arts. 5º a 17 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Indubitavelmente admite algumas exceções, haja vista que o legislador constituinte acrescentou outros direitos fundamentais fora do Título II da Carta Magna, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, livre concorrência e defesa do consumidor, previstos nos incisos IV e V, respectivamente, do art. 170.

O conceito de direito fundamental material, escrito por Robert Alexy, é aquele que sempre coloca determinados valores<sup>25</sup> como finalidade a ser alcançada pela concretização dos direitos fundamentais<sup>26</sup>.

Por fim, Robert Alexy propõe a terceira concepção de direitos fundamentais como conceito procedimental que engloba os dois primeiros, ou seja, é mediante as garantias das liberdades políticas que os direitos fundamentais asseguram as condições de funcionamento do processo democrático ao se mostrarem como direitos vinculantes para o legislador democraticamente legitimado<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Caros Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21-31.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Caros Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

<sup>25</sup> Valores estes que muitas vezes são confundidos com princípios ou mesmo normas. Na lição de Perez-Luño estes distintos sistemas de cláusulas gerais dos direitos fundamentais aparecem consagrados em forma de valores ou princípios. A problemática é que influenciam diretamente na interpretação dos direitos fundamentais fundados ora como norma, ora com valor, ora como princípio. Esta é uma tarefa árdua de critérios de distinção que em princípio podem ser considerados mais úteis referentes ao significado ontológico de determinados conceitos (por exemplo, os de liberdade, igualdade, dignidade, justiça), mas resulta insuficiente (PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1984, p. 286).

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Caros Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Caros Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

A conceituação procedimental é de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais, não como uma simples proteção ao ser humano individual, conforme definição do direito fundamental material, mas como proteção ampla, incluindo ações concretas aos institutos jurídicos protegidos pela Constituição Federal de forma fundamental, coletiva e individual.

Ademais, é possível definir os direitos fundamentais do homem como condições da própria natureza humana advindos do início de sua existência, em uma linha que remeteria até a gênese, primeiro livro do Antigo Testamento, em que relata a liberdade que Deus ofertou ao homem sobre decidir entre o bem e o mal, o certo e o errado.

Os direitos fundamentais, por outra concepção, são difusos, solidários, internacionais que envolvem o direito ao meio ambiente, a paz mundial, o desenvolvimento social, a comunicação e a autodeterminação dos povos.

## **2. Gerações dos direitos fundamentais**

Antes de se estabelecer estudos sobre as gerações dos direitos fundamentais, faz-se imperioso apresentar a lição de Paulo Bonavides sobre a distinção entre gerações e dimensões do direito.

O vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos de 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 infraestruturais, 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<sup>28</sup>.

Feitos breves comentários sobre as distinções entre gerações e dimensões dos direitos fundamentais, analisa-se que estes foram equacionados ao longo da

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 571-572.

história, segundo entendimento acadêmico de Celso Lafer, citado pelo Ministro Celso de Mello, em mandado de segurança julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade [...]” (grifos do original)<sup>29</sup>.

A defesa pelas liberdades individuais, como direitos de primeira geração, foi positivada mediante pactos sociais, antes mesmo de qualquer constituição (pacto político), pois o homem em sua essência nasce livre de direitos e obrigações sendo limitado pela lei para evitar a anarquia social. Assim, foi previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 4º: “Os exercícios dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão por lei.”

Os direitos fundamentais do homem são liberdades como forma de dimensão objetiva, as proteções econômicas e sociais do Estado, como dimensão subjetiva, e o dever de solidariedade compartilhado entre nações, povos, tribos sociais etc.

Nas liberdades individuais, os direitos fundamentais estão inseridos como direitos inatos que precedem o Estado e a comunidade política, e que têm de ser respeitados e garantidos pelo Poder Público, como o direito à dignidade da pessoa humana, à vida, o direito de morrer dignamente, à propriedade, dentre outros.

Assim, os direitos de primeira geração podem ser definidos como

os direitos elaborados (visualizados) pelo pensamento liberal e procuram obstar a ação do Estado contra as pessoas. Essa geração

---

<sup>29</sup> LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 239. in **Brasil. Supremo Tribunal Federal – Pleno** – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acessado em: 10.07.2009.

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. Obstat a ação discricionária e, por via de consequência, arbitrária dos governos face às pessoas. Negam à autoridade a possibilidade de agir sem limites (grifos do autor)<sup>30</sup>.

Por outro lado, com relação a estes mesmos direitos fundamentais, cabia tão somente a tarefa de proteger o homem do Estado, assim eram essencialmente direitos de defesa oponíveis em face do Estado que, por sua vez, renunciava dita proteção. Conseqüentemente, sob o manto da igualdade formal e da legalidade burguesa que se instaurava, vicejaram a miséria, a exclusão social e a opressão do mais fraco pelo mais forte<sup>31</sup>.

Nessa esteira, Daniel Sarmiento defende a tese de que

A progressiva extensão do direito de sufrágio a parcelas da população tradicionalmente excluídas do processo político, aliadas às pressões exercidas pelos movimentos contestatórios e reivindicatórios das classes populares levaram a um redimensionamento das funções do Estado, que passou a assumir uma série de novas tarefas e encargos, dentre as quais cuidar da saúde e da educação da população carente, disciplinar mercados, proteger os trabalhadores dos seus patrões e proporcionar assistência aos idosos e desamparados<sup>32</sup>.

Anna Cândida da Cunha Ferraz entende que os primeiros modelos de positivações constitucionais dimensionados levavam o rótulo de direitos individuais ou direitos de liberdades *stricto sensu*, por serem vistos como naturais antes mesmo da criação de qualquer norma, próprios do homem enquanto homem, oponíveis à vontade do Estado, inalienáveis, imprescritíveis. Eram os direitos ou liberdade negativas<sup>33</sup>.

Com o avanço da humanidade, o advento das grandes guerras mundiais, a revolução industrial, além de outros fatores, as constituições passaram a abrigar o

<sup>30</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 15.

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.) **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 04. São Paulo: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.) **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>33</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 118-119.

direito às prestações positivas do Estado com os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos como “direitos sociais”, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demandam do Estado não apenas o reconhecimento, mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, ou seja, condições de exercício de direitos a todos os seres humanos<sup>34</sup>.

Dessa forma, novos direitos fundamentais de caráter prestacional foram positivados, garantindo condições básicas de subsistência na sociedade por meio de uma igualdade material, e não somente pelas liberdades clássicas, negativas ou formais que emprestaram fundamentos para os direitos sociais<sup>35</sup>.

Surgem, então, os direitos sociais e econômicos de segunda geração ou segunda dimensão, mas sem aniquilar os direitos individuais de primeira geração, de origem liberal.

*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)” (grifo do autor)<sup>36</sup>.*

Sobre os direitos de segunda geração, Themistocles Brandão Cavalcanti escreveu que

o começo do novo século (século XX) viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 118-119.

<sup>35</sup> “É certo que o Estado Social enfrenta hoje profunda crise, decorrente de múltiplos fatores, como a escassez de recursos gerada pela explosão de demandas reprimidas, o enfraquecimento dos Poderes Públicos em razão da globalização econômica, a ineficiência associada ao gigantismo de máquina burocrática, dentre outros. Já não se confia tanto no Estado como instrumento de emancipação social das classes desfavorecidas, e, principalmente, depois da queda do Muro de Berlim, perdeu o prestígio a ideologia que propugnava pelo Estado máximo. Sem embargo, a constatação desta realidade não deve significar o abandono dos ideais humanitários de igualdade substantiva, Liberdade material e solidariedade que nutriam axiologicamente o *Welfare State*. Torna-se necessário, no entanto, articular novas estratégias e abordagens para enfrentamento dos mesmos problemas de justiça social, que o capitalismo liberal não equacionou nem jamais equacionará.” SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos**. Vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>36</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 16.

<sup>37</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais do direito público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 202 *apud* Alexandre de Moraes. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59.

Nessa mesma esteira de análise acadêmica, Paulo Bonavides discorre sobre a terceira geração do direito nos seguintes termos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, *os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se* neste fim de século *enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo*, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. *Emergiam eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade*” (grifos do autor)<sup>38</sup>.

Surge daí uma terceira geração de direitos, fundados na solidariedade e na fraternidade<sup>39</sup>, que tem como base a proteção de grupos e coletividades (família, povo, nação), caracterizando-se, portanto, como direitos de titularidade coletiva ou difusa: direito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado etc.

Já no último quartel do século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências ao rótulo direitos individuais ou liberdades públicas que dão lugar à utilização da expressão “direitos fundamentais”, inseridas nas declarações contemporâneas como o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição<sup>40</sup>.

A terceira geração ou dimensão compreende os direitos de solidariedade: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito, ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente. Tais direitos decorreram do Direito Internacional e estariam em via de consagração no Direito Constitucional, porém Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que “não há uma cristalização da doutrina a seu respeito,

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 481. *In* STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acessado em: 10.07.2009.

<sup>39</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, p. 163.

<sup>40</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 118-119 e 163.

forte corrente entendendo não constituírem esses 'direitos' mais que aspirações, despidas de força jurídica vinculante"<sup>41</sup>.

Além das três gerações de direitos apresentadas acima, existem autores que interpretam os direitos de quarta geração relacionados

à ordem internacional, em que todos os povos devem se apoiar, reciprocamente, mediante ações de solidariedade e fraternidade. A solidariedade, por ser uma exigência humana, apresenta-se como obrigação, no cenário interno, de toda a cidadania<sup>42</sup>.

Este direito dos povos pode ser explicado, nas lições de Jorge Miranda, como um complemento e, às vezes, como uma substituição dos direitos do homem ou dos direitos fundamentais previstos também no art. 1º de cada um dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966<sup>43</sup>.

Várias resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e inúmeras conferências e reuniões científicas e políticas, especialmente sob a égide da Unesco, têm-se ocupado não só dos direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e aos recursos naturais, mas também dos direitos à identidade cultural, à participação no patrimônio comum da humanidade, à comunicação entre os povos e à paz, chegando-se aqui e ali a sugerir sua prevalência sobre os direitos individuais<sup>44</sup>.

Salienta Jorge Miranda, em última análise, que os direitos dos povos ou das gentes não são nem podem ser comparados aos direitos do homem, pois aqueles são direito de coletividade fundados em uma razão mais política ligada à transposição de inclusão entre potências, "ao despertar o chamado Terceiro Mundo e ao avolumar de seus problemas, à crescente circulação de pessoas e bens, à novas estratégias de matérias primas e energias"<sup>45</sup>.

Conforme será observado adiante, o direito à paz estabelecido por Jorge Miranda e que pode ser inserido juntamente com os direitos de quarta geração ao lado do direito dos povos, em caráter extremo, substitui os próprios direitos

---

<sup>41</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286.

<sup>42</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 17.

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV. Direitos fundamentais. p. 58.

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV. Direitos fundamentais. p. 58.

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV. Direitos fundamentais. p. 63.



fundamentais individuais e é estudado pelo constitucionalista Paulo Bonavides como direito de quinta geração.

Na hermenêutica constitucionalista de Paulo Bonavides sobre os direitos de quarta geração, estabeleceu-se que

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual<sup>46</sup>.

Em caráter excepcional, o mesmo autor estabelece a quinta geração de direitos fundamentais que é o direito à paz:

Estatutário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter inviolável as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas da comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant. Direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano<sup>47</sup>.

De qualquer forma, novas dimensões ou gerações dos direitos fundamentais continuarão a existir, pois não se pode aplicar nenhum fundamento absoluto ao direito que se adapta no decorrer dos séculos. As sociedades, a cada período da história, passam por novas concepções decorrentes da capacidade humana de inovação<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 571.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 590.

<sup>48</sup> Nessa esteira, e traçando um paralelo amplo à ciência do direito, tem-se que o Direito, ao contrário de outros domínios, não tem uma posição absoluta dos fatos devendo-se então emitir juízos de valores e fatos em sua interpretação. O direito tem a

Daniel Sarmiento, que utiliza o termo “plasticidade material” quando escreve sobre as gerações dos direitos fundamentais, ensina que

Conquanto carregue *valores substantivos* e transporte *programas*, a Lei Fundamental deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas. Sob este prisma, os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalisar o debate entre ideias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo<sup>49</sup>(grifos do original)

Vive-se em um universo onde os poderes da informação e do conhecimento ainda não encontraram limites suficientes para delimitar a capacidade do ser humano. Sobrevive-se em uma era de tecnologias constantemente inovadoras, seja na medicina, seja no trabalho, na educação, no esporte, no lazer etc., e, com isso, a ampliação das gerações é inevitável. Apenas o que não se pode perder é a capacidade de observação constante da dignidade de cada ser humano.

### 3. Interpretação dos direitos fundamentais

Para que se possa realizar um estudo das normas que regem os direitos fundamentais, há que se apresentar entendimentos sobre sua interpretação.

Pelo fato do direito ser aplicado sobre textos (normas) e fatos, além de ser interpretado através da concretização que emanam dos textos e dos fatos à norma jurídica geral e, em seguida, à norma de decisão, no desenvolvimento de uma prudência, não se pode falar em uma única decisão correta, senão várias. [...]

Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir do texto normativo e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Nesse sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no

---

pretensão de conformar e transformar a realidade. Ele não pode ser considerado um *dado*, mas uma *criação*. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 324.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.) **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, p. 99.

quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular<sup>50</sup>.

Em termos constitucionais, a interpretação não deve ser realizada em pedaços, mas em um conjunto em que se analisa todo o texto constitucional para aplicação em determinado caso concreto. Por outro lado, a aplicação do direito deve variar com cada momento do presente, sendo um processo contínuo de adaptações de suas normas à realidade e seus conflitos, sempre respeitando a Constituição. “É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem a vida ao direito – e à Constituição.”<sup>51</sup>

Quando da interpretação dos direitos fundamentais, segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, as normas podem ser assimiladas pelos aplicadores do direito da seguinte forma:

A noção de norma de direito fundamental é uma especificação do conceito de norma, e, por isso, compreende todas as dificuldades e controvérsias a este inerentes. [...] a teoria jurídica contemporânea converge ao acolher a ideia de que a norma não é o *ponto de partida* da interpretação, mas seu *resultado*, razão por que se deve distinguir a norma propriamente dita do enunciado textual que a veicula. Partindo dessa perspectiva, é apropriado utilizar na presente investigação o *conceito semântico de norma*, o qual é bastante difundido na produção acadêmica sobre os direitos fundamentais. De acordo com essa noção, norma é o conjunto de significados que se extrai dos enunciados jurídicos. Por conseguinte, *norma de direito fundamental* é o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental<sup>52</sup> (grifos do autor).

Em contrapartida, os dispositivos de direito fundamental são os enunciados que veiculam os direitos fundamentais, podendo ser expostos como os conjuntos de signos escritos que se encontram no texto constitucional ou em suas reproduções<sup>53</sup>.

Por ser a teoria jurídica uma teoria hermenêutica, a interpretação deixa de ser uma questão técnica da atividade do jurista para ser objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142.

<sup>51</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 147.

<sup>52</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79.

<sup>53</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80.

<sup>54</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, pp. 68-69.

Desse modo, surgem duas formas de interpretar o texto legislativo. A primeira, objetiva, ou seja, interpretando simplesmente o texto da lei. E a segunda, subjetivista, ou conforme criação e entendimento do próprio pensamento do legislador<sup>55</sup>.

Para a corrente objetiva, deve haver equilíbrio, do contrário o intérprete do texto da lei poderá favorecer

[...] certo anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa do intérprete sobre a própria norma, ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do direito para o intérprete, ainda que intérprete legalmente constituído, chegando-se a afirmar, como fazem os realistas americanos, que direito é “o que decidem os tribunais”<sup>56</sup>.

Por outro lado, pela corrente subjetivista de interpretação da norma, pode-se dizer que há um favorecimento do autoritarismo que, ao privilegiar o legislador, faz transparecer sua própria vontade<sup>57</sup>.

O critério para entender esse fim prático é a própria questão que anima a ciência jurídica: o problema da decidibilidade, isto é, criar-se condições para uma decisão possível<sup>58</sup>.

Vistas as interpretações objetiva e subjetiva, fala-se agora em interpretações gramaticais, lógicas, sistemáticas, históricas etc., além das incompatibilidades e contradições que podem surgir após a publicação e a aplicação das normas.

Para não concentrar os estudos apenas no direito positivista, coligado às decisões sobre direitos fundamentais, podem e devem ser aplicadas regras jurisprudenciais, tendo em vista que as normas não acompanham, na mesma velocidade, os fatos que circundam o mundo e o pensamento do ser humano em fazer ou deixar de fazer algo diante de seu livre-arbítrio.

---

<sup>55</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, pp. 70-71.

<sup>56</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 72.

<sup>57</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, pp. 70-73.

<sup>58</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 73.

Para as interpretações dos direitos fundamentais especificamente, pode-se falar em pós-positivismo e, por conseguinte, nas interpretações constitucionais idealizadas por Ronald Dworkin que partem da premissa de que todo ordenamento jurídico deve ser integrado por um conjunto de princípios (*principles*), medidas políticas (*policies*) e regras ou disposições específicas (*rules*)<sup>59</sup>.

Ademais, Luís Roberto Barroso, citando a sistematização de Ronald Dworkin, escreve sobre a interpretação do pós-positivismo e a normatividade dos princípios, que

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diversos papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria<sup>60</sup>.

Parafraseando Antonio Henrique Perez-Luño, toda cultura tende a oferecer resistência àquilo que é novo, procurando, desta feita, perpetuar seus modelos operativos. Assim, a cultura jurídica tradicional fica desorientada e projeta seus métodos interpretativos às disposições constitucionais, enunciados e termos mais gerais e amplos para conseguir a máxima força expansiva e flexível<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Dworkin denomina medidas políticas as normas genéricas (*standards*) que estabelecem fins que devem alcançar e que implicam o avanço do terreno econômico, político ou social para a sociedade. Dworkin, R. **Taking rights seriously**. Duckworth: London, 2ª ed. 1978, pp. 22 ss. APUD PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1984, p. 293.

<sup>60</sup> Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previsto ocorrem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*. Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada lição a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é o dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 328).

<sup>61</sup> PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1984, p. 285.

Esse é um outro modo de interpretar a ciência do Direito, juntamente com a interpretação doutrinária. Nessas interpretações plausíveis são inseridos embriões para novas propostas legislativas.

#### **4. O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo dos direitos fundamentais**

Para compreender a positivação e a concretização dos direitos fundamentais do consumidor faz-se imprescindível analisar o amplo conceito da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, que está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme art. 1º, inciso III<sup>62</sup>, bem como do 1º considerando e do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>63</sup>.

Maria Garcia delimita qual a importância de referido princípio no ordenamento jurídico pátrio:

Na Constituição brasileira [...], a dignidade da pessoa humana figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa representará o crivo pelo qual serão interpretados não somente os direitos fundamentais, mas, todo o ordenamento jurídico brasileiro nas suas variadas incidências e considerações<sup>64</sup>.

Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana como

valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação

<sup>62</sup> Art. 1º da CRFB – “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 fundamento: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

<sup>63</sup> 1º Considerando da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

<sup>64</sup> GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 207.

ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes<sup>65</sup>.

A dignidade da pessoa humana deve ser analisada como princípio vetor para a interpretação dos direitos fundamentais, ou seja, está consagrada antes mesmo do direito fundamental de cada ser humano.

Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que, por primeiro, positivou a *dignidade da pessoa humana* em direito fundamental expressamente estabelecida em seu art. 1º, nº 1, declarando: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”. Fundamentou a positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, o fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões<sup>66</sup>.

Filosoficamente, Fabio Konder Comparato, citando Kant, discorre que o primeiro postulado é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática<sup>67</sup>.

Ora, o princípio primeiro de toda ética é o de que o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não simplesmente como meio* do qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao seu talante. Assim, os entes que dependem somente da vontade da natureza, ou seja, alheios à nossa vontade são denominados de *coisas*; os entes racionais, ao contrário, denominam-se *pessoas*, pois são marcados, pela sua própria

<sup>65</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 286.

<sup>66</sup> “Os mesmos motivos históricos justificaram da declaração do art. 1º da Constituição Portuguesa segundo o qual ‘Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’ e também a Constituição espanhola, cujo art. 10, nº 1, estatui que ‘A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social. E assim também a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar levaram o Constituinte brasileiro a incluir a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil [...]’ (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** vol. 212/89-94. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 1998, p. 89)

<sup>67</sup> A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (*Gebot*) e se formula por meio de um imperativo. Segundo Kant há duas espécies de imperativo. De um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela com a máxima: *age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral* (**A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 21-22).

natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio<sup>68</sup>.

Por se iniciar em Kant o portal do iluminismo, sendo o ponto de apoio e de partida para a maior parte dos pensadores modernos e, portanto, o referencial teórico da modernidade, o tema da “dignidade da pessoa humana”, segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar,

Vem melhor explicitado a partir da modernidade, e é como tal que se entrega à história contemporânea, para ser tornado um princípio fulcral da cultura dos direitos. No entanto, o fosso da indignidade, ou seja, o conhecimento da máxima capacidade humana de destruição da dignidade (utilizando-se de todos os artifícios da razão, como tortura, tecnologia, ciência, urbanismo, higienismo social etc.), com auxílio da própria razão, só surgiria com a experiência da Segunda Guerra Mundial, marco histórico-existencial de um giro de concepções que haveria de reorientar as políticas internacionais (a partir da noção de DIDH fundada no pós-guerra, com o Tribunal de Nuremberg, a formação da ONU e a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos), bem como as próprias concepções filosóficas de mundo. É isso que faz com que a noção de dignidade pareça responder, num momento pós-moderno de reflexões, ao anúncio de uma identidade, ou de um termo comum, entre as diversas ideologias e linhas de pensamento contemporâneo<sup>69</sup>.

Apresentadas tais definições, observa-se que a dignidade da pessoa humana, além de ser considerada um fim em si mesmo, resulta também no fato de que, por sua vontade racional, a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser supostamente capaz de guiar-se pelas leis que ela próprio edita.

Daí decorre, como assinalou Kant, em sua obra *Fundamentos para a metafísica dos costumes*, que todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma<sup>70</sup>.

Trata-se (a dignidade da pessoa humana) de uma espécie de resumo das ambições constitucionais, suma ideológica, ou matriz principiológica que cumpre a “pretensão de correção do direito”, na dicção de Alexy. Esta complexa expressão, semanticamente carregada de diversas implicações, contém em si o resumo, a suma

<sup>68</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 21-22.

<sup>69</sup> Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 42-43.

<sup>70</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 21-22.



ideológica, a matriz principiológica... de todos os capítulos, seja do texto constitucional, seja de toda e qualquer proposta contida no ordenamento jurídico (relações de consumo; cumprimento de políticas públicas; atendimento de necessidades sociais; cerne das políticas econômicas e de distribuição de recursos; alicerces de tomadas de decisão em política legislativa; base da ideia de moralidade administrativa e exigibilidade de conduta dos governantes etc.). É ela a meta social de qualquer ordenamento que vise alcançar e fornecer, por meio de estruturas jurídico-político-sociais, a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana. No entanto, a “dignidade humana” atendida significa não propriamente a satisfação de querências individuais (ou idiosincrasias), mas de um *minimum* exigível socialmente, capaz, por seus recursos, meios e técnicas, de alcançar justiça social<sup>71</sup>.

### Ademais, em um conceito sociológico, o princípio da dignidade humana

identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença a que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *minimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de quem inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos<sup>72</sup>.

Observa-se que o autor deixou consignado o núcleo elementar desse princípio, ou seja, o mínimo existencial que um indivíduo deve possuir para não somente viver, mas sobreviver aos percalços mundiais de um mundo globalizado, onde o egoísmo e os interesses individuais são marcos da nova era tecnológica e que, por conseguinte, percorrem grandes extensões em uma velocidade social jamais vivida.

<sup>71</sup> BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, p. 48.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 335.

Apresentados alguns pontos essenciais da dignidade da pessoa humana, remete-se então à sua positivação no ordenamento jurídico pátrio.

Pela localização topográfica apresentada, ou seja, na abertura do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser, em hipótese alguma, ignorado do ponto de vista da hermenêutica constitucional (como se as normas de “Ordem Econômica” ou da “Ordem Tributária” valessem independentemente da validade dos princípios que inauguram o texto constitucional)<sup>73</sup>.

Na lição de José Afonso da Silva, a Constituição Federal 1988, quando positiva a dignidade como fundamento da República, da Federação, do País, da Democracia e do direito constituído, ultrapassa qualquer fronteira suprema do ordenamento jurídico e finaliza dizendo que “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”<sup>74</sup>.

Tem-se de plano que a dignidade da pessoa humana, por ser um vetor elementar do direito natural e devidamente positivada como direito fundamental na Carta Constituinte de 1988, deve ser vista como direito inalienável, irrenunciável e imprescritível.

Por inalienabilidade, entende-se que está jungida a não transferência, ou seja, não se negocia porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional é conferida a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> “É, portanto, norma semanticamente vinculativa da decisão judicial, das ações administrativas de Estado, a ser lida e interpretada ao lado das demais previsões constitucionais e infraconstitucionais, que lhe dão a afeição mais específica para a discussão de cada matéria. [...] E, enquanto a ordem constitucional der abrigo ao arbítrio, ao abuso, à dominação, à barbárie, decisões deverão enfrentar o embate do preceito da ‘dignidade da pessoa humana’ com os demais preceitos que lhe fazem obstáculo para o cumprimento desta meta.” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In Organização de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 35-65.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** vol. 212/89-94. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 1998, p. 92.

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

No que concerne à irrenunciabilidade da dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva escreve que não se renunciam direitos fundamentais<sup>76</sup>.

Na imprescritibilidade, pondera José Afonso da Silva, não se verificam requisitos que importem na prescrição do direito fundamental.

Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, com é o caso. Se são sempre exigíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição<sup>77</sup>.  
(grifos do original)

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, partindo da premissa de que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, relata que

constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>78</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo escreve sobre duas concepções da dignidade da pessoa humana: “a primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação, a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência”<sup>79</sup>.

Para os mais céticos na magnificência da dignidade da pessoa humana, Eduardo Carlos Bianca Bittar ajuíza que referida expressão

Serve, antes de tudo, como: 1) fundamento do direito e do próprio Estado; 2) norte das ações governamentais; 3) *télos* das políticas sociais; 4) princípio hermenêutico, especialmente em função da sua topografia textual, para todos os direitos humanos e demais direitos

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

<sup>78</sup> **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 41-42.

<sup>79</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** vol. 09/03-24. São Paulo: Padma, 2002, jan/mar. p. 5.

do texto constitucional (justiça social; política legislativa; moralidade administrativa; política econômica e tributária; políticas penitenciárias etc.); 5) diretriz para a legislação infraconstitucional; 6) base para a aplicação judicial dos direitos; 7) ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico; 8) foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana; 9) núcleo de sentido das práticas jurídicas; 10) fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana<sup>80</sup>.

Como um balanço teórico jurídico-filosófico da dignidade da pessoa humana com legado moderno na pós-modernidade, deve-se *repensar e revalorar*<sup>81</sup> o capital humano após um período de batalhas em um século onde o individualismo egoístico predominou<sup>82</sup>, juntamente com a descoberta e o avanço de novas tecnologias em um mundo massificado e desenfreado de ódio, pavor, rancor, desmoralização e falta de ética que prejudicam diretamente o consumidor.

Karl Marx, em a *Questão judaica*, relata de forma filosófica o individualismo egoístico que existe antes de qualquer direito do homem, como qualificativo intrínseco ao ser humano:

Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociada da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexos que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade do interesse particular, a conservação de sua propriedade e de suas individualidades egoísticas.

Os *droits de l'homme* aparecem como *droit naturels*, pois a atividade consciente de si mesmo se concentra no ato político. O homem egoísta é o resultado passivo, simplesmente encontrado na sociedade dissolvida, objeto de *certeza imediata* e, portanto, objeto *natural*. [...] O homem real só é reconhecido sob a forma de indivíduo *egoísta*; e o homem verdadeiro, somente sob a forma do *citoyen abstrato*<sup>83</sup>.

Para Eduardo Carlos Bianca Bittar tem-se que

<sup>80</sup> Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, p. 48.

<sup>81</sup> Expressões utilizadas por Eduardo Carlos Bianca Bittar no artigo Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, p. 55.

<sup>82</sup> MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2005, p. 36.

<sup>83</sup> MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2005, pp. 36-41.

Num mundo pós-moderno e multicultural devido à mundialização, a dignidade da pessoa humana não pode se traduzir num absoluto (fim) que admita em seu nome todo tipo de exploração, espoliação, dominação (meio), para que seja buscada e respeitada. Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna do respeito à pessoa humana<sup>84</sup>.

Desse modo, é necessário observar que o ser humano vive um momento complexo na pós-modernidade de um mundo efetivamente capitalizado onde, infelizmente, se inferioriza o mercado de consumo e relega à sua própria dignidade.

Por fim, referido vetor dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito deverá sempre nortear toda e qualquer norma, além de estar presente na execução destas e no subconsciente de cada julgador ao emanar suas decisões, pois é nele que se funde “a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões”<sup>85</sup>.

Observa-se, até o presente momento, que o ser humano com sua dignidade devidamente positivada ao longo da história deve ser respeitado no mercado de consumo.

Nesse sentido será analisado o direito do consumidor enquanto direito fundamental da pessoa humana para que, posteriormente, possa ser feita a abordagem da efetiva proteção do consumidor no âmbito do Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

---

<sup>84</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. São Paulo: Edifício, 2006, pp. 56-57.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** vol. 212/89-94. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, abr/jun. p. 94.

## Capítulo II – Direito do Consumidor enquanto direito fundamental da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro

### 1. Surgimento do Direito do Consumidor e sua natureza jurídica

O Direito do Consumidor, advindo de um microsistema privatista, possui suas raízes na Revolução Industrial de um modo geral, e, especificamente, é um direito fundamental constitucional e na evolução dos direitos passou a ser considerado, também, na ordem infraconstitucional.

Historicamente tem suas origens nas profundas mutações sociais pós-revolução industrial, aceleradas pela revolução tecnológica em andamento. Reflete as mudanças sociais e com ela se harmoniza, correspondendo às necessidades de um determinado momento histórico<sup>86</sup>.

Naquela fase da sociedade industrial, o interesse era especificamente pela produção e distribuição dos produtos, dessa forma, as proteções trabalhista e consumerista não eram devidamente organizadas, tampouco positivadas. Os documentos jurídicos eram omissos com relação à proteção do consumidor pelo Estado.

O aumento da produção e do consumo possibilitou o contato diário com uma gama cada vez maior de produtos que se tornaram, real ou presumidamente, necessários, abrindo um leque enorme de oportunidades para a ocorrência de danos notadamente em face dos produtos defeituosos ou mesmo do lançamento de produtos não suficientemente testados, na tentativa de superação da concorrência.

Adam Smith, em sua obra *A riqueza das nações*, citado por Leo Huberman, exprimiu que

---

<sup>86</sup> “O consumo, evidentemente sem as características atuais, acompanha o homem desde eras remotas. Não havia, porém, razões práticas nem questionamentos teóricos justificadores de tratamento e soluções específicas. O consumo ocorria de maneiras dispersas nem de longe se podia imaginar atividades empresarialmente organizadas. Assim, por exemplo, em Roma, o comprador, sem a adição da nora peculiar *consumidor*, poderia se socorrer do *quantum minoris*. A necessidade de soluções práticas específicas e, conseqüentemente, de indagações teóricas próprias decorre dos modernos fenômenos de produção e aquisição em massa, bem como estruturação empresarial de porte, como os problemas econômicos, sociais, jurídicos etc., daí advindos.” (CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **Responsabilidade civil: por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 25)

trabalho especializado é primordial para a riqueza pois: 1) o aumento da produtividade ocorre com a divisão do trabalho; 2) a divisão do trabalho aumenta ou diminui segundo o tamanho do mercado; 3) o mercado se amplia ao máximo possível pelo comércio livre. Portanto, o comércio livre proporciona a maior produtividade<sup>87</sup>.

Por essa desestruturação social e larga produção industrial, na falta de proteção do consumidor e outros fatores econômicos, o Estado Liberal passou a ser Estado Social com intervenção econômica.

A política do *laissez faire, laissez passer*<sup>88</sup>, advinda do liberalismo econômico, é mitigada e dá ensejo ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais reunidos como “direitos sociais”, ou de segunda geração.

Após a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos, iniciou-se um movimento denominado ‘dos consumidores’ estes, na busca de preservação de seus direitos, realizaram campanhas contra maus produtos ou serviços, exigindo de empresas, particularmente as montadoras de veículos, que indenizassem os consumidores ou trocassem os equipamentos defeituosos<sup>89</sup>.

No Estado Democrático de Direito, a proteção do consumidor pode ser estabelecida mediante a mensagem do Presidente John F. Kennedy ao Congresso Americano, proferida em março de 1962, reproduzida por Carlos Ferreira de Almeida:

Constitui um amplo programa de reformas consonantes com os interesses dos consumidores, a que a legislação e a prática judicial e administrativa deram efetiva seqüência, colocando os Estados Unidos na posição porventura mais avançada nesta matéria, foi igualmente um marco para o despertar desta questão, com repercussões nos planos interno e internacional<sup>90</sup>.

Porém, a Resolução da Organização das Nações Unidas nº 39/248, de 16 de abril de 1985, estabeleceu diretrizes para a defesa do consumidor (*Guidelines for Consumer Protection*), podendo ser considerada como marco inicial de proteção e

<sup>87</sup> HUBERMAN, Leo. **Histórica da riqueza do homem**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 141-142.

<sup>88</sup> “O liberalismo econômico é parte de uma doutrina maior, com desdobramento no nível político. Ele propugna a liberdade do *individuo*, enquanto cidadão, produtor e consumidor. A famosa palavra de ordem fisiocrata “laissez faire, laissez passer” (deixa fazer, deixai passar) proclama o direito de cada um produzir o que deseja e de comprar e vender em qualquer mercado. Este direito no plano econômico, se conjuga com o direito de livre expressão do pensamento, de reunião e manifestação e de participação (mediante o voto) nas escolhas dos governantes. Este direitos implicam o controle do governo pelos cidadãos ou seus representantes eleitos [...]” (SINGER, Paul. **O capitalismo: sua evolução, sua lógica e sua dinâmica**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 19)

<sup>89</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, p. 202.

<sup>90</sup> **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 30. *Apud* CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **Responsabilidade civil: por fato do produto no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 28.

atenção ao consumidor, destinadas aos Estados filiados, tendo em conta os interesses e as necessidades dos consumidores de todos os países e, particularmente, daqueles em desenvolvimento, reconhecendo que os mesmos consumidores enfrentam amiúde desequilíbrio em face da capacidade econômica, do nível de educação e do poder de negociação<sup>91</sup>.

Resumidamente, os direitos do consumidor foram assim arrolados na resolução da ONU:

- a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança;
- b) a promoção e a proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permite fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e as necessidades de cada um;
- d) a educação do consumidor;
- e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor em face dos danos ou prejuízos sofridos; e
- f) a liberdade de constituírem-se grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade para que essas organizações sejam ouvidas quanto às suas opiniões nos processos de adoção de decisões que os afetem<sup>92</sup>.

Cita-se, ainda, a exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, datada de 3 de maio de 1989, na qual foi mencionada a obra de J. M. Othon Sidou, que registrou

ser utópico elaborar um estatuto de proteção ao consumidor em sentido locupletíssimo, porque o cotidiano “struggler for life” se

---

<sup>91</sup> **Exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor.** Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 maio 1989, Seção 2, p. 1663. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMID736B189700174E618C00EF8DA589D98CPTBRIE.htm>>. Acessado em: 04.09.2009>.

<sup>92</sup> **Exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor.** Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 maio 1989, Seção 2, p. 1663. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMID736B189700174E618C00EF8DA589D98CPTBRIE.htm>>. Acessado em: 04.09.2009.



encarregaria de revelar sempre algo a prevenir, mesmo que nos subsidiassem, beneditinamente coligados e sem ausência de um só, todos os códigos, todas as leis, todos os ordenamentos, desde os senectos monumentos legislativos de ontem aos modestos e não raro canhestros provimentos burocráticos de hoje, posto como todos são tomados no não intuitivo de resguardar as relações do homem coletivizado, do consumidor, portanto. [...] Quem se aventurasse, nesta lógica de raciocínio, a fazer uma lei completa na espécie, correria parelha com os alquimistas do passado na busca da pedra filosofal ou com os físicos ainda hóspedes dos manicômios na cata do “moto-contínuo”, arrematando ser este o sentido da matéria objetivamente encarado. Logo, não há um direito específico do consumidor<sup>93</sup>.

Dessa forma e abordados os documentos consumeristas anteriores à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, entende-se que o direito do consumidor deve ser enfrentado e estudado como norma social que visa proteger os interesses individuais do ser humano, principalmente direitos relacionados à vida, à saúde, à segurança, à ordem econômica, informação adequada, educação consumerista e reparação por prejuízos sofridos.

Por seu teor social relacionado à atividade econômica, o direito do consumidor está inserido no contexto constitucional-econômico, por meio do princípio fundamental da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB) como fundamento básico do Estado Democrático de Direito e com previsão no inciso V do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, advém o consumidor da sociedade capitalista de massa, ou seja, com o advento das grandes indústrias e produções em série, aumentou-se a oferta de produtos e serviços possibilitando que grande parte das pessoas tivesse acesso a bens de produção manufaturados, fabricados, distribuídos, comercializados, visando sempre ao destinatário final destes produtos para se utilizarem em seu favor ou em favor de sua família.

Ensina Rizzatto Nunes

Vamos partir do período pós-Revolução Industrial. Com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de

---

<sup>93</sup> **Proteção ao consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 2 e 3. *in* **Exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor.** Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 maio 1989, Seção 2, p. 1663. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMID736B189700174E618C00EF8DA589D98CPTBRIE.htm>>. Acessado em: 04.09.2009.

demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se a pensar num modelo capaz de entregar, para mais pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção. Essa produção homogeneizada, “standartizada”, em série, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e uma aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas. Este modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial teve um incremento, e na Segunda Guerra Mundial se solidificou<sup>94</sup>.

Decorrente do mercado avassalador sem previsão legal de proteção do consumidor, mais produtos foram criados e fabricados em grandes quantidades, fazendo surgir um número grandioso de contratos realizados entre o fabricante e o consumidor.

Assim foram criados os contratos de adesão, ou seja, com a grande escala de oferta e procura, os consumidores passaram a adquirir grandes quantidades de produtos e serviços de fornecedores, não havendo opção de discussão sobre a formação do contrato decorrente da oferta, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, em que as partes se submetem a condições recíprocas de acordo e cláusulas previamente discutidas<sup>95</sup>.

Com essas novas condições de comercialização de produtos e serviços unidos a contratos de adesão, surgem os consumidores na literal acepção da palavra, protegidos constitucional e infraconstitucionalmente.

Portanto, a natureza jurídica dos direitos dos consumidores é de direito fundamental constitucional por serem pessoas essenciais no desenvolvimento econômico nacional, equiparadas ao cidadão, devendo ser protegidas pelo Estado Democrático de Direito, baseados na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa, conforme os incisos II, III e IV do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

---

<sup>94</sup> NUNES, Rizzatto. **Comentário ao Código Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

<sup>95</sup> “E por que o contrato é de adesão? Ele é de adesão por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele não discute cláusula alguma. Para comprar produtos e serviços, o consumidor só pode examinar as condições previamente estabelecidas pelo fornecedor e pagar o preço exigido, dentro das formas de pagamento também prefixadas.” (NUNES, Rizzatto. **Comentário ao Código Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 2-5)

Destarte, além dos princípios fundamentais previstos no art. 1º da Carta Republicana, Rizzatto Nunes, equiparando os consumidores ao cidadão, estende àqueles todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão<sup>96</sup>.

## 2. Conceito de consumidor

Estudadas breves disposições sobre a história e a natureza jurídica do consumidor no Direito brasileiro, passa-se à análise do conceito de consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, observado o conceito infraconstitucional com previsão constitucional e sua equiparação ao cidadão.

Conforme ensina Cláudia Lima Marques, antes de se ter uma definição de consumidor é necessário interpretar o que significa o termo “destinatário final” previsto no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, assim

Destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (Endverbraucher)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviço. [...] Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem e serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um uso de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço. Parece-me que destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo da sua produção<sup>97</sup>. (grifos do original)

<sup>96</sup> NUNES, Rizzatto. **Comentário ao Código Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

<sup>97</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 83-84.

Analisado o conceito de destinatário final, passa-se ao efetivo conceito de consumidor, podendo ser examinado sob diversos ângulos: sociológico, psicológico, econômico, jurídico, dentre outros.

Sociologicamente, o consumidor deve ser considerado qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, e pertence a uma determinada categoria ou classe social. Psicologicamente, como indivíduo sobre o qual se estudam as reações, a fim de se particularizar critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo<sup>98</sup>.

Na esteira do pensamento sociológico marxista, Fábio Konder Comparato escreve que

o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de retificação acabou *transformando hodiernamente o consumidor* e o eleitor, por força da técnica da propaganda de massa, em mero objeto de direito. E a engenharia genética, por sua vez tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem<sup>99</sup> (grifamos).

Com essa proteção marxista, o homem é reduzido à coisa ou a mero objeto que passou a ser fabricado e comercializado por ele próprio por meio de inseminações artificiais.

Sob o aspecto econômico, Antônio Herman V. Benjamin observa que o conceito não varia muito e cita definição do dicionário inglês de economia moderna, o qual tipifica que consumidor é

qualquer agente econômico responsável pelo ato de consumo de bens finais e serviços. [...] Tipicamente, o consumidor é entendido como um indivíduo, mas, na prática, consumidores serão instituições, indivíduos e grupos de indivíduos. Neste aspecto, deve-se notar que o agente consumidor para a tomada de muitas decisões é a família, e não o indivíduo. Isto importa na medida em que as famílias podem tomar decisões grupais baseadas em algum compromisso entre as necessidades individuais dentro da família, ou, ainda, mais provável, com base em julgamentos paternalísticos por membros mais idosos

<sup>98</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Conceito do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 28-29.

<sup>99</sup> **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

da mesma. A demanda de consumo pode, pois, ser parcialmente considerada no contexto de decisões grupais – refletindo alguma função de bem-estar social que cobra todos os membros da família<sup>100</sup>.

Assim, as três acepções examinadas – sociológica, psicológica e econômica – afirmam “ser consumidor aquele que consome bens ou frui serviços destinados à satisfação de suas *necessidades privadas*”<sup>101</sup>.

Da perspectiva jurídica existem divergências sobre quem é o sujeito-consumidor. Discute-se se somente a pessoa física ou também a pessoa jurídica é titular ou não de direitos consumeristas, além da dicotomia existente entre os adeptos da corrente finalista e maximalista.

A questão é solucionada antes mesmo das definições doutrinárias, pelo texto infraconstitucional, em seu art. 2º, que estabelece

consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.  
Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Antônio Herman V. Benjamin define consumidor como

todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais<sup>102</sup>.

Para J. M. Othon Sidou,

consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço,

<sup>100</sup> DAVID W., Pearce. **The dictionary of modern economics**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1983, p. 80 *In* BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 71.

<sup>101</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 72.

<sup>102</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 78.

independentemente do modo da manifestação da vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir<sup>103</sup>.

Por outro lado, o Ministro Eros Grau, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 567.454/BA, que discutiu as condições de cobrança de assinatura mensal na telefonia fixa de determinada região do Estado da Bahia, relatou que

[...] As relações de consumo são acessíveis unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação bem diferente daquela em que se coloca o cidadão usuário do serviço público. No Brasil, seguramente, há mais de cento e oitenta milhões de cidadãos. Mas não há tantos consumidores, porque o número daqueles que têm capacidade econômica suficiente para ir aos mercados é menor que o número de cidadãos. Aí não há uma relação de consumo; há uma prestação de serviço público. [...] Não posso tratar o cidadão usuário de serviço público como consumidor; porque, ainda que ele não tenha renda suficiente para ir aos mercados, nele há o direito ao uso do serviço público<sup>104</sup>.

Importante ressaltar que por essa concepção abordada pelo Ministro Eros Grau foi excluído do rol de consumidores o cidadão que usufrui tão somente dos serviços públicos, aí inclusos telefonia, água, luz e gás encanado, colocando em evidência o § 2º, primeira parte, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que reza “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração [...]”.

Diferentemente do conceito legal e doutrinário da maioria quanto à proteção das pessoas jurídicas sob a perspectiva do princípio da vulnerabilidade, José Geraldo Brito Filomeno as exclui da definição pela simples constatação de que dispõem as pessoas jurídicas de força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e pela morosidade crônica da justiça comum<sup>105</sup>.

E complementa escrevendo que

<sup>103</sup> Fundamento constitucional. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 29.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Defesa do consumidor no serviço de telefonia móvel** – Tribunal Pleno – RE nº 567454-BA, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe de 28/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acessado em: 13.09.2009.

<sup>105</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Conceito do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 32-33.

prevaleceu, entretanto, [...], a inclusão da pessoa jurídica igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa.

Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas *equiparadas aos consumidores vulneráveis*, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementando essa pedra de toque do “consumerismo”, diríamos que a “destinação final” de produtos ou serviços, ou seja, sem fim negocial, ou “uso não profissional”, encerra esse conceito fundamental<sup>106</sup>.

Analisadas as discussões que envolvem a pessoa jurídica, passa-se para a análise da dicotomia encontrada na doutrina sobre quem deve ser considerado o destinatário final do consumo, em uma visão finalista (restritiva) e maximalista (ampla).

No entendimento de Cláudia Lima Marques,

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a *parte vulnerável* nas relações contratuais no mercado, com afirmação no próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, exposto nos arts. 4º e 6º. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável (grifos do original)<sup>107</sup>.

Nesse diapasão resta dúvida de quais consumidores seriam vulneráveis dentro de uma escala econômica de poder aquisitivo, isto é, qual grupo de sociedade poderia ser delimitado como parte mais fraca na aquisição de produtos e serviços? Ou seja, renomado advogado especializado em contratos imobiliários que adquire um imóvel para sua utilização e de sua família e, durante esta aquisição, intermediada por uma pequena imobiliária, surgem alguns entraves de ordem técnico-contratual poderia ser considerado consumidor vulnerável?

<sup>106</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Conceito do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 33.

<sup>107</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 67-69. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 34-35.

Verifica-se que a vulnerabilidade, por ser subjetiva, deve ser aplicada para todos os consumidores, independentemente dos fins que o produto e o serviço serão utilizados.

Há, ainda, a doutrina finalista (restritiva) que enxerga o consumidor como “aquele que se utiliza de bem ou frui serviço imprescindível à sua sobrevivência, com ênfase especial à alimentação mas incluindo, ainda, o vestuário, o transporte, a saúde, a educação e o lazer”<sup>108</sup>.

Então, na corrente finalista, consumidor é considerado aquele que se utiliza de produtos ou serviços para fins particulares sem a vontade de auferir lucro.

Por outro lado, existe a corrente maximalista que abrange, em uma maior quantidade, as espécies de consumidores podendo também ser considerados os profissionais que adquirem produtos ou serviços necessários em sua atividade meio.

Para os formadores de tal corrente, pondera Cláudia Lima Marques

Veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional.

O CDC seria um Código geral sobre o consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que a normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome; por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado que adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família<sup>109</sup>.(grifos do original)

---

<sup>108</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 72.

<sup>109</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.



Observadas as duas correntes doutrinárias sobre o conceito de consumidor, tem-se ainda uma terceira corrente mais restrita, conforme observa Cláudia Lima Marques, que é a interpretação finalista aprofundada.

De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma diferenciada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. [...] Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás<sup>110</sup>.

Nessa amplitude conceitual, consumidor é

[...] aquele que usa bem ou frui serviço para a satisfação de *qualquer necessidade*, seja de sobrevivência, essencial, fútil ou, até mesmo, quando por trás do ato de consumo não há qualquer necessidade real, mas simples indução de *marketing*<sup>111</sup>.

Enfim, consumidor é aquele que adquire o produto ou o serviço para ser utilizado em uma condição final, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, basta que a destinação contribua para seu interesse pessoal.

## 2.1. Consumidor por equiparação

Além do consumidor previsto no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, deve-se, também, entender por consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que atue intervindo nas relações de consumo, ou seja, os denominados consumidores por equiparação, conforme previsão do parágrafo único do artigo supracitado.

<sup>110</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

<sup>111</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 72.

Referido parágrafo, após análise superficial, deixa patente a posituação dos direitos de determinado consumidor individual, bem como de consumidores indeterminados.

Waldírio Bulgarelli, citado por José Geraldo Brito Filomeno, conceitua o consumidor por equiparação como

aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos<sup>112</sup>.

Assim, pode-se considerar consumidor por equiparação aquelas pessoas simplesmente presenteadas com produtos ou serviços, ou mesmo aquelas pessoas que poderão potencialmente se tornar consumidoras de determinado produto ou serviço, por exemplo, o eletrodoméstico adquirido por uma família ou mesmo a ingestão de alimentos estragados em uma festa familiar.

Na concepção de José Geraldo Brito Filomeno, consumidor por equiparação

É a *universalidade, conjunto* de consumidores de produtos ou 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 *previna*, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se, 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 se possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis [...] <sup>113</sup>.(grifos do original)

Logo, protege a classe de potenciais consumidores atingidos pelo fato do produto ou do serviço, ou vício do produto ou do serviço.

Cláudia Lima Marques ensina que

<sup>112</sup> Tutela do consumidor na jurisprudência e *de lege ferenda*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** vol. 49. Nova Série, ano XVII, nº 49, 1984, pp. 41-42 *In* Ada Pellegrini Grinover (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 42.

<sup>113</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Política nacional de relações de consumo. *In* Ada Pellegrini Grinover (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 42.

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade destas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei<sup>114</sup>.

Por fim, o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que para as práticas comerciais relacionadas à publicidade, abusividade e cobranças de dívidas, além da proteção contratual, com cláusulas abusivas e contratos de adesão, “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Observa-se, então, que o consumidor por equiparação também deverá possuir as mesmas proteções do consumidor direto e por ser atribuído o conceito a todas as pessoas que estão sujeitas às práticas comerciais, tem-se então que, segundo Rizzatto Nunes,

[...] A rigor, como a figura do consumidor, em larga medida, equipara-se à do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física. Dessarte, por exemplo, os princípios fundamentais instituídos no art. 5º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo constitucional<sup>115</sup>.

E complementa o mesmo autor em outro momento de sua obra:

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição que, partindo do elemento mais concreto – daquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final –, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

<sup>115</sup> NUNES, Rizzatto. **Comentário ao Código Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

<sup>116</sup> NUNES, Rizzatto. **Comentário ao Código Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

Analisadas todas as vertentes conceituais de consumidor, partindo de uma interpretação infraconstitucional cumulada com o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se fundamentalmente que o indivíduo consumidor no atual Estado Democrático de Direito pode e deve ser protegido pelos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, mesmo aquele em potencial consumo de bens e serviços, logo todo ser humano em solo brasileiro deve ser consumidor ou ao menos equiparado.

### 3. Conceito de fornecedor

Convém, neste tópico, traçar breves apontamentos sobre o conceito de fornecedor na ótica do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 8.078/90 estabelece em seu art. 3º um amplo conceito de fornecedor:

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.

Para José Geraldo Brito Filomeno

[...] fornecedor é qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produto ou serviço, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual<sup>117</sup>.(grifos do original)

Filomeno ainda explica que o fornecedor é quem propicia a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de forma que dê atendimento às suas necessidades, a que título for, sendo importante que haja distinção entre as diversas espécies de fornecedor com o objetivo de responsabilização dos danos causados aos consumidores, ou mesmo para que entre eles, fornecedores, possa existir a possibilidade de identificação na via regressiva nos moldes da solidariedade pertinente à efetiva proteção ao consumidor<sup>118</sup>, ou seja, poderá ser detectado que o

---

<sup>117</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Conceito de fornecedor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

<sup>118</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Conceito de fornecedor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

consumidor final agiu sem dolo e culpa, sendo possível regressar contra o fabricante de determinado produto, por exemplo.

Importante frisar que a atividade do fornecedor consiste na regularidade estabelecida como comerciante, pois a simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo, ou seja, será um ato civil regulado pelos Códigos Civil ou Comercial<sup>119</sup>.

Objetivamente, fornecedor será sempre aquele que visa lucro com sua atividade que é a transferência de produtos ou serviços para o destinatário final, lembrando sempre o caráter habitual que deve permear as transações.

#### **4. Posituação do Direito do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro**

A previsão do Direito do Consumidor na ordem constitucional se deve à necessidade de conter os abusos praticados contra os mesmos consumidores. Assim, a Constituição Federal positiva essa proteção nos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, além de previsões nos arts. 150, § 5º, e 175, que cuidam dos “direitos dos usuários” e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, que determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a *defesa do consumidor*;

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* (grifamos).

---

<sup>119</sup> “Por exemplo, se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um ‘destinatário final’, não de tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.” (NUNES. Rizzatto. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101)

No mesmo texto constitucional o legislador constituinte asseverou que os consumidores, por meio de lei, deverão ser esclarecidos a respeito dos impostos que incidam sobre as mercadorias e serviços, conforme o § 5º do art. 150.

Ainda em assunto constitucional, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inciso II do art. 175 da Carta Federal, quando alude a “usuários” de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público e estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sobre regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E seu parágrafo único diz que a lei disporá sobre “os direitos dos usuários”, no caso, e à evidência, “usuários-consumidores” dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos<sup>120</sup>.

Como se pode observar, a opção do constituinte originário foi evidenciada em vários dispositivos do texto constitucional em favor da defesa do consumidor, impondo ao legislador ordinário a tarefa de tornar efetivo esse propósito<sup>121</sup>.

Nesse diapasão serão analisadas questões concernentes aos consumidores e seus direitos no ordenamento infraconstitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso XXXII do art. 5º, e no inciso V do art. 170, estabelece a obrigatoriedade de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser fundado em dois postulados: ordem pública e interesse social.

Por ordem pública entende-se o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e bens, na saúde e na tranquilidade públicas<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Fundamento constitucional. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 22.

<sup>121</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. In **Revista de Direito do Consumidor** 43/69-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set. 2002, p. 72.

<sup>122</sup> SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 610.

O interesse social é inerente a qualquer sociedade de direito. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico de convívio social<sup>123</sup>.

Baseado nesses dois postulados constitucionais, ordem pública e interesse social, além do princípio da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, defesa do consumidor e demais princípios consumeristas que serão analisados posteriormente, o indivíduo está fundamentalmente protegido contra o poder econômico abusivo atrelado à devida concretização por parte de todas as entidades públicas e privadas.

Além da própria previsão constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi baseado no art. 48 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.<sup>124</sup>

Importante destacar que não poderá ser omitido o conteúdo do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que

Art. 7º os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Como pode ser observado pelas inúmeras citações da defesa do consumidor na ordem constitucional, diferentemente da França onde o Código se originou de uma simples decisão ministerial, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro teve total sustentação na Constituição. No entanto, a opção do constituinte de 1988 por um Código e não por uma lei contribuiu para dar coerência e homogeneidade a esse ramo do direito, além de fortalecer o tratamento da matéria<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 55 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96.

<sup>124</sup> Art. 48 do ADCT – “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

<sup>125</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. 43/69-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set. 2002, p. 72.

Após inúmeros debates nas Casas Legislativas, o Código de Defesa do Consumidor foi sancionado e publicado com a seguinte estrutura: são seis títulos, sendo o primeiro que prevê os direitos do consumidor; o segundo que orienta sobre as infrações penais, não eximindo outras condições do Código Penal brasileiro; o título três que trata da parte processual ou da defesa do consumidor em juízo com a previsão das ações coletivas em sentido amplo; o título quatro, que prevê os órgãos que compõem o sistema nacional de defesa do consumidor, bem como suas competências; o título cinco com um único artigo – art. 107 já que o art. 108 foi vetado – positiva a convenção coletiva de consumo; e, por fim, o título seis que estabelece as disposições finais.

O direito do consumidor com suas especificidades microssistêmicas criou autonomia, embora esteja conectado a outros ramos do direito diante de seu desdobramento que enseja à proteção de direitos fundamentais à vida, à saúde, à integridade física e moral, à personalidade etc.

Muito embora se tenha discutido à época da publicação da lei sobre o tema, o direito do consumidor, segundo Antônio Herman V. Benjamin, apresenta todos os pressupostos de autonomia:

a vastidão da matéria, a ponto de merecer um estudo particularizado; a especialidade de princípios, conceitos, teorias e instrumentos (o conceito de consumidor e fornecedor, a convenção coletiva de consumo, a contrapropaganda; os crimes de consumo, a irrenunciabilidade de muitos dos benefícios, a interpretação *in dubio pro consumidor*, a criação de Varas, Promotoria de Justiça e Delegacias especializadas), um *método próprio*, isto é, o emprego de processos especiais de interpretação de sua formulação e problemática (grifo originais)<sup>126</sup>.

De qualquer forma, este ramo do direito deve ser interpretado em conjunto com o princípio da dignidade humana, ou seja, deve ser levado em consideração o ser humano com todas as suas idiosincrasias.

## 5. Princípios referenciais para a proteção do consumidor

---

<sup>126</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V., O direito do consumidor. RT 670/49-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/1991, p. 56.



Os princípios jurídicos que serão abordados servem como ideia de *justiça*<sup>127</sup> cujo sentido decorre de sua interpretação e aplicação de forma que possa ser proteção a todos os seres humanos<sup>128</sup>. Assim, cabe aos aplicadores do direito consumerista uma leitura básica desses princípios que devem nortear desde as mais simples relações de consumo, podendo seguir até a última instância judiciária.

Historicamente, diz-se que os princípios são provenientes de textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas e que participam do Direito de forma direta ou indireta. Pela tradição judaico-cristã, aspira-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio que abarca um conceito vasto de normas. Da filosofia grega colhe-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das principais leis do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito basilar de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do direito, tais como: “viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”<sup>129</sup>.

Por princípios, entende Paulo Bonavides, citado por Daniel Sarmento, que “foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico de novos sistemas constitucionais”<sup>130</sup>.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios como

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou

<sup>127</sup> Nesse sentido, “do ponto de vista dos princípios jurídicos, o direito do consumidor vem ser um instrumento para a efetivação de uma ideia de *justiça* cujo sentido passa pela interpretação e aplicação do princípio da *igualdade material* (art. 5º, *caput* da CF/1988), a partir do reconhecimento da desigualdade existente nas relações de consumo (art. 4º, I do CDC)” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. In Cláudia Lima Marques (coord.). **Revista de Direito do Consumidor**. 69/32-86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80).

<sup>128</sup> Nesse sentido, “A referência a um novo sujeito de direitos, o consumidor, é, antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica da pessoa numa determinada relação, a relação de consumo. A rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras” (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor** Vol. 43/111-132. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2002, p. 121).

<sup>129</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 326-327.

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria, pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, p. 38.

inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]”<sup>131</sup>.

Já de acordo com De Plácido e Silva, os princípios significam as “normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa”<sup>132</sup>.

O mesmo autor ensina ainda que

Os princípios revelam os conjuntos de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie da ação jurídica, traçando, dessa forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostra-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito<sup>133</sup>.

Luís Roberto Barroso, escrevendo sobre os princípios constitucionais, leciona que

[...] explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte, isso serve de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes são os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete<sup>134</sup>.

Selecionando os princípios constitucionais como linha mestra para as aplicações normativas, aplicam-se

exigências éticas revestidas de historicidade, que evoluem no tempo acompanhando as mundividências da sociedade. Desta forma os valores jurídicos afloram perante o tempo e para a sociedade em

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

<sup>132</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1094.

<sup>133</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1095.

<sup>134</sup> Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou imediata. A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que os princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 327-328).

decorrência da ampliação dos princípios constitucionais fundamentais<sup>135</sup>.

Nessa esteira, importante citar lição de Antonio Henrique Perez-Luño quando faz importante distinção entre os princípios e valores aplicados aos direitos fundamentais, como normas de segundo (princípios) e de terceiro grau (valores), sendo as leis normas de primeiro grau.

Os valores não contêm especificações em relação a casos que devem ser aplicadas, ou as consequências jurídicas que devem seguir a sua aplicação, ideias de orientação que, como indiquei anteriormente, fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e orientação de todos os restantes das normas do ordenamento jurídico. Os valores formam, portanto, o *contexto histórico-espiritual* da interpretação da Constituição e, em especial, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais [...]. Os princípios, por seu turno, possuem um grau maior de aplicação e especificação que os valores respectivos às situações que podem ser aplicadas e às consequências jurídicas de sua aplicação, mas sem ser todavia normas analíticas. De outro lado, os princípios, já tem um significado hermenêutico (metodológico), já se estabelecem como fontes do direito (ontológicos) ou como determinações de valor (axiológicos), recebem peculiar orientação no sentido daqueles valores que especificam ou concretizam. [...] <sup>136</sup>. (grifos do original)

Daniel Sarmento afirma que

No caso brasileiro, este processo assume um relevo especial, em razão da riqueza axiológica da Constituição de 1988, que conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc.) muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista [...], ou mais totalitário (e. g. parte geral do Código Penal, editada durante a ditadura Vargas), terá de ser revestida pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 78-79.

<sup>136</sup> Por metanormas, entende o autor como princípios ou normas de segundo grau (*grado*), que se dirigem a indicar como se devem interpretar, aplicar e integrar as normas de primeiro grau (como leis). O autor faz uma analogia a esta norma de segundo grau como se fosse a aplicação da "lei da vantagem" no futebol. Em ambos os casos trata-se de: a) aplicação de outras regras; b) devem aplicar quem está designado a dirimir uma controvérsia (árbitro ou juiz); c) servem para introduzir exceções às regras de primeiro grau; d) representam um certo grau de neutralidade ou indiferença ao conteúdo da regra primária [...] in PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 291-292.

<sup>137</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 04. São Paulo: Renovar, 2002, p. 81.

Nesse contexto de normas anteriores que também devem ser aplicadas em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fica patente que

O princípio da unidade da constituição é uma exigência de “coerência normativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar regra e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem”, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça<sup>138</sup>.

Claus Wilhelm Canaris, citado por Paulo Valério Dal Pai Moraes, ensina que os princípios possuem quatro características fundamentais: constantemente entram em choque, surgindo as antinomias jurídicas de mais alto grau e que precisam ser dirimidas; não possuem pretensão de exclusividade; adquirem sentido em uma combinação de complementação e de restrições recíprocas; e, por último, precisam do auxílio de subprincípios e valores das regras para a sua concretização, ou seja, de preceitos que possuam conteúdo material<sup>139</sup>.

Por fim, é salutar informar que para aplicação dos princípios fundamentais há que se ter em mente que o ordenamento consumerista deve ser aplicado com base no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de leis esparsas que protegem o consumidor e que regulam os princípios da ordem econômica.

### **5.1. Princípios constitucionais de proteção na defesa do consumidor**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu aos consumidores a sua devida defesa relacionando-a no rol dos direitos fundamentais, conforme estabelece o inciso XXXII do art. 5º: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além dessa proteção, fez menção ao consumidor, como um dos princípios gerais da atividade econômica, no inciso V do art. 170.

Assim, ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado, criou a Constituição uma antinomia necessárias a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativizadas dos princípios em conflito, que não mais

<sup>138</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993, p. 192.

<sup>139</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Princípios constitucionais aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor**. Vol. 18/39-69. Ano XIX. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Rio Grande do Sul: Livraria Editora Acadêmica, 1997, pp. 42-44.

podem ser interpretadas de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional<sup>140</sup>.

Logo, o consumidor adentrou na Constituição tendo o Estado como seu principal garantidor, referida proteção sendo então considerada um direito fundamental. Para tanto, serão analisados os princípios constitucionais fundamentadores para qualquer defesa da pessoa, destinatário final, de produtos e serviços.

O primeiro princípio constitucional de proteção ao consumidor é o princípio da igualdade.

Referido princípio constitucional fundamental estabelecido no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser analisado em todas as disciplinas do Direito, não sendo diferente com os direitos do consumidor, principalmente sob a ótica de sua concretização junto ao Supremo Tribunal Federal.

O princípio jurídico da igualdade pode ser compreendido, segundo as palavras da Ministra Cármen Lúcia, como

[...] Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas. [...] A igualdade no Direito é a arte do homem. Por isso o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da ideia de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo. [...] <sup>141</sup>.

Cláudio Lembo leciona que o princípio da igualdade

<sup>140</sup> “A procura deste caminho do ‘meio’ é a nova linha de interpretação conforme a Constituição imposta pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em caso envolvendo os estabelecimentos de ensino e a noção de livre iniciativa e a defesa do consumidor (ADIn 319-4/DF), o Min. Moreira Alves ensina: ‘... havendo possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes nos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna. [...] Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça apenas *a posteriori*, como o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também *a priori*, até porque a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente *a posteriori* que, às mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido.’ (DJ 30.04.1993).” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147)

<sup>141</sup> **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, pp. 28 e 94 *in* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno – ADI nº 2.649/DF – rel. Min. Cármen Lúcia. Publicado no *DJe* nº 197, de 17.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acessado em: 13.09.2009.

É uma declaração solene, de natureza formal. Apesar de sua mera formalidade, soa como expressão positiva, pois dirige-se a todas as pessoas e às autoridades, exigindo-lhes tratamento isonômico nas relações públicas e particulares.

A Igualdade de todos – governados e governantes – perante a lei é um dos princípios basilares do *Estado de Direito*, aquele que subordina os particulares e a administração pública às regras abstratas (as leis). O Estado de Direito indica os limites de atuação dos particulares e da administração pública e, como consequência, se torna o guardião das liberdades<sup>142</sup>. (grifos do original)

Por ser o indivíduo desigual em seus direitos e obrigações no mercado econômico do sistema capitalista pós-moderno, o princípio da igualdade favorece e dá justiça àqueles mais vulneráveis ou mesmo hipossuficientes frente aos fornecedores de produtos e serviços, ou partindo da premissa de que todos são consumidores igualmente vulneráveis, oferece ampla proteção.

Nas palavras de Paulo Valério Dal Pai Moraes,

o consumidor, no mundo moderno, foi obrigado a estar submisso aos fornecedores de produtos ou de serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas, ingressando, assim, numa posição de dominado frente às imposições de falta de qualidade, de carência de informação, de inexistência de conhecimentos específicos e outras, imposta pelo dominador-fornecedor, o qual tem compromisso, na maioria das vezes, com o lucro e continuidade de sua atividade. Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o CDC, como forma de igualar integrantes da relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para a obtenção de respeito e, conseqüentemente, de força para impor sua vontade<sup>143</sup>.

O consumidor, como lado mais frágil da relação com o fornecedor em geral, possui proteções que muitas vezes são desconsideradas no mercado de consumo. Sendo assim, pela Política Nacional de Relações de Consumo, que objetiva diversos fatores protetivos, dentre eles o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, foi positivada a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, desse modo, por exemplo, com a inversão do ônus da prova pelo fornecedor em favor do consumidor, como meio de facilitação da defesa.

<sup>142</sup> LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007, pp. 164-165.

<sup>143</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Princípios constitucionais aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor**. Vol. 18/39-69. Ano XIX. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Rio Grande do Sul: Livraria Editora Acadêmica, 1997, p. 47.

Nesse aspecto, relaciona-se o inciso I do art. 4º do Código Consumerista em que temos o princípio da vulnerabilidade do consumidor como desdobramento do princípio da igualdade, conforme pondera Cláudia Lima Marques:

Os novos estudos europeus sobre a vulnerabilidade, em termos de noção, procuram distingui-la de sua fonte ou base filosófica: a igualdade ou desigualdade entre os sujeitos. Isso porque a igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada a qual apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos<sup>144</sup>.

Outro aspecto que pode ser citado como aplicação do princípio da igualdade nas relações de consumo é o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, descrito no art. 28<sup>145</sup> do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, o princípio da igualdade constitucional serve como base nas relações de consumo e, de acordo com a lição de Adriana Zawada Melo,

[...]. A igualdade continua existindo como direito de “primeira geração”, porque limita o poder do Estado no sentido de resguardar os indivíduos do arbítrio. Mas ela ganha um novo significado como fundamento dos direitos econômicos e sociais, projetando-se neles e em seus desdobramentos por conta de novos objetivos que os estados democráticos passaram a perseguir e que implicam valorizar sobremaneira a atuação concreta da igualdade [...]<sup>146</sup>.

Objetivos esses que estão relacionados ao desdobramento do consumo nas questões de saúde, moradia, propriedade, qualidade de vida, dentro de outros aspectos sociais.

Outro princípio que é basilar e vetorial para a proteção dos consumidores é o princípio da liberdade.

<sup>144</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

<sup>145</sup> Art. 28 do CDC – “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

<sup>146</sup> MELO, Adriana Zawada. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 07, n. 01. pp. 97-116. Osasco: Edifício, 2007, p. 107.

Para este princípio serão abordadas as liberdades individuais do consumidor que agem de forma particular em cada relação com o fornecedor.

José Afonso da Silva descreve a liberdade *da pessoa física* (também impropriamente chamada *liberdade individual*, já que todos o são) como a primeira forma de liberdade que o homem teve de conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão<sup>147</sup>.

Em razão das palavras escritas por este doutrinador, pergunta-se: Que será liberdade? Qual o seu conceito, qual o seu conteúdo? Já Montesquieu advertia, no *Espírito das Leis*, não existir vocábulo ao qual se houvesse atribuído maior número de significações diferentes e que tivesse impressionado de tantas maneiras os espíritos, e essa mesma desorientação vamos encontrar na generalidade dos autores modernos, cada um com suas concepções, seus conceitos e suas conclusões a respeito do problema da liberdade<sup>148</sup>.

De outra forma, Sanches Agesta, professor da Universidade de Granada-Espanha, diz que liberdade em seu sentido mais geral é isenção de uma necessidade. Essa isenção há de referir-se a um *sujeito*, que se exime e se libera a um *objeto* para o qual, como a seu fim, se encaminha uma atividade livre, e a uma *necessidade*, isto é, a um obstáculo, uma limitação, que se remove para liberar a ação. Bastará, em cada caso, que precisemos o valor desses elementos para que o “termo ‘liberdade’ adquira um volume concreto, tornando-se-nos claro porque se o invoca com tantos sentidos diversos, quando não contraditórios”<sup>149</sup>.

Esmein, constitucionalista francês citado por José Horário Meirelles Teixeira, acentua como aspecto negativo da liberdade

o papel do Estado é o de não embaraçar, não dificultar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade, desde que a atividade individual não impeça ou prejudique igual atividade dos outros membros da coletividade<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 182-183.

<sup>148</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 662.

<sup>149</sup> Sanches Agesta in MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 663.

<sup>150</sup> É a liberdade no sentido liberal-individualista, à qual se deve acrescentar a liberdade no sentido *positivo, social*, como conjunto de prestações positivas do Estado, tendentes a criar aquelas condições e meios indispensáveis àquele pleno desenvolvimento da personalidade (MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 670).



Autores modernos, como o jurista Pierre Marie Nicolas Léon Duguit, definem a liberdade como

*o poder, que pertence a todo o indivíduo, de exercer e desenvolver sua atividade física, intelectual e moral, sem que o Estado lhe possa determinar outras restrições senão as necessárias para proteger a liberdade de todos.*

Ou em Kelsen, quando considera “livre” o indivíduo isento da norma jurídica, isto é, cuja conduta não se acha vinculada num sentido normativo, e daí conclui que “*liberdade, sob esse aspecto, é a ausência de vinculação jurídica a um dever*”<sup>151</sup>. (grifos do original)

Por essa condição, conclui-se pelo pensamento hobbesiano de que a liberdade é um estado de natureza pré-cívica de convívio humano:

nesse momento, nessa fase do convívio humano, alguns pontos podem ser destacados como principais caracterizadores do hobbesianismo jusnaturalista, quais sejam, a igualdade de todos na vulnerabilidade à violência, em face da ausência de autoridade soberana para regular o uso da força [...], o egoísmo de cada um na busca de seus fins pessoais a fim de sobrevivência, o caráter infinito e insaciável dos apetites<sup>152</sup>.

Meirelles Teixeira cita outros renomados juristas como, por exemplo, Garcia Maynes, que compartilha o mesmo entendimento<sup>153</sup>.

Define Meirelles Teixeira um conceito final como

*liberdade o direito de viver e de desenvolver e exprimir a nossa personalidade da maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito de nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem Comum, mediante o adequando conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado.*” Não de poderá admitir, portanto, que a liberdade de um, ou de alguns, possa impedir, diminuir ou destruir a liberdade dos demais membros da comunidade, nem que seja exercida de modo a perturbar, obstar ou destruir a liberdade dos demais, impedindo-lhes a realização também de seus próprios fins, de sua própria liberdade. E, nem finalmente, de modo a embaraçar, prejudicar ou impedir a realização do Bem Comum, pois não devemos perder de vista que a vida social

<sup>151</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 671.

<sup>152</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 160.

<sup>153</sup> “O direito de fazer ou de omitir o que não está proibido nem ordenado”, ao passo que Lowrie a conceitua como “a oportunidade de viver e exprimir nossa personalidade da maneira a mais completa e livre, que for compatível, com a vida social”, e, finalmente, Santi Romano, quando decididamente afirma que “um direito de liberdade é um direito a uma omissão da parte do Estado, não ao cumprimento desta ou daquela ação positiva, que em seguida a tais omissões ficam livres. Trata-se de dois momentos dos quais apenas o primeiro diz respeito às liberdades constitucionais” (MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 671).

e o Estado são condições imprescindíveis ao próprio desenvolvimento da personalidade, à plenitude da vida individual<sup>154</sup>.(grifos do original)

Acrescenta Paulo Valério Dal Pai Moraes que os princípios da igualdade e da liberdade “norteiam o Estudo de Direito, pois, ao lado da fraternidade, conduzem à configuração de um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja ‘a dignidade da pessoa humana’”<sup>155</sup>.

Pode-se então extrair desse princípio que a liberdade do fornecedor de produtos ou serviços deve ser ampla até o limite onde começa a liberdade do consumidor de adquirir produtos e serviços de acordo com os padrões mundiais estabelecidos por órgãos que definem as normas técnicas de utilização desses bens sem causar prejuízos àqueles que os consomem.

Analisados os princípios da igualdade e da liberdade, será compreendido o princípio da legalidade juntamente com a reserva legal.

O princípio da legalidade tem previsão no inciso II do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei<sup>156</sup>.

Tal princípio, unido aos que já foram analisados, deve ser considerado basilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que também é fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil, e para os particulares, no caso específico dos consumidores, que devem respeitar o que a lei determina, ou seja, nada além de sua indeterminação ou não previsão.

---

<sup>154</sup> MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 672.

<sup>155</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Princípios constitucionais aplicáveis ao código de defesa do consumidor**. Vol. 18/39-69. Ano XIX. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Livraria Editora Acadêmica, 1997, p. 46.

<sup>156</sup> A expressão em “senão virtude de lei” poderá ser compreendida conforme Constantino Mortati, citado por José Afonso da Silva: “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade.” Isso quer dizer que os elementos essenciais da providência impositiva não que constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade. Há outras normas constitucionais que completam o seu sentido” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 421).

Para os administradores públicos, toda a atividade estatal fica sujeita à lei, conseqüentemente ao referido princípio, não podendo

“exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administradores, senão em virtude de lei”<sup>157</sup> É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, inc. II, da Constituição [...]. O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competências entre órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal [...]<sup>158</sup>.

Alexandre de Moraes ensina que referido princípio cria uma obrigação ao indivíduo que ultrapassa a esfera de seu próprio poder, devendo submeter-se à lei e anular seus caprichos e paixões, pois ela é a expressão da vontade geral e deve ser elaborada conforme as regras do processo legislativo constitucional. Dessa feita, “com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”<sup>159</sup>.

Importante frisar que o princípio da legalidade não deve ser confundido com o princípio da reserva legal, pois aquele possui maior amplitude comparado a este.

Por ele (legalidade) fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo<sup>160</sup>.

Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que o princípio da legalidade refere-se à submissão e respeito à lei, ou à atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. Por outro lado, a reserva de lei estabelece que há de se fazer a

<sup>157</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 420.

<sup>158</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 420.

<sup>159</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69.

<sup>160</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-70.

regulamentação de determinadas matérias por lei formal, podendo ser absoluta ou relativa<sup>161</sup>.

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, [...] tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontram-se diante do princípio da reserva legal<sup>162</sup>.

Um exemplo de norma qualificada pelo princípio da reserva legal, de caráter relativo, é a Lei nº 9.882/99 que regula o processo e o julgamento das ações de descumprimento de preceito fundamental, segundo o § 1º do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, tratando-se de princípios básicos na aplicação dos direitos fundamentais do consumidor, os princípios da legalidade e da reserva legal devem ser compreendidos em todas as perspectivas para não haver injustiças e desrespeitos perante o consumidor alheio a essas condições principiológicas do processo de formação das normas consumeristas de proteção, deveres e garantias. Então, as normas consumeristas devem ser elaboradas e aplicadas como benefício protetivo dos consumidores neste mundo capitalista e voraz.

Passa-se agora à análise do princípio constitucional da livre iniciativa, mas antes de tecer comentários mais aprofundados salienta-se que existe um abismo entre a concretização legal de normas consumeristas e a real informação que chega ao consumidor final, ou mesmo a falta de conhecimento deste que, por algumas vezes, deixa de exigir mercadologicamente informações de determinado produto ou serviço.

As normas existem e são editadas em todo momento pelos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário em prol do consumidor, de acordo com a mais perfeita ordem, porém a grande massa social de consumo não

---

<sup>161</sup> “Absoluta quando exclui qualquer outra possibilidade de fonte infralegal através das expressões: a ‘lei regulará’, a ‘lei disporá’, a ‘lei criará’ etc. Relativa quando a Constituição estabelecer que a fonte infralegal regule parte das condições regulatórias, empregando frases como: ‘nos termos da lei’, ‘no prazo da lei’, ‘na forma da lei’, ‘nos limites da lei’ etc.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 423-424)

<sup>162</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 422.

atenta para a legislação protetiva, assim assume condições impostas pelo poder da livre iniciativa sem proteção, muitas vezes, ao destinatário final do produto ou serviço.

A dignidade da pessoa humana, com isso, se distorce pela sua própria falta de observância no momento em que o consumidor, pela sua falta de exigência ou maiores informações técnicas, torna-se ainda mais vulnerável frente ao fornecedor que, por meio de seus artifícios publicitários e propagandísticos, convence que a aquisição de determinado produto ou serviço, muitas vezes supérfluo, será a melhor opção, deixando de lado a aquisição de produtos essenciais para a sobrevivência de qualquer ser humano.

Se cada consumidor possuísse as devidas informações do produto ou serviço adquirido, haveria ousadia ao arriscar que a nação brasileira possuiria outra visão de consumo e isso pode ocorrer pelo maior conhecimento que deve chegar ao indivíduo consumidor, podendo ou quiçá devendo exigir mais informações sobre referidos direitos no momento da pesquisa ou da aquisição propriamente dita.

Assim, o abismo existente entre os direitos protetivos do consumidor, ao mesmo tempo o não interesse por tais direitos, cria a necessidade de estabelecer um elo informativo de engajamento social, ou mesmo fomentos incentivos, por meio de políticas públicas para que a livre iniciativa mercadológica não transponha direitos individuais.

Pelo pensamento lockiano, na esteira de Aristóteles, a mente humana é uma *tabula rasa*. Paulatinamente o conhecimento vai se formando com base em experiências e nas demais atividades sensoriais, intuitivas, lógicas e analógicas do pensamento<sup>163</sup>.

A livre iniciativa se apoia nesse pensamento e por meio das publicidades ou propagandas enganosas os fornecedores se aproveitam e levam ao pensamento do consumidor ideias errôneas e confusas que alienam estes e enriquecem substancialmente aqueles.

---

<sup>163</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179.

Eduardo Carlos Bianca Bittar, citando os ensinamentos de John Locke, assevera que

Todas as ideias derivam da sensação ou reflexão. Suponhamos, pois, que a mente é, como dissemos, um papel em branco, desprovida de todos os caracteres sem nenhuma ideia; como ela será suprida? De onde lhe provêm este vasto estoque, que a ativa e ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? *A isso respondo, numa palavra: da experiência.* Todo o nosso conhecimento está nele fundado, e dele deriva fundamentalmente o próprio conhecimento. Empregada tanto nos objetivos sensíveis externos como nas operações internas de nossas mentes, que são por nós mesmos percebidas e refletidas, nossa observação supre nossos entendimentos como todos os materiais do pensamento. Dessas duas fontes de conhecimento jorram todas as nossas ideias, ou as que possivelmente teremos (grifos do original)<sup>164</sup>.

Ocorre que falta aos consumidores a experiência no momento da aquisição de produtos ou serviços e, com isso, os fornecedores se aproveitam da livre iniciativa e incutem no pensamento do consumidor inverdades e paradigmas que, sendo eles vulneráveis e hipossuficientes, imaginam ser o justo, o certo, quando na verdade estão adquirindo produtos e serviços que podem vir a agredir sua dignidade, saúde, qualidade de vida, segurança, economia financeira etc.

Porém, *pela teoria rousseauiana, o homem natural é um homem bom que a sociedade corrompeu*<sup>165</sup> e esta é a razão da falta de conhecimento do indivíduo consumidor, ou seja, a mente humana que inicialmente era um “papel em branco” se converte, com o passar dos anos, à sociedade de massa onde o consumo dá espaço ao consumismo.

Fica então consignado que a grande massa social é levada pelo poder central da persuasão imposto pelos fornecedores, mostrando o que é tendência e o que se tornou obsoleto, conseqüentemente a capacidade de exigência do indivíduo se exaure tão somente no prazer de gozar algo imediato. Enquanto tal condição é inabalável, o mundo dos produtos e serviços torna-se cada vez mais rico, mais diversificado, mais abusivo, amparado pela livre iniciativa.

<sup>164</sup> LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Os pensadores**, 1999, p. 57. In Eduardo Carlos Bianca Bittar. **Curso de filosofia política**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179.

<sup>165</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 204.

Nesse diapasão, há que se exigir mais políticas de relação de consumo ao Estado, que desempenha o papel de promover o bem-estar social e a disponibilidade mais facilitada de acesso às normas consumeristas. Isso pode ser feito por meio de exigências do Estado junto aos fornecedores para que se adaptem ao dever de informação mínima e razoável para todos os consumidores. No entanto, deve ser inculcada no pensamento de todos esses indivíduos a observância pela proteção promovida e garantida no Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se afirmar que os arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor<sup>166</sup> dão forma à Política Nacional das Relações de Consumo, pois eles concedem as regras e os meios para manter o equilíbrio de forças entre a produção e a distribuição de produtos e serviços, ao mesmo tempo em que buscam a melhoria da qualidade de vida dos consumidores, exigindo o respeito à sua dignidade e assegurando a presença no mercado de produtos não nocivos e prejudiciais à saúde e segurança<sup>167</sup>.

A proteção ao consumidor muitas vezes esbarra nos princípios da livre iniciativa<sup>168</sup> e do livre desenvolvimento<sup>169</sup> em virtude de que todas as pessoas e

<sup>166</sup> Arts. 4º e 5º do CDC – “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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; 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; IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado do consumo; V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Art. 5º Para a Execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros: I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor”.

<sup>167</sup> CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A vulnerabilidade do consumidor como concretização da prova constitucional da isonomia. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 201.

<sup>168</sup> Art. 170, *caput*, da CRFB. “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: [...]” (grifamos).

<sup>169</sup> Art. 1º da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU – 1986: “1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **Minicódigo de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 398).

todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

É preciso sublinhar, porém, que o desenvolvimento não é um fim em si mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujo resultado somente beneficiará as gerações futuras, ou que só servirão para a ostentação de potência do Estado<sup>170</sup>.

Mirella D' Angelo Caldeira escreve sobre o princípio da defesa do consumidor e o da livre iniciativa que

com a intervenção do Estado na esfera privada, surgem as leis ditas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes, e o Código de Defesa do Consumidor é um exemplo: veio para guiar as relações de consumo, dando uma proteção maior ao consumidor, o lado fraco da relação. Um dos seus maiores desafios é o de compatibilizar dois princípios constitucionais da ordem econômica e que são – aparentemente – contraditórios, quais sejam, a defesa do consumidor e a liberdade de desenvolvimento econômico e tecnológico aliado à livre iniciativa<sup>171</sup>.

Nesse sentido há um possível conflito entre a livre iniciativa privada e a defesa do consumidor, que exige o equilíbrio da liberdade econômica para que não prejudique a vida em geral do ser humano.

Diante de tais ponderações, observa-se que o Estado deve estar sempre atento para a formação de leis do mercado de consumo sem deixar evadir-se de seu controle a fiscalização da produção, dando subsídios para a transparência mercadológica necessária.

Para a atenção específica do Estado, a Política Nacional de Consumo prevista nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor deverá ser respeitada, para que se obtenha uma infraestrutura adequada ao desenvolvimento

<sup>170</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 352.

<sup>171</sup> CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A vulnerabilidade do consumidor como concretização da prova constitucional da isonomia. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 198.



socioeconômico do País. Para tanto, Estado e sociedade deverão caminhar juntos com um único intuito: a harmonização das relações de consumo com o conseqüente progresso econômico<sup>172</sup>.

Como bem observa José Geraldo Brito Filomeno,

O Código de Defesa do Consumidor atrelado à Política Nacional das Relações de Consumo, ao contrário do que se tem ouvido de alguns, não é instrumento de 'terrorismo' ou então de fomento da discórdia entre os protagonistas da relação de consumo ou, mais grave ainda, como pretendem ver alguns leitores mais afoitos e apressados do texto sob análise, elemento desestabilizador do mercado, eis que encara o fornecedor como o vilão da história, atribuindo-se-lhe todas as mazelas e distorções verificadas no mercado de consumo. Muito pelo contrário, [...], visa exatamente à *harmonia das sobreditas 'relação de consumo'*, porquanto, se *por um lado* efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, almejando-se a melhoria de sua qualidade de vida), *por outro* visa igualmente à paz daqueles, para tanto atendidos certos requisitos, [...], dentro os quais se destacam as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores – todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e fornecedores (grifos do original)<sup>173</sup>.

Enfim, o princípio da livre iniciativa pode ser analisado como um benefício, desde que os fornecedores não abusem da capacidade do consumidor, ou seja, deve ser visto como harmonioso e fomentador do progresso econômico e não como fórmula para ditar regras e paradigmas aos vulneráveis e hipossuficientes.

Por fim, analisa-se o princípio constitucional da livre concorrência, encontrado como princípio fundamental da ordem econômica no art. 170, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Há também previsão constitucional da livre concorrência que constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo a lei reprimir o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CRFB).

<sup>172</sup> CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A vulnerabilidade do consumidor como concretização da prova constitucional da isonomia. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 208.

<sup>173</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Política nacional de relações de consumo. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 67-68.

### Nas palavras de José Afonso da Silva

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então ao Estado intervir para coibir o abuso. [...] Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalista monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. Pululam leis antitrustes, sem eficácia. O que cumpre reconhecer, na verdade, é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as forma oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí porque se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial [...]. É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos<sup>174</sup>.

Nesse sentido, os direitos fundamentais da pessoa humana, mais precisamente do consumidor, devem estar muito bem estabelecidos por meio de princípios, regras e normas, além de outras condições político-sociais, para que não deixem desprotegidas as pessoas vulneráveis e hipossuficientes diante do mercado empresarial onde os grandes conglomerados, por meio do *lobby*<sup>175</sup> econômico junto ao Poder Judiciário, possam ludibriar o Estado intervencionista de forma totalmente prejudicial ao consumidor.

Em uma visão mais filosófica da livre concorrência, Pierre Bordieu assevera que

para a mitologia da diferenciação e da diversificação extraordinária dos produtos pode-se opor a uniformização da oferta, tanto em escala nacional como internacional: a concorrência, longe de diversificar, homogeneiza, a caça ao público máximo levando os produtores a buscar produtos *válidos para públicos de todos os meios e de todos os países*, porque pouco diferenciados e diferenciantes, filmes hollywoodianos, *telenovelas*, folhetins televisados, *soap operas*, séries policiais, música comercial, teatro de boulevard ou da Broadway, *best-sellers* diretamente produzidos para

<sup>174</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 795-796.

<sup>175</sup> Pessoa ou grupo que, junto aos órgãos decisórios (p. ex., o Parlamento), procura influenciar os que tomam decisão, no sentido de que essa seja favorável aos interesses que representa. O instituto derivado dessa prática: *lobbying*. Cognato: lobista (Bras.), pessoa que exercita o *lobby*. (SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 532).

o mercado mundial, seminários populares. Além disso, a concorrência não pára de regredir com a concentração do aparelho de produção e sobretudo de difusão: as múltiplas redes de comunicação tendem cada vez mais a difundir, com frequência no mesmo horário, o mesmo tipo de produtos oriundos da busca de lucros máximos por custos mínimos (grifos do original)<sup>176</sup>.

Apesar disso, a livre concorrência constitucional, inserida na Constituição com o objetivo de equacionar o abuso do poder econômico em um Estado Democrático de Direito, por meio do intervencionismo estatal, deixa à deriva os consumidores pelo simples movimento econômico global que gira em torno do mundo capitalista desta era pós-moderna.

## **5.2. Princípios infraconstitucionais do consumidor**

Analisados os princípios constitucionais basilares para a defesa do consumidor no Estado Democrático de Direito, observa-se agora outros princípios especializados na defesa do consumidor.

Assim como o princípio da livre concorrência, o princípio da defesa do consumidor, fundado na livre iniciativa, está diretamente relacionado ao desenvolvimento do país dentro da ordem econômica.

Este princípio está localizado no capítulo da ordem econômica junto à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e deve ser interpretado caso a caso em conjunto com o direito à vida, à saúde, a dignidade da pessoa humana e todos os demais princípios antes estudados, bem como os princípios que posteriormente serão analisados.

O primeiro princípio da proteção infraconstitucional do consumidor é o princípio da vulnerabilidade que deve ser analisado como um dos principais temas da proteção consumerista, por ser um dos pilares de toda a Política Nacional de Consumo, e base fundamental, por ser um desdobramento do princípio da igualdade.

---

<sup>176</sup> BORDIEU, Pierre. **Controfogos 2: por um movimento social europeu**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 83.

Adam Smith, citado por José Geraldo Brito Filomeno, discorre sobre consumo e complementa com outra visão sobre a força e a fragilidade do consumidor e, conseqüentemente, sobre sua vulnerabilidade:

*o consumo é o único fim e propósito de toda a produção; e o interesse do produtor deve ser atendido até o ponto, apenas, em que seja necessário para promover o do consumidor. A máxima é tão perfeitamente evidente por si mesma, que seria absurdo tentar prová-la [...] No sistema mercantilista, o interesse do consumidor é quase constantemente sacrificado pelo do produtor; e ele parece considerar a produção, e não consumo, com o fim último e objeto de toda a indústria e comércio. Por outro lado: "O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhum corrente pode ser mais forte que o elo mais fraco." O autor dessa frase, ao contrário do que possa parecer, não é qualquer consumerista exacerbado. Ao contrário, é o "pai da produção em série", ninguém menos que o célebre magnata da indústria automobilística Henry Ford [...]<sup>177</sup>. (grifos do original)*

Nessas palavras, pode-se observar a força do poder econômico frente a uma grande massa de pessoas, no caso, os consumidores. Nessa força econômica das grandes empresas os consumidores aparecem como pessoas essenciais, do contrário, obviamente, não haveria mercado, empresa, ou mesmo consumo, principal razão de que o consumidor tem direito à proteção constitucional fundamental.

Por tais motivos, a responsabilidade objetiva dos fornecedores e a inversão do ônus da prova estão inseridas na vulnerabilidade deixando de criar margens que desfavoreçam potencialmente os consumidores.

De qualquer forma,

resta evidente que o consumidor, sobretudo quando se dispõe não exatamente a defender um interesse ou direito seu (por exemplo, um grave defeito de fabricação de um produto, ou então um medicamento com fator de risco maior que o seu fator benéfico), procura resolver a pendência pelos meios menos custosos e, porque não dizer, menos traumáticos, mas, quando frustrados, muitas vezes se queda inerte, não apenas pelos custos da justiça comum, e sua notória e irritante morosidade, com também em face do que irá

---

<sup>177</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Vulnerabilidade do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 68-69

enfrentar, ou seja, o poder econômico, incontestavelmente mais bem aparelhado e treinado para referidas questões<sup>178</sup>.

Independentemente da necessidade e atitude do consumidor, é respeitável ressaltar que o princípio da vulnerabilidade consumerista possui proteção constitucional, principalmente quando são discutidos serviços públicos essenciais<sup>179</sup>, *v.g.*, energia elétrica e água.

No caso da água, tem-se que o consumidor não adere ao contrato de adesão por simples vontade, mas, sim, porque a única forma de ter água é por meio da empresa fornecedora do referido bem natural. Daí decorre mais um sinal de fraqueza do consumidor perante o fornecedor. Ou seja, o fornecedor produz o que o consumidor quer e necessita e para que ele adquira é necessário aderir às condições impostas<sup>180</sup>.

Tais serviços são essenciais para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado e devem ser considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, muitas vezes mediante empresas concessionárias que prestam serviços públicos, porque geralmente exigem atos de império<sup>181</sup>, além de medidas compulsórias em relação ao administrado.

Em resumo, para Cláudia Lima Marques, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática<sup>182</sup>.

A vulnerabilidade técnica consiste no conhecimento do produto ou serviço em si próprio. É o entendimento sobre as características do produto ou mesmo forma de

<sup>178</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Vulnerabilidade do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pp. 69-70.

<sup>179</sup> O art. 10 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, define como serviços essenciais: "o de água, de energia elétrica, gás e combustíveis; o de saúde; o de distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; o funerário; o de transporte coletivo; o de captação e tratamento de esgoto e lixo; a telecomunicações; o relacionado com substâncias radioativas; o de tráfego aéreo; o de compensação bancária e o de processamento de dados ligados a esses serviços".

<sup>180</sup> CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A vulnerabilidade do consumidor como concretização da prova constitucional da isonomia. In Anna Cândida da Cunha Ferraz (org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 212.

<sup>181</sup> "Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. [...] são, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da administração que os expediu." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp.155 e 307)

<sup>182</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 145.

utilização sendo presumida para o consumidor não profissional, podendo também atingir excepcionalmente o profissional como destinatário final fático<sup>183</sup>.

Por outro lado, parafraseando Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade fática e a jurídica (científica) ligam-se à desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, na relação de consumo, bem como à falta efetiva de conhecimento jurídico no momento da efetivação da relação de consumo, como é o caso da leitura de um contrato para a compra de determinado bem. Tais vulnerabilidades são presumidas tanto para o consumidor não profissional como para o consumidor pessoa física<sup>184</sup>.

Então se tem que o princípio da vulnerabilidade, presumido aos consumidores não profissionais e às pessoas físicas destinatárias finais de produtos ou serviços, por si só e como princípio essencial do consumo, protege pessoas nos diferentes âmbitos, ou seja, desde o simples dever de informação até nas situações extremas que envolvem risco de vida, como nos casos de prestação de serviços médico-hospitalares no momento em que a pessoa está no leito de morte.

Outro princípio infraconstitucional a ser analisado com muita subjetividade é o da hipossuficiência que deve ser visto como outro pilar da Política Nacional de Consumo, pois prevê, além do tema da falta de conhecimento para qualquer consumidor, a questão de sua fragilidade econômica, bem como intelectual, de pessoas com muita ou tenra idade ou de diminuta saúde, por exemplo, o inciso IV do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Nas palavras de Antônio Herman de V. Benjamin,

---

<sup>183</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 145.

<sup>184</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 145.

o consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: *são os consumidores hipossuficientes*. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já os hipossuficientes é marca pessoal, limitado a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores (grifamos)<sup>185</sup>.

Por ser o consumidor a parte mais fraca na relação em questões processuais, a hipossuficiência faz com que exista inversão do ônus da prova atribuída ao fornecedor, conforme previsão do inciso VIII, *in fine*, do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Esta real condição devidamente positivada faz admissível uma proteção muito mais ampla das pessoas mais frágeis, respeitando da melhor maneira possível o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia que, neste caso, protege os desiguais de maneira desigual.

Deveria proteger, como exemplo, pessoas que se encontram fragilizadas e por esta razão pagam qualquer preço para ter sua saúde de volta. Mas infelizmente as empresas como hospitais particulares, planos de saúde e indústrias farmacêuticas utilizam-se da hipossuficiência imediata desses indivíduos debilitados, e cobram valores astronômicos pelos serviços e produtos hospitalares e medicamentosos.

Com as crianças, o poder das empresas caminha a passos largos e de forma ilimitada quando promovem publicidades que, além de mexer com o consciente dos adultos, abusam da sua inocência por meio do *nag factor* (fator importunação), uma estratégia de marketing que manipula e leva as crianças ao extremo do consumismo.

---

<sup>185</sup> BENJAMIN, Antônio de Vasconcellos e. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 381-382.

Uma publicidade televisiva é capaz de imprimir no pensamento das crianças a necessidade de possuir determinado produto a ponto de tornar o ambiente familiar insustentável até a sua aquisição. “Os comerciais devem ter como objetivo não fazê-las comprar coisas, mas sim fazê-las importunar os pais a comprar”<sup>186</sup>.

Lucy Hughes, diretora de estratégia e criação da empresa de publicidade *Initiative Media*, juntamente com seus colegas de trabalho desenvolvem um estudo para fazer as crianças<sup>187</sup> importunarem seus pais e assim descreve:

Nós descobrimos [...] que uma criança não importuna sempre do mesmo jeito. Há duas maneiras: ou elas importunam pela insistência ou pela importância. Quando falamos de importunar pela insistência, é uma súplica: “Mãe, eu quero, eu quero muito, muito, muito, a casa dos sonhos da Barbie, por favor, por favor.” Importunar pela importância é quando a criança atribui certa importância ao produto: “Mãe, preciso da casa dos sonhos da Barbie, aí a Barbie e o Ken podem morar juntos, ter filhos e ter uma família” [...] A maneira como uma criança importuna os pais terá um impacto no fato de os pais comprarem ou não o produto<sup>188</sup>.

Referidas situações, tanto em um motivo mais grave, no caso das doenças, como o de utilizar a incapacidade de abstração de uma criança, atingem diretamente a hipossuficiência do consumidor, porém a prova, em muitos casos, é extremamente técnica, a ponto de não ser apresentada a contento nos tribunais.

Assim, a hipossuficiência, mais subjetiva que a vulnerabilidade, dá de certa forma poder ao fornecedor. Consequentemente, existe a necessidade de positivá-la e concretizá-la por intermédio de normas e da Política Nacional de Consumo.

Analisados os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência, passa-se à análise do princípio da educação e do dever de informação dos consumidores.

Nos dias atuais, a educação e o dever de informação do consumidor são condições essenciais para o mercado organizado, ou seja, alguns indivíduos

<sup>186</sup> Lucy Hughes em entrevista concedida a Joel Bakan. **A corporação – a busca patológica por lucro e poder**. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito, 2008, p. 143.

<sup>187</sup> Segundo a *American Academy of Pediatrics* (Academia Norte-americana de Pediatria), “as crianças com menos de 8 anos de idade não são capazes de compreender a intenção da publicidade e, de fato, aceitam como verdade o que a publicidade veicula. Na verdade, os telespectadores mais jovens, de até 8 anos, não conseguem distinguir a publicidade da programação normal de televisão”. Dados do *Official Policy Statement of American Academy of Pediatrics* (Declaração de Políticas Oficiais da Academia Norte-americana de Pediatria), fev. 1995, disponível em: <<http://www.aap.org/policy/00656.html>> In BAKAN, Joel. **A corporação – a busca patológica por lucro e poder**. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito, 2008, p. 146.

<sup>188</sup> Joel Bakan. **A corporação – a busca patológica por lucro e poder**. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito, 2008, p. 144.



necessitam e exigem informações completas dos produtos e serviços em razão da grande variedade de opções inseridas no mercado de consumo.

Assim, determina a legislação infraconstitucional, no art. 6º da Lei nº 8.078/90, que são direitos básicos do consumidor a educação e a divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços assegurados, a liberdade de escolha e a igualdade das contratações (inciso II), e a informação adequada e precisa sobre os diversos tipos de produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (inciso III).

Para a educação correta do consumidor há a necessidade de um aprendizado com início logo nos primeiros anos da vida escolar. Nesse sentido, existem experiências pioneiras realizadas com crianças do ensino fundamental com disciplina sobre os direitos e deveres do consumidor, como são feitas nos Estados do Rio Grande do Sul e Goiás, onde as Secretarias de Educação já possuem seus programas próprios de melhor educação do consumidor<sup>189</sup>.

Em um âmbito mais avançado, para consumidores mais experientes (com mais idade), têm-se discutido nos bancos acadêmicos dos cursos de Direito a disciplina “Direito do Consumidor” ou “Direitos do Consumidor”<sup>190</sup> levando aos futuros profissionais do direito o ensinamento de doutrinas referenciais e decisões dos tribunais nacionais e internacionais a respeito das matérias que direcionam o consumidor ao conteúdo de direito fundamental constitucional da disciplina.

---

<sup>189</sup> “Assim, as crianças já começam a ser instruídas, por exemplo, com relação à qualidade dos alimentos que consomem, sua condição de exposição à venda, componentes artificiais etc., bem como quanto a preços das mercadorias e outros aspectos de cunho econômico. Também as entidades públicas e privadas de proteção e defesa consumidor têm feito programas pelos meios que dispõem (cartilhas, panfletos, matéria para a imprensa etc.) no sentido de bem informar os consumidores de uma maneira geral, merecendo destaque, [...] a pesquisa dos preços da ‘cesta básica’ de alimentos, indicando sua variação nos vários estabelecimentos para bem orientar as compras dos consumidores, e assim por diante.” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Educação e informação. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 79)

<sup>190</sup> “[...] preferimos Direitos do Consumidor, no plural, porque congregam uma gama variada e complexa de institutos jurídicos e conceitos que pertencem a outros ramos da ciência jurídica, constituindo o Código brasileiro a respeito um verdadeiro ‘microsistema’ de direitos do consumidor – deve ser ministrado nos cursos de bacharelado de Direito, ou em nível de pós-graduação. E, se afirmativa a primeira parte da indagação, se como disciplina própria e autônoma, ou então *introjetada* nas disciplinas afins.” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Educação e informação. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 79)

Observa-se, a partir dessas considerações, que as informações são prestadas, ou ao menos deveriam ser prestadas, pelos órgãos públicos dos Estados e Municípios, por meio das escolas, faculdades e também pelos órgãos não governamentais de proteção do consumidor, além da própria imprensa, das associações específicas de proteção, entidades de bairro que podem oferecer informações capazes de colocar o consumidor em um âmbito de maior entendimento sobre os direitos e deveres a eles existentes.

Com efeito, as *cartilhas*, os materiais informativos e outros instrumentos fornecidos pelos Programas de Orientação e Defesa do Consumidor – Procons constituem benéfico instrumento para os consumidores interagirem sobre seus direitos e prerrogativas<sup>191</sup>.

Por fim, o Ministério Público dos Estados possui órgãos especiais para a proteção e defesa do consumidor.

A educação do consumidor, além dos pontos apresentados acima, como forma de levar mais e melhor conhecimento dos produtos e serviços, tem o condão, conforme dispositivo legal supracitado, de permitir maior liberdade de escolha e igualdade nas contratações, principalmente no que concerne à abusividade de cláusulas que devastam os contratos consumeristas deixando o consumidor muitas vezes a mercê dos fabricantes, distribuidores e comerciantes mal-intencionados.

Vidal Serrano Junior, citado por Rizzatto Nunes, ensina que a informação, ou o “direito de informação”, tem previsão constitucional e pode ser contemplada por três espécies: o direito de informar, o direito de se informar, e o direito de ser informado<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> “O mesmo se diga com relação à revista *Consumidor S.A.*, editada pelo IDEC de São Paulo, que, à semelhança do *Consumer's Report*, publicada pelo *Consumer's Union* dos EUA, não apenas traz informações preciosas com vistas àquele desiderato, como também os resultados de exames comparativos de produtos e serviços, mostrando as vantagens e desvantagens quanto à sua aquisição ou contratação pelos consumidores em geral. A imprensa escrita, radiofônica, televisiva etc., certamente é outro poderoso instrumento educativo-informativo, destacando-se alguns jornais, como a *Folha de S.Paulo*, de São Paulo, e *O Globo*, do Rio de Janeiro, por exemplo, que destinam seções ou cadernos específicos à defesa do consumidor.” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Educação e informação. In Ada Pellegrini Grinover (et. al). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 81)

<sup>192</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49.

O direito de informar pertence aos órgãos públicos ou mesmo à livre concorrência sobre as condições de produtos e serviços alheios, além do próprio consumidor que não deixa de ser um dos principais responsáveis sobre a utilização de produtos e serviços inseridos no mercado de consumo.

Ao passo que o direito de se informar é uma prerrogativa concedida às pessoas. Assim, quando a Constituição garante a todos o acesso à informação, faz-se necessário entender que essa informação deve estar com alguém que terá a obrigação de fornecê-la.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, prevê no inciso XIV do art. 5º que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao segredo profissional, “porém, pode-se exigir a informação de quem as detém, mas sempre lembrando que devem ser respeitadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”<sup>193</sup>.

Enfim, o direito de ser informado jungido ao princípio da publicidade, além da previsão constitucional que impõe o dever de o Estado informar a todos, como é previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os princípios da administração pública positivados no art. 37 do mesmo texto constitucional, tem aplicação imediata para o consumidor, uma vez que

a informação não pode faltar com a verdade daquilo que informa de maneira alguma, quer seja por afirmação, quer seja por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação. [...] A publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem garantia constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização do instrumento<sup>194</sup>.

Esses são os principais aspectos dos princípios da educação e da informação que deverão sempre ser utilizados como proteção direta aos consumidores pelos abusos que enfrentam no mercado, assaz capitalista, em que o principal fim da ordem econômica de produção e distribuição é, basicamente e minimamente, o lucro.

<sup>193</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 51-52.

<sup>194</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 52-53 e 60-61.

Tem-se, por fim, o princípio consumerista da boa-fé, previsto no Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 4º, inciso III, o qual estabelece a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo”.

Ademais, o art. 51, inciso IV, do mesmo Código está fundamentado nas cláusulas leoninas incompatíveis com a boa-fé ou iniquidade das “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada [...]”.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé deve ser analisado como princípio essencial nas relações de consumo, protetor do consumidor e também do fornecedor que muitas vezes depende do caráter moral e ético dos consumidores que reclamam sua prestação para obter vantagens ilícitas locupletando-se à custa alheia.

Referido princípio da boa-fé terá muita valia no momento da concretização das normas consumeristas junto aos tribunais, principalmente no Supremo Tribunal Federal, uma vez que deve ser aplicado em consonância com a Política Nacional de Relações de Consumo sempre com o objetivo de atender às necessidades consumeristas.

Nesse sentido de harmonizar interesses conflitantes e como critério auxiliar para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica, a boa-fé poderá ser utilizada também em desfavor do consumidor.

É o que leciona o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior

Isso traz à tona aspecto nem sempre considerado na boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional, atuando operativamente no âmbito da economia do contrato. Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar. Considerando dois parâmetros de avaliação: a natureza da operação econômica pretendida e o custo

social decorrente desta operação, a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor<sup>195</sup>.

Por essa concepção, o consumidor também deverá, antes de contratar, observar a “boa-fé objetiva”<sup>196</sup> que não se aplica somente a seu favor por ser uma formulação ético-econômico-social criada pelo legislador infraconstitucional com base nos princípios de ordem econômica.

Doutrinariamente se pode entender por boa-fé objetiva o princípio que

visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão à ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. A boa-fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal. Toda vez que no caso concreto, por exemplo, o magistrado tiver de avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal *a priori*, na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa<sup>197</sup>.

Para Paulo Valério Dal Pai Moraes,

a boa-fé objetiva traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos num negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo<sup>198</sup>.

Nas cláusulas gerais, o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo deverá ser como um juízo valorativo a ser aplicado pelos julgadores.

<sup>195</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 14/20-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995, p. 22.

<sup>196</sup> “A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. [...] Já a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, *grasso modo*, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. [...] Deste modo, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra.” (NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 131-132)

<sup>197</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

<sup>198</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Princípios constitucionais aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor**. Vol. 18/39-69. Ano XIX. **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Rio Grande do Sul: Livraria Editora Acadêmica, 1997, p. 53.

Para o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, o princípio da boa-fé deve ser aplicado de forma que atenda a função social do contrato e o vínculo funcional interno estabelecido entre as partes:

Externamente, o contrato assume uma *função social* e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; *internamente o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes*, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio. O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção da economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e confiança (grifamos)<sup>199</sup>.

Quanto aos deveres nascidos da boa-fé, chamados secundários, devem ser aplicados na formação do contrato, na etapa de celebração (equivalência das prestações, clareza, explicação), no momento do cumprimento e, também, após sua extinção (dever de reserva, de segredo, de garantia de fruição). E quanto à natureza, podem ser agrupados em deveres de proteção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade<sup>200</sup>.

Este é o princípio da boa-fé, ligado aos sentimentos de justiça e perfeição do ser humano dentro de um contexto que valha cada condição de sobrevivência e vivência do indivíduo enquanto consumidor ético, agindo com justiça, perfeição, ordem, honestidade, lealdade, moral e credibilidade frente a um mercado completamente organizado comparado à grande massa de pessoas em uma desorganização consumerista.

Outro princípio com previsão no mesmo inciso IV, *in fine*, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é o da equidade, em que “relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento equitativo”<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 14/20-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995, p. 22.

<sup>200</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 14/20-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995, pp. 26-27.

<sup>201</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 135-136.

Além do artigo exposto acima, referido princípio que visa ao equilíbrio contratual consumerista está também consagrado no inciso III do § 1º daquele mesmo art. 51, com aplicabilidade no momento em que se presume exagerada a vantagem “excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao contrato”.

Com essas considerações, observa-se que referidos princípios da boa-fé e equidade são aplicados nas fases pré-contratual e contratual, ou seja, antes e durante a aplicação do contrato consumerista, sem deixar o fornecedor de se eximir das responsabilidades futuras por vícios redibitórios (ocultos).

## **6. Interpretação dos princípios de defesa do consumidor e a livre iniciativa**

Foi transcrito alhures que os princípios devem ser ponderados, diferentemente das regras que devem ou não ser aplicadas. Para que haja uma interpretação dos princípios constitucionais fundamentais deve-se aplicar tecnicamente a devida ponderação de valores ou ponderação de interesses.

Pela ponderação de valores devem estar contidas características de ética, respeito e moral. De outra forma, na ponderação de interesses, deve estar contida a relação custo-benefício do consumidor e a lucratividade do fornecedor diante de uma relação entre particulares solucionada pela eficácia horizontal<sup>202</sup> dos direitos fundamentais.

Nesse sentido de concretização da aplicação principiológica dos direitos fundamentais que ocorre entre particulares, cita-se a lição de Ademir de Oliveira Costa Júnior:

Havendo, numa relação contratual, conflito entre a autonomia da vontade e um direito fundamental, existirá, no caso, não uma colisão

---

<sup>202</sup> A eficácia horizontal – também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” – analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como o vínculo do sujeito privado aos direitos fundamentais. Evidentemente, o efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público (COSTA JUNIOR, Ademir de Oliveira; MELO, Adriana Zawada. Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 07, n. 01. pp. 255-271. Osasco: Edifício, 2007, p. 263).

entre um direito privado e um direito fundamental, mas sim, entre dois direitos fundamentais, que deverá ser resolvida pela ponderação de valores<sup>203</sup>.

De qualquer modo, os princípios e as normas constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica definindo parâmetros para que um não exclua o outro e, simultaneamente, não se autoexcluem. Isso não impede que um princípio ou norma possa limitar a abrangência de outro princípio ou norma<sup>204</sup>.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso explicita que

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. Seus balizamentos devem ser os princípios da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada<sup>205</sup>.

Para a aplicação dos princípios ou normas, quando houver possível desarmonia entre um e outro, no caso, defesa do consumidor e livre iniciativa, deve-se ter em mente como princípio absoluto a “dignidade da pessoa humana”, para em seguida ser aplicada uma solução de princípios mais benéfica ao consumidor.

Rizzatto Nunes apresenta um rol de princípios (pelo autor denominado de garantias) que sempre deverá ser observado em casos de soluções principiológicas:

valores sociais do trabalho e valores sociais da “livre iniciativa”; a “da construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; a da erradicação da “pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais”; a da promoção do “bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e ainda a da igualdade de todos “perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, com a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> COSTA JUNIOR, Ademir de Oliveira; MELO, Adriana Zawada. Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais* vol. 07, n. 01. pp. 255-271. Osasco: Edifício, 2007, p. 267.

<sup>204</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 53-54.

<sup>205</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 330.

<sup>206</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.



Anotadas algumas lições sobre a solução de princípios fundamentais, observa-se adiante dois princípios constitucionais, quais sejam, a defesa do consumidor e a livre iniciativa, em que deverão sempre ser analisados em conjunto com a dignidade do ser humano e a ordem econômico-social.

Partindo da premissa de que o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser utilizado como base para a aplicação de todos os demais princípios constitucionais, analisa-se neste quadrante a solução dos princípios da defesa do consumidor e da livre iniciativa coligados à livre concorrência.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, citando lição de Paulo Bonavides, assinala a tendência das constituições da segunda metade do século passado tornarem os princípios gerais fonte primária de normatividade, corporificando na ordem jurídica constitucional os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional e acrescenta: “Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”<sup>207</sup>.

Como pedra de toque para a sentença dos fatos e direitos, a dignidade da pessoa humana, observada pelo viés econômico, deve igualar-se à segurança de cada indivíduo na seara do consumo de produtos e serviços necessários a todos.

Muito se tem observado nas ações diretas de inconstitucionalidade, núcleo deste trabalho, o conflito entre o princípio da defesa do consumidor com os princípios da livre iniciativa e livre concorrência das indústrias e comércios em geral que propugnam por um mercado aberto (*laissez faire*) e altamente capitalista.

Assim, os Estados criam as normas com o intuito de proteger o consumidor, ao passo que as entidades associativas da indústria e comércio, ou mesmo outros entes da federação, por sua vez, intentam ações diretas de inconstitucionalidade

---

<sup>207</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In Anna Cândida da Cunha Ferraz e Eduardo Carlos Bianca Bittar (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e posituação**. CândidaSão Paulo: Edifício, 2006, p. 129.

contra o governo e/ou contra a Assembleia Legislativa estadual que prejudicam diretamente o consumidor<sup>208</sup>.

Como exemplos são as ADIns nº 2.396-9/GO, 2.656-9/GO e 3.937-7/SP, esta última ainda em fase de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal, que foram propostas pelo Governador do Estado de Goiás e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria que moveram contra o Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do mesmo ente federativo, com o propósito de comercializar o minério “amianto” sem as conclusões técnicas de prejudicialidade à saúde de todos, conforme será observado posteriormente.

Pois bem, na lição de Rizzatto Nunes, deve-se ponderar que na colisão desses princípios:

- a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; mas sim da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite a sua exploração;
- b) como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;
- c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade;
- d) excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177, da CRFB de 1988), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendentes a dominação de mercado estão proibidos;
- e) o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor<sup>209</sup>.

Dessa maneira, os princípios de defesa do consumidor e da livre concorrência são interdependentes, ou seja, para que haja livre concorrência deve haver mercado e para que exista mercado<sup>210</sup> deve haver consumidor, pois sem este não se faz mercado.

O legislador constituinte, com essa relação de princípios, estabeleceu que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores desfavoravelmente nos direitos a eles outorgados.

<sup>208</sup> Nesse sentido, ADI nº 1007; ADI 1980; ADI 2656-9/GO; ADI 2832; ADI-MC 3937-7/SP; ADI 3645 dentre outras, disponíveis no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> acessado em 17.12.2009.

<sup>209</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

<sup>210</sup> Mercado: “[...] O lugar de encontro entre a oferta e a procura. Mercado de consumo: Atividade mercantil desenvolvida pelo fornecedor e que tem o consumidor e o usuário como destinatários finais” (SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, pp. 559-560).

Designou que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, protegendo os direitos do consumidor, ou seja, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. O princípio constitucional de defesa do consumidor exige mais. Essa dedução é proveniente da base da livre concorrência, conforme salienta Rizzatto Nunes<sup>211</sup>.

Na solução dos princípios ora examinados, paradoxalmente tem de haver uma harmonia para que não prejudique o elo mais fraco da relação, assim, nas letras de Rizzatto Nunes,

A livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado. Ela significa que o explorador tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seu concorrente. Essa obrigação é posta *ad infinitum*, de forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas também por seu parceiro necessário: o preço. Todo o elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o binômio “qualidade/preço”<sup>212</sup>.

Enfim, a devida interpretação do princípio da defesa do consumidor e do princípio da livre iniciativa certamente será a proteção da parte mais vulnerável, no caso o consumidor. Logo a concorrência saudável deverá existir como forma de apresentar melhores opções de mercado para produtos ou serviços, nacionais ou estrangeiros, mas sempre com a devida proteção do ser humano consumidor, conseqüentemente de sua dignidade.

Vistas as condições dos direitos fundamentais com análise do conteúdo histórico, suas gerações (dimensões), além de suas formas de interpretações e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo essencial desses direitos analisados em conjunto com o direito do consumidor, enquanto direito fundamental da pessoa humana em seus desdobramentos do direito à vida, à saúde, à integridade física e outros, passar-se-á à análise do

---

<sup>211</sup> “Quando se fala em regime capitalista fundado na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais e da cidadania, como é o nosso caso, o que se está pressupondo é que esse regime capitalista é fundado num mercado, numa possibilidade de exploração econômica que vai gerar responsabilidade social, porque é da sociedade que se trata. Livre mercado composto de consumidores e fornecedores tem, na ponta do consumo, o elemento fraco de sua formação, pois o consumidor é reconhecidamente vulnerável como receptor dos moldes de produção unilateralmente definidos e impostos pelo fornecedor. A questão não é, pois – como às vezes a doutrina apresenta –, de ordem econômica ou financeira, mas técnica: o consumidor é mero espectador no espetáculo da produção.” (NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 56-57)

<sup>212</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57.

Supremo Tribunal Federal e a defesa do consumidor pela ação direta de inconstitucionalidade.

Referido estudo terá a presunção de conceitos e características apresentadas neste capítulo, no caso o direito do consumidor nas perspectivas constitucional e infraconstitucional com análise preliminar da Política Nacional das Relações de Consumo e os princípios referenciais de proteção do consumidor, principalmente no que concerne à sua defesa e à livre iniciativa dos fornecedores.

## Capítulo III – O Supremo Tribunal Federal e a defesa do consumidor pela ação direta de inconstitucionalidade

### 1. O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição

Após a abordagem de questões de direitos fundamentais e de direito do consumidor pelo presente trabalho dissertativo, passa-se agora à análise da positivação dos direitos fundamentais do consumidor e sua concretização no Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Dessa feita, é o Supremo Tribunal Federal o guardião das leis constitucionais, declarando, pelo controle abstrato de constitucionalidade, a validade ou não das leis emanadas pelo Poder Legislativo.

Sendo então o Tribunal Constitucional guardião supremo dessas leis que caminham de encontro às normas previstas constitucionalmente, pode ele extirpar determinados preceitos legais do ordenamento jurídico, embora, no Brasil, exista também o modelo de controle por via de exceção ou controle concreto de constitucionalidade, que pode ser arguido a qualquer tempo, ou seja, em qualquer momento da ação judicial, “uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”<sup>213</sup>.

O controle pela via de ação ou controle abstrato, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e objeto deste tópico, é exercido

No interesse dos cidadãos, se compadecendo melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e a proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis<sup>214</sup>.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, protege o cidadão em prol de sua liberdade, exercendo a guarda e proteção de valores liberais. Para tanto, realiza o controle por via de ação proposta diretamente por pessoas legitimadas para tal feito.

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

<sup>214</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 301.

## 2. Aspectos gerais do controle jurisdicional de constitucionalidade

Historicamente o controle jurisdicional de constitucionalidade originou-se nos sistemas<sup>215</sup> norte-americano e europeu.

O sistema norte-americano tem a modelagem de um controle menos subjetivo e mais processual que valora o interesse público em sentido amplo. Com isso, a abertura do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional, além da adoção do *writ of certiorari* e do *stare decisis*, como mecanismos básicos de acesso à Corte Suprema e efeito vinculante das decisões, respectivamente, e conferem um processo de natureza mais objetivo<sup>216</sup>.

Estabelece-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo o tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercer esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei<sup>217</sup>.

Insta ressaltar que neste modelo, diferentemente do modelo brasileiro da via de exceção, os arestos julgados pela inconstitucionalidade são respeitados em futuros litígios fazendo com que não haja insegurança jurídica.

Sobre o assunto, Paulo Bonavides discorre que

As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim às vacilações interpretativas ao mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior. A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta, pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em consequência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos. É possível, todavia, que haja um período de relativa incerteza, permeado de suspeitas e desconfiças acerca da legitimidade constitucional de uma lei. Desse estado de ânimo

<sup>215</sup> Há três sistemas de controle de constitucionalidade: o *político*, o *jurisdicional* e o *misto*. O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* na vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63). O *controle jurisdicional*, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. O *controle misto* realiza-se quando a constituição submete certas categorias de lei ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49).

<sup>216</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

<sup>217</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 311.

nasceu, aliás, o expediente dos processos simulados (os chamados *moot cases*), mediante os quais se busca alcançar, com uma decisão judicial, a palavra competente sobre a lei cujo teor de constitucionalidade se pôs em dúvida<sup>218</sup>.

Com esses dizeres, tem-se que o modelo norte-americano encerra sua última palavra na Suprema Corte e que suas decisões são extremamente respeitadas em futuros controles.

No entanto, no modelo europeu, a ideia de construir um órgão jurisdicional ou Corte especial com competência decisória em matéria de constitucionalidade, ou seja, sistema de “jurisdição concentrada”, foi de Hans Kelsen<sup>219</sup>.

Referido sistema fez o juiz ou o tribunal tornarem-se participantes ativos do controle de constitucionalidade, ao menos como órgão incumbido da provocação por pessoas competentes a respeito de determinada inconstitucionalidade, mitigando a separação entre os dois sistemas básicos de controle<sup>220</sup>.

No Brasil, historicamente, o controle jurisdicional de constitucionalidade foi instituído na Constituição de 1891 e, sobre a influência norte-americana, adotou o critério de controle difuso por via de exceção. Posteriormente, foram introduzidos novos critérios na Constituição de 1934, diga-se o método concentrado, sem, contudo, aproximar-se do modelo europeu. Então foi inserida a ação direta de inconstitucionalidade interventiva na qual só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição do Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva, modelos vigentes na Constituição atual<sup>221</sup>.

Na Constituição de 1946 foram inseridos, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, a ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, com competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar,

---

<sup>218</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 311-312.

<sup>219</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 309.

<sup>220</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 50-52.

além da figura do Procurador-Geral da República como único sujeito ativo apto a propor a ação<sup>222</sup>.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e, principalmente, ampliou o rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade que só pertencia ao Procurador-Geral da República. Na Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, foi inserida a ação declaratória de constitucionalidade<sup>223</sup>.

Por fim, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi acrescentado o § 2º ao art. 102, no qual o legislador constituinte estabeleceu que, nas decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, os efeitos são contra todos e vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. De toda sorte, o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 já previa tais efeitos<sup>224</sup>.

Com essa abordagem, foi observado que existem duas formas de realização de tal controle. A primeira, pela via difusa, incidente ou de exceção, e a segunda, pela via de ação, controle concentrado ou abstrato.

O controle pela via de exceção ou incidental ocorre no curso de uma ação judicial, quando levantado por uma das partes, em defesa de sua causa e é julgado em conjunto com o mérito daquela contenda em específico.

---

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 50-52.

<sup>223</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 50-52.

<sup>224</sup> “Embora anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 o § 2º do art. 102 só previa efeitos *erga omnes* vinculantes para a decisão definitiva de mérito proferida nas ações declaratórias de constitucionalidade, a Lei n. 9.868/99 já os estendia às decisões definitivas em ação direta de inconstitucionalidade, como adiante comentado, a propósito da norma do art. 28. de observar que, ao conceder medida cautelar na Reclamação n.2.126, o Ministro Gilmar Mendes salienta que, decorrendo o efeito vinculante do papel político-institucional desempenhado pela Corte, que deve zelar pela observância estrita da Constituição, o legislador ordinário não estava impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pelo Tribunal – como efetivamente o fez, ao editar a lei ora comentada.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 113-114)



Parafraseando Paulo Bonavides, a competência de todo juiz ordinário, não importa seu grau hierárquico, é, também, de examinar e julgar a constitucionalidade de uma lei<sup>225</sup>.

No sistema brasileiro, em que pese a oportunidade para todos os juízes ordinários participarem do controle de constitucionalidade, há uma patente insegurança jurídica:

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem judicial, do corpo ou sistema de leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. É a chamada relatividade da coisa julgada. Nada obsta, pois noutra processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada. A aplicação não ocorrerá naturalmente se uma das partes, invocando a exceção de inconstitucionalidade, tiver sua pretensão deferida pelo juiz. Pode o juiz, todavia recusar a exceção perfilhando a tese exatamente oposta àquela que prevaleceu na primeira hipótese de aplicação, há pouco referida. A segurança jurídica nesse caso padeceria, contudo um considerável abalo, em razão da incerteza daí resultante. [...] <sup>226</sup>.

Fica então franqueado que referida insegurança será criada em cada decisão com pesos e medidas distintos, embora, na maioria das vezes, seja definida pelo órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, podendo ser reconsiderada quando da substituição de Ministros que integram a mais alta corte.

As conclusões para este assunto podem ser definidas sob a ótica do direito norte-americano, pelo juiz Marshall no aresto “Malbury vs. Madison”, momento em que salientou no tribunal:

Ou a Constituição controla todo o ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio termo entre tais alternativas. Logo, afirma ele: ou a Constituição é lei superior e suprema, que não se pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 309.

<sup>226</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 303-305.

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 307.

De outra forma, para que haja uma maior segurança jurídica, tem-se o controle de constitucionalidade por via de ação (controle abstrato ou concentrado) com previsão basilar nos arts. 102, inciso I, alínea “a”, e 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pela positivação constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, pelo controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, além da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Para propositura de referidas ações, tem-se como legitimados o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com a introdução desse sistema de controle concentrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, criou-se uma dualidade difusa e concentrada, sendo esta última com ampla legitimação e possibilidade de diversos órgãos da sociedade de interpor ações. Com isso, “pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente”<sup>228</sup>.

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarado inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível. [...] É de assinalar que os escrúpulos doutrinários a esse respeito têm inclinado em matéria de controle de constitucionalidade diversos publicistas a se manifestarem mais favoráveis ao controle por via de exceção que por via de ação. Reputam o primeiro por sua natureza um controle de essência mais jurídica do que política e por isso mesmo mais fácil de acomodar-se

---

<sup>228</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76.

a um sistema de Estado de direito como base na teoria clássica de Montesquieu<sup>229</sup>.

Analisando referido controle pela perspectiva consumerista, nas palavras de Paulo Bonavides,

observa-se uma prejudicialidade em se tratando da defesa do consumidor, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir a este a possibilidade de desfazer por sua iniciativa aquilo que foi obra do legislador, porém prejudicial ao indivíduo<sup>230</sup>.

De qualquer forma, existem diversas ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal que versam sobre a proteção consumerista quando envolvidos direitos como a própria vida, a saúde e mesmo o dever de ser informado.

Serão então analisadas as ações diretas de inconstitucionalidade previstas como controle concentrado que devem ser direcionadas pelas pessoas legitimadas diretamente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, proferem votos com análise de todo o conteúdo acima exposto, ou seja, para votar contra ou a favor de determinada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal devem concretizar os princípios, conceitos, interpretações diversas, entendimentos legislativos, além, claro, da observância política que rege as decisões da Corte Suprema.

Por esse caráter político da via de ação, Rui Barbosa que era cético por este controle, citado por Paulo Bonavides, discorre que

Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentemente, tratar o exame do ato inconstitucional como *meio revogatório* da lei ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole o não fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política: porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros<sup>231</sup>. (grifos do original)

<sup>229</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 307-308.

<sup>230</sup> Daqui promanam, pois, obstáculos que fazem hesitante, senão polêmica a abrangência de certos assuntos na competente órbita judicial de exame de constitucionalidade. E se não houver um critério satisfatório com que separa o político do judiciário, o resultado bem poderá ser o retraimento do Poder Judiciário evacuando considerável área do campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indébita intromissão na esfera da competência constitucional dos demais poderes (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 308 e 318).

<sup>231</sup> BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**. XI. Obras seletas de Rui Barbosa, p. 98. In Paulo Bonavides. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 317.

Observa-se que as ações diretas de inconstitucionalidade decorrem de desregramentos técnicos do Poder Legislativo, que permitem abertura de contendas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, restando ao Poder Judiciário a efetiva aplicação dos direitos fundamentais.

## 2.1. Controle concentrado de constitucionalidade

O controle jurisdicional de constitucionalidade possui suas especificidades, dentre elas o controle concentrado pela via abstrata de ação. Este, por sua vez, se subdivide em ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental, cada qual com suas especificidades.

As ADPFs, em específico, são reguladas pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, com previsão no § 1º do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No entanto, este trabalho aborda, de forma específica, a ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus arts. 102, I, “a”, e 103<sup>232</sup>.

### 2.1.1. Ação direta de inconstitucionalidade<sup>233</sup>

<sup>232</sup> “Embora a ação direta de inconstitucionalidade tenha natureza constitutiva negativa – na medida em que seu objeto é a restauração da ordem jurídica com a retirada da norma eivada de vício de inconstitucionalidade –, produz efeitos puramente declaratórios, semelhantes aos de uma ação declaratória de constitucionalidade, quando é julgada improcedente e reconhece a compatibilidade da norma com a Lei Maior. Já a ação declaratória de constitucionalidade, embora tenha natureza declaratória, se julgada improcedente – com o conseqüente reconhecimento de que norma que constitui o seu objeto está em desarmonia com a Constituição –, produz também efeitos constitutivos negativos, semelhantes aos de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Por esta razão, o Tribunal reconheceu que estas ações têm caráter dúplice, produzem efeitos semelhantes e que a ação declaratória de constitucionalidade é um direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 111-112)

<sup>233</sup> A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (1) a *interventiva*, que pode ser *federal* por proposta do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou *estadual* por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); *interventivas*, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; (2) a *genérica*: (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objeto senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, a, e 103, incisos e § 3º); (b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, *em tese*, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (3) a *supridora de omissão*: (a) do *legislador*, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do *administrador*, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º) (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 51-52).

Por ser elemento de estabilização constitucional<sup>234</sup>, prudente foi sua regulamentação prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula também o procedimento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Outra previsão de regulamentação para a ação direta de inconstitucionalidade é a dos arts. 169 a 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A inconstitucionalidade por ação é decorrente da produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem norma ou princípios da constituição. Essa inconstitucionalidade está diretamente ligada ao princípio da supremacia da constituição em um formato vertical em que as normas infraconstitucionais não podem contrariar a forma e o conteúdo constitucional, ou seja, as normas de grau inferior somente valerão se compatíveis com as normas de grau superior, que funcionem como base para a validade das inferiores<sup>235</sup>.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição (grifos do autor)<sup>236</sup>.

### 2.1.2. Procedimento – Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999

A ação direta de inconstitucionalidade tem “natureza constitutiva negativa, na medida em que seu objeto é a restauração da ordem jurídica com a retirada da norma eivada de vício de inconstitucionalidade”<sup>237</sup>, devendo ser processada e julgada no Supremo Tribunal Federal, após sua propositura por um dos entes que compõem o rol taxativo do art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o art. 2º da Lei nº 9.868/99.

<sup>234</sup> Na definição de José Afonso da Silva, os elementos de estabilização constitucional estão “consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, preminindo os meios técnicos contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, a (*ação de inconstitucionalidade*) [...]” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45).

<sup>235</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

<sup>236</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

<sup>237</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

[...], nem todos os legitimados o são para propor *qualquer* ação direta de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como fator determinante da legitimidade ativa *ad causam*, o vínculo de *pertinência temática*, quando o controle normativo abstrato for suscitado por confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores dos Estados-membros ou do Distrito Federal. Consiste, esse requisito, na demonstração da existência de um nexo de afinidade entre os objetivos institucionais do órgão ou entidade autor da ação direta e o conteúdo material da norma impugnada nessa sede processual<sup>238</sup>. (grifos do original)

Neste caso pode-se dizer que o Instituto de Defesa do Consumidor, como entidade de classe de âmbito nacional, é considerado parte legítima para figurar em ações que discutem a inconstitucionalidade de determinada norma que venha a prejudicar o consumidor.

No tocante às *entidades de classe de âmbito nacional*, para que sejam consideradas legitimadas, devem, segundo a jurisprudência: congregar, exclusivamente, pessoas físicas integrantes de determinada categoria econômica ou profissional, representar toda essa categoria e contar com associados em, pelo menos, nove Estados da federação. Estão fora, portanto, desse preceito as que representem hibridismos, tais como ter como membros pessoas físicas e jurídicas, ou integrantes de mais de uma categoria profissional ou econômica<sup>239</sup>. (grifos do original)

Com relação ao instrumento formal, a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, além do pedido final com suas especificações, devendo conter cópia da lei ou do ato normativo impugnado e documento necessário que comprovem a impugnação, conforme o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99.

Proposta a ação com as formalidades seguidas e recebida pelo Ministro Relator, este pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, respeitando o prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido.

<sup>238</sup> “O Supremo Tribunal Federal vem, todavia, considerando como *legitimados universais* o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Político com representação no Congresso Nacional, reconhecendo-o o poder de suscitar a fiscalização concentrada de constitucionalidade, independentemente da demonstração da pertinência temática.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 118-119).

<sup>239</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

Importante questão é a de que não são admitidas intervenções de terceiros<sup>240</sup> neste modelo de ação, nos moldes dos arts. 7º da Lei nº 9.868/99 e art. 169, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mas o relator, observando a complexidade e relevância da matéria impugnada, poderá requerer a manifestação de outros órgãos ou entidades, para, após, serem ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

A intervenção de terceiro não será admitida em hipótese alguma conforme antes demonstrado, porém se aceita a figura do *amicus curiae*<sup>241</sup>, prevista nas ações diretas de inconstitucionalidade, conforme o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99<sup>242</sup>.

A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessário e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativas sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

Nesse sentido, a prática americana do “*amicus curiae brief*” permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades<sup>243</sup>.

Faz-se pertinente ressaltar “que o despacho para admitir a participação do *amicus curiae* em ADIn deve ocorrer no prazo das informações”, conforme decisão em ADIn nº 1.104-9, de 12.05.1995, da lavra do Ministro Gilmar Mendes<sup>244</sup>, logo o pedido de participação deve ser feito com atenção ao art. 6º da Lei supracitada.

<sup>240</sup> “Terceiro é rigorosamente toda pessoa que não seja parte no processo. *Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros* (Liebman). Eles não são titulares das relações jurídicas ativas e passivas que na relação processual interligam os sujeitos parciais e os juiz e, enquanto terceiros, não são admitidos a realizar os atos do processo. Considerado um certo processo que se tenha em mente, são *terceiros* em relação a eles todos os seres humanos e todas as pessoas jurídicas existentes no planeta, menos aqueles que estejam nele como partes. O juiz e seus auxiliares, enquanto sujeitos do processo, em relação a eles são também *terceiros*. Esse é o conceito *puro de terceiro*, tão puro quanto o de parte processual e diametralmente oposto a ele. Essas ideias legitimam a afirmação de que o terceiro só o é até que intervenha: ao intervir converte-se em parte.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 372)

<sup>241</sup> “Defensor da coletividade, em tradução livre. Dir. Proc. Instituto do direito norte-americano, que admite pessoa(s) estranha(s) à relação processual à ter(em) legitimidade para ingressarem na *ação*, defendendo princípio jurídico de interesse da coletividade, coincidente ou não com os das próprias partes da demanda.” (SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 51)

<sup>242</sup> “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

<sup>243</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 281.

<sup>244</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIn nº 1.104-9, de 12 de maio de 1995. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

Após os apontamentos, conjugado com a distribuição de cópias para os demais Ministros, o relator poderá ainda requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos, optar por audiência pública onde ouvirá depoimento de pessoas com expertise e autoridade na matéria, além de solicitar informações aos Tribunais Superiores, Tribunais Federais e Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de suas jurisdições, conforme §§ 1º e 2º, do art. 9º da Lei em comento.

Essas informações adicionais podem ser provenientes também do *amicus curiae*, conforme leciona Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Confrontando-se os dois dispositivos legais (art. 7º e art. 9º), pode-se chegar à conclusão de que a figura do *amicus curiae* é admitida na ADI, apenas veiculada por órgãos e entidades, preenchidos os demais requisitos acima indicados. A manifestação depende de órgãos e de entidades comprovarem a relevância da causa e sua representatividade. Isto indica, por óbvio, que os postulantes devem comprovar seu interesse na decisão do processo, pelo que se pode dizer que a figura mais se aproxima de um *amicus da causa* ou, como diz Haberle, citado pelo Ministro Joaquim Barbosa (ADI nº 2.130), de participação da sociedade no controle de constitucionalidade abstrato, via ADI. De outro lado, o art. 9º, § 1º, também admite a figura do “amigo da corte”, já em sua feição original. A participação do *amicus curiae*, pessoa física, evidencia-se, com mais clareza, nas disposições desse dispositivo, via das quais é veiculada por pessoas físicas chamadas ao processo para, em audiência pública, prestar esclarecimentos sobre fatos ou questões de direito solicitados pelo tribunal<sup>245</sup>.

A figura do *amicus curiae* na Corte Suprema pode ser solução para muitos litígios, principalmente nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que ouvidas as partes especializadas e capazes tecnicamente de analisar fatos discutidos nas ações diretas de inconstitucionalidade, principalmente aqueles que envolvem direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, ao trabalho, dever de informação, consumidor etc.

Em casos de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, salvo nos períodos de recesso forense, a liminar deverá ser concedida somente com a decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, após

---

<sup>245</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 8, n. 01. pp. 53-72. Osasco: Edifício, 2008, p. 63.



audiência dos órgãos ou autoridades que emanou a lei ou o ato normativo impugnado, e facultativamente, manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como sustentação oral dos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela inconstitucionalidade abordada.

A consistência do deferimento da medida cautelar está engendrada na “determinação de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”, conforme o art. 21, *in fine*, da Lei nº 9.868/99.

Nas situações de excepcional urgência, o tribunal poderá deferir a medida cautelar sem audiência dos órgãos ou autoridades requeridas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99.

O legislador infraconstitucional também positivou que nos casos de relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica poderá, após prestação das informações das autoridades ou dos órgãos dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, bem como manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, submeter o processo ao tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente o mérito da ação, conforme o art. 12 da Lei nº 9.868/99:

o artigo declara, efetivamente, que, havendo pedido de medida cautelar, no momento processual ordinariamente destinado a sua apreciação, pode a ação ser julgada definitivamente pelo mérito, tendo em vista a relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica<sup>246</sup>.

Os termos “relevância da matéria” e “especial significado para a ordem social e a segurança jurídica” são aplicados, especialmente, com o subjetivismo de cada relator que receber o processo. Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins escreve que

---

<sup>246</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 318.

Como a decisão de propor o julgamento antecipado é, todavia, monocrática, isto é, do relator, cada um dos 10 Ministros – o presidente nunca é relator, mesmo que tenha decidido no recesso do Tribunal –, ao ser nomeado relator de determinado processo, *terá a sua concepção pessoal do que seja relevante e do que tenha significado particular para a ordem social e segurança jurídica*. Vale dizer, a aplicação do dispositivo em comento *dependerá sempre da posição pessoal daquele que for indicado para a relatoria*, embora cumpra o autor demonstrar, como dados objetivos, a presença de tais requisitos (grifamos)<sup>247</sup>.

A medida cautelar terá efeito *erga omnes*, com aplicação *ex nunc*, salvo se o Supremo Tribunal Federal entender que deverá ser concedida eficácia retroativa (*ex tunc*), devendo também aplicar automaticamente a legislação anterior que regia a matéria em casos de existência desta. Do contrário, o tribunal deverá manifestar-se expressamente em sentido contrário, nos moldes do § 2º do art. 11 da Lei que dispõe sobre o procedimento para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

#### Gilmar Ferreira Mendes leciona que

No caso dos provimentos cautelares, embora possa ser *ex tunc*, quando o Tribunal assim o declarar, sua eficácia é, quase sempre, *ex nunc*, no sentido de alcançar relações ainda não definitivamente constituídas e/ou extintas, como sustentei em parecer doutrinário, encampado pelo Ministro Octavio Gallotti, ao negar pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança<sup>248</sup>.

Contrariamente às decisões cautelares com eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*, as decisões finais, irrecorríveis exceto para embargos de declaração, deverão ser proferidas com a presença de ao menos oito Ministros, devendo seis deles se

<sup>247</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 321.

<sup>248</sup> Escreveu Ives Gandra da Silva Martins em parecer doutrinário que: "O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser de natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação – visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado -, tem o STF entendido, desde a Representação 1.391/CE, que os efeitos da liminar são *ex nunc* e não *ex tunc*. À primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material hermafrodita, com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar. Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada como se a norma material – não a processual – fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade. Meridianamente não foi isso que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião. O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas constituídas e completadas. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito todo por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso. Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos *ex nunc* exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, consolidaria a sua constitucionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio. [...]" (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115).

manifestar a favor ou contra a inconstitucionalidade e no mesmo ato decidirem expressamente, por maioria de dois terços dos presentes, sobre a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou então decidir que ela só tenha eficácia após o trânsito em julgado ou ainda em um outro momento fixado, conforme arts. 23 e 27 da Lei nº 9.868/99<sup>249</sup>.

Referida decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação ao órgão do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme previsão constitucional e infraconstitucional (art. 102, § 2º, da CF e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

Quanto à diferença de alcance da eficácia *erga omnes* e do *efeito vinculante*, o Supremo Tribunal Federal já explicitou (ADIn 864-1, DJ, 17 set. 1993; ADInMC 1.850, DJ, 27 abr. 2001) que a primeira consiste em projetar os efeitos de uma decisão em relação a todos. Já a eficácia *vinculante*, por ter o texto constitucional estabelecido que a decisão prevalece apenas em relação ao Judiciário e ao Executivo, não impede que o Legislativo reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma posterior, o que implica necessidade de o controle concentrado ser novamente suscitado, caso a norma venha a ser reproduzida com os mesmos vícios. Tanto assim que o Tribunal entende incabível, nessa hipótese, ajuizar reclamação em face da nova norma, com base em decisão proferida em sede de controle concentrado, tendo por objeto a norma anterior<sup>250</sup>. (grifos do original).

Nesses termos encerra-se o aspecto do controle concentrado de constitucionalidade por via da ação direta de inconstitucionalidade para, a seguir, tecer comentários sobre a concretização no Supremo Tribunal Federal da proteção do consumidor sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

### **3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a dignidade do consumidor**

A positivação do direito fundamental do consumidor consubstanciada na sua concretização junto ao Supremo Tribunal Federal pela via do controle concentrado

<sup>249</sup> “Art. 23 Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação de direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratório de constitucionalidade. Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso afim de aguardar-se o comparecimento do Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.”

“Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

<sup>250</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113.

de constitucionalidade, especialmente nas ações diretas de inconstitucionalidades, deve ser aplicada com destreza e discernimento, daí a razão e a possibilidade de abertura processual para pareceres técnicos, audiências públicas, informações adversas de membros da sociedade, entidades de classe etc.

É por isso que Peter Häberle, citado por Gilmar Ferreira Mendes, defende

a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição<sup>251</sup>.

No entanto, há que existir uma competência e um procedimento restrito ao Supremo Tribunal Federal para evitar controvérsias e decisões político-legislativas a ponto de usurpar a divisão de poderes acarretando decisões inconscientes restritas tão somente aos fatos legislativos que ensejaram a representação de inconstitucionalidade.

Assim explica Gilmar Ferreira Mendes que

[...], a substituição de uma decisão "intuitiva" do legislador por uma decisão igualmente "intuitiva" da Corte coloca em xeque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade. Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode se quer cogitar da eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle<sup>252</sup>.

Referente a este estudo, além das aplicações procedimentais das ações diretas de inconstitucionalidade de modo geral, excepcionalmente se pode levar em consideração o que escreve Antônio Herman V. Benjamin sobre a concepção de consumidor:

Ora se afirma que 'todos somos consumidores', ora se tenta demonstrar que, em verdade, há consumidores ricos e pobres, alfabetizados e analfabetos, jovens e idosos; existem os

<sup>251</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 282.

<sup>252</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283.

consumidores de bens de primeira necessidade e os de bens supérfluos, o consumidor bem informado, e o consumidor ignorante, consumidores indefesos e consumidores capazes de se autodefenderem. [...] Não se trata de discussão meramente acadêmica. Dela se resulta a possibilidade ou não de se falar em *interesse difuso* do consumidor ou, ao revés, simplesmente em *interesse coletivo* de uma mera *categoria* ou parcela de consumidores. Não havendo um *interesse homogêneo* dos consumidores como um todo, tornar-se-ia, pois difícil falar em *interesses do consumidor* em geral<sup>253</sup>. (grifos do original)

Dessa análise decorre a necessidade de os julgadores avaliarem de forma normativa o local onde determinado direito do consumidor será aplicado ou mesmo para qual fato e, se esse fato dependia de uma apuração mais detalhada, ou o manuseio do produto, além da possibilidade de que determinado serviço não exigia muita informação.

Referidas questões colocam em evidência o direito do consumidor sob o aspecto ideológico da interpretação normativa, ou seja, caberá uma simples aplicação da lei ou esta dependerá de interpretações pela capacidade intelectual de cada consumidor. A leitura do manual de utilização de um determinado produto para alguns é simples, ao passo que para outros se torna um incômodo incomensurável. Disso pode decorrer a falta de habilidade na utilização do produto ou serviço.

Antônio Herman Benjamin escreve que

A percepção de que nem todos os consumidores são iguais em suas necessidades e em suas expectativas é fundamental no contexto dos países subdesenvolvidos. Nas sociedades de Terceiro Mundo existe uma situação que se denomina *dualismo* e que consiste na coexistência, no mesmo país, de dois subsistemas socioeconômicos, fundamentalmente diferentes: um setor moderno e avançado e um outro tradicional de retrógrado. O setor moderno utiliza-se de métodos avançados de produção. Seus membros sofisticados e educados apresentam níveis elevados de renda e consumo. Os integrantes do setor tradicional têm baixa renda, utilizam-se de métodos ultrapassados de produção e participam de uma economia de trocas, vivendo, quase sempre ao nível da *subsistência*. Estes dois grupos de consumidores são econômica e socialmente diferentes e, portanto, exigem graus de proteção diferenciados<sup>254</sup>. (grifos do original)

<sup>253</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, pp. 69-70.

<sup>254</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988, p. 70.

Por essa concepção distinta, os julgamentos devem ser realizados com base na lei diante do sistema positivado de normas, mas principalmente devem ser analisados os diversos conteúdos subjetivos das normas consumeristas aplicadas, levando-se em conta o nível econômico, social, intelectual e etário de cada consumidor.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal, em meio ao grandioso número de processos a serem julgados, levantou a discussão sobre o conceito positivado de constituição atrelado ao seu caráter suprapositivo de princípios arraigados no direito natural.

No Brasil, o predomínio do positivismo não contribuiu para que o debate em torno da relação entre a Constituição e os valores morais pudessem aflorar na doutrina e na jurisprudência. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, premido pela necessidade de julgar uma avalanche de processos, contados às dezenas de milhares – fenômeno sem precedentes no mundo civilizado –, não teve condições de desenvolver qualquer teoria mais sofisticada sobre valores constitucionais e direitos fundamentais. Sem embargo, cumpre referir recente decisão proferida na ADIn 595–ES, relatada pelo Ministro Celso de Mello, onde, a pretexto de discutir a extensão do parâmetro para controle de constitucionalidade dos atos normativos (bloco de constitucionalidade), ventilou-se a questão do próprio conceito de constituição<sup>255</sup>.

[...] cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado<sup>256</sup>.

Assim os valores, os princípios ligados ao direito natural e o caso concreto devem peremptoriamente ser observados no momento de julgar uma ADI quando discutidos direitos fundamentais do consumidor.

Essas são as bases preponderantes para que não existam equívocos decisórios tendo em vista o envolvimento além dos consumidores, ou seja, de pessoas e suas vidas, e por essa razão devem ser ouvidos técnicos no assunto,

---

<sup>255</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002, p. 77.

<sup>256</sup> **Informativo STF** nº 258. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessado em: 10.08.2009.

audiências públicas devem ser realizadas, procedimentos processuais devem ser respeitados, entidades de classe devem ser mobilizadas, enfim, a decisão final, seguida do trânsito em julgado, na ação de controle concentrado de constitucionalidade é mais que uma mera decisão judicial, ela é o instrumento que liga a aplicação da dignidade da pessoa humana ao consumidor vulnerável e hipossuficiente.

### **3.1. Concretização dos direitos fundamentais do consumidor no Supremo Tribunal Federal**

Passa-se a análise de alguns arestos do Supremo Tribunal Federal que envolvem conceitos e características expostas ao longo deste trabalho dissertativo, tais como questões essenciais da aplicabilidade dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, conceitos de consumidor e fornecedor de produtos e serviços, bem como os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a tutela consumerista.

### **3.2. Casos paradigmáticos da jurisprudência**

#### **3.2.1. Propaganda enganosa e o dever de informação ao consumidor da origem dos combustíveis utilizados**

Na ADIn nº 1.980-5/PR, relator Ministro Cezar Peluso, proposta pela Confederação Nacional do Comércio em face do Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa desse mesmo ente federativo, foi discutida na Lei estadual nº 14.420, de 13 de janeiro de 1999, a informação sobre a origem e comercialização de combustíveis interligados ao dever de informação da natureza, procedência e qualidade desses produtos ao consumidor<sup>257</sup>.

O mérito de discussão estava relacionado com a possibilidade de o Estado do Paraná legislar sobre critérios de proteção ao consumidor sem ferir a esfera da União, por conseguinte sem ofensas aos arts. 22, incisos I, IV e XII, 170, inciso IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238 todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referida ação foi julgada totalmente improcedente.

---

<sup>257</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 1.980-5/PR, de 17 de abril de 2009. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

Em seu voto, o relator Ministro Cezar Peluso entendeu que a lei estadual paranaense não fere dispositivos constitucionais de concorrência legislativa entre Estado e União, tampouco de livre concorrência e livre iniciativa por guardar proteção ao consumidor:

Pois a lei não se imiscui diretamente nas relações comerciais entre as distribuidoras de combustível e os postos revendedores, prevendo apenas obrigações estritamente relacionadas à proteção e defesa do consumidor, isto é, ao resguardo do interesse público. Além disso, a lei não restringe nem perturba a liberdade de escolha de distribuidora; só no caso de os postos exercem faculdade de filiação a determinada distribuidora é que emergirá obrigação de exclusividade. A *livre opção* (das distribuidoras de combustíveis) é asseguradas pelos §§ 1º e 2º do art. 2º, que deixam ao alvitre dos contraentes a decisão de pactuar tal cláusula<sup>258</sup>. (grifos do original)

Nesse ponto o relator entendeu que o dever de informação ao consumidor sem propaganda enganosa deve existir e não prejudica a livre iniciativa dos distribuidores de combustíveis daquele Estado, pois o princípio que mereceu resguardo foi o da “defesa do consumidor”, objeto do disposto no art. 170, V, no qual figura como um dos norteadores da ordem econômica<sup>259</sup>.

Além disso, argumentou que a proteção para o Estado legislar em prol do consumidor tem proteção no art. 24, incisos V e VIII, combinado com o § 2º desse mesmo artigo<sup>260</sup>.

O Ministro Carlos Britto apenas complementou o voto do Ministro Cezar Peluso lembrando que

[...] a defesa do consumidor também é um direito individual. Isso está no inciso XXXII do art. 5º: “XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”, ou seja, a defesa do consumidor é binariamente contemplada pela Constituição, vez que faz parte da *nominata* dos direitos individuais e é princípio regente da ordem econômica<sup>261</sup>.(grifos do original)

<sup>258</sup> Voto do Ministro relator Cezar Peluso in BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 1.980-5/PR, de 17 de abril de 2009. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

<sup>259</sup> Voto do Ministro relator Cezar Peluso in BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 1.980-5/PR, de 17 de abril de 2009. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

<sup>260</sup> Art. 24 da CRFB. “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V – produção e consumo; [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...] § 2º A competência da União para legislar sobre normais gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

<sup>261</sup> Voto do Ministro relator Carlos Britto in BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 1.980-5/PR, de 17 de abril de 2009. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.



Por esse contexto observa-se que a defesa do consumidor tem proteção fundamental, logo a publicidade enganosa com relação à natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis oferecidos pelos postos no Estado do Paraná foi fulminada pela Lei estadual nº 12.420/99 que permanece em vigor.

### **3.2.2. Dever de informação da espécie de café comercializado no Estado do Paraná**

Na ADIn nº 2.832-4/PR, da lavra do relator Ministro Ricardo Lewandowski, proposta pela Confederação Nacional da Indústria em face do Governador do Estado do Paraná, discutia-se na Lei estadual nº 13.519, de 8 de abril de 2002, especificamente, dispositivo que estabelecia obrigatoriedade do dever de informação, conforme determinação específica nos rótulos de embalagens de café comercializados no Brasil de espécies vegetais do gênero *coffea*, além da usurpação da norma que deveria ser editada pela União por tratar de questões de direito comercial e comércio interestadual<sup>262</sup>.

Nesta mesma ação foi levada em consideração a afronta aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no inciso IV e *caput* do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

Porque a norma em questão, ao estabelecer obrigatoriedade de informação das quantidades de cada espécie vegetal que integra o *blends* das marcas de café comercializados no Estado do Paraná e ao exigir que seja gravado, nas embalagens dos produtos, um selo de qualidade outorgado pela Associação Paranaense de Cafeicultores, impede o livre e pleno exercício da atividade econômica<sup>263</sup>.

Pelo voto do Ministro relator Ricardo Lewandowski, ficou assegurado que o dever de informação na produção e consumo tem natureza legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, ficando superada referida discussão que já havia sido objeto de contenda no julgamento em sede de medida cautelar da ADIn nº 1.980 de 04.08.1999<sup>264</sup> da lavra do Ministro Sydney Sanches.

<sup>262</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>263</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>264</sup> "Com efeito, a Constituição Federal, no art. 24, incisos V e VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor. O § 1º desse artigo

No que condiz à violação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o Ministro relator observou que a lei impugnada tinha apenas o cuidado de informar o consumidor do produto por ele adquirido, então andou bem o legislador realizando a proteção do consumidor conforme estabelece o art. 170, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>265</sup>.

O Ministro Menezes Direito, em seu voto argumentou que

[...], é verificar, com muita clareza, que o legislador estadual procurou, tão somente, estabelecer os critérios de informação. E nós sabemos, no Brasil, a quantas anda a questão da informação ao consumidor no tocante aos gêneros que são embalados. Muitas vezes, nós estamos cansados de examinar essa matéria, até pessoalmente, salvo quem não faz supermercado, é claro, existe uma dificuldade muito grande porque, muitas vezes, o que se contém no rótulo não está contido no produto, e isso tem gerado alguns complicadores bastante severos. E nós, a todo instante, vemos divulgação desse tipo de operação que está sempre em curso. [...]<sup>266</sup>.

Em continuidade, a Ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto contra a inconstitucionalidade do dever de informação estabelecido no art. 5º da referida lei paranaense, devendo este “ser respeitado efetivamente nos termos da federação brasileira”<sup>267</sup>.

O Ministro Carlos Britto destacou que a lei em todo o seu conjunto tem “no foco a informação do consumidor”, logo é salutar “orientar o consumidor, cientificar o consumidor daquilo que está sendo objeto de virtual consumo, com uma virtude, como uma vantagem adicional. [...]”. Foi além e relatou que tal lei estadual “também protege a saúde, tem mérito suficiente para incorporar a defesa da saúde.”<sup>268</sup>

---

esclarece que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. E o § 2º que a competência da União para as normas gerais não exclui a suplementar dos Estados. [...]”(BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009).

<sup>265</sup> Ainda proferiu que “não é demais recordar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, III, assegura, como direito básico de todo consumidor, ‘a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem’” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009).

<sup>266</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>267</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>268</sup> “A doutrina vem se firmando, mais e mais, no entendimento de que toda a legislação estadual de reforço à legislação federal, sobre proteção e defesa da saúde, goza de uma apriorística cláusula de validade, sob o limite apenas da razoabilidade e proporcionalidade.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio

O Ministro Celso de Mello, no julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, argumentou que a proteção ao dever de informação do consumidor aplicado pelo Estado do Paraná estabelece e deixa nítida a concretização dos direitos fundamentais do consumidor previstos principiologicamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V. Com essa proteção da vida, da saúde e da segurança dos consumidores, decorrentes de sua vulnerabilidade, interligado ao direito da informação clara, segura, precisa, a respeito dos produtos que lhes são oferecidos e enalteceu a iniciativa do Estado do Paraná por ter cumprido o dever de proteção ao consumidor, dever esse que deve ser imposto a todas as “comunidades jurídicas que compõem a estrutura institucional do Estado federal brasileiro”<sup>269</sup>.

No seu voto, o Ministro Eros Grau, citado pelo Ministro Celso de Mello, traçou uma visão acerca da proteção estatal ao consumidor como direito fundamental:

Na verdade, a proteção estatal ao consumidor – quer seja essa qualificada como um direito fundamental positivado no próprio texto da Constituição da República, quer seja compreendida como diretriz conformadora da formulação e execução de políticas públicas, bem assim do exercício das atividades econômicas em geral – assume, em última análise, na perspectiva do sistema jurídico consagrado em nossa Carta Política, a condição de meio instrumental destinado, enquanto expressão de um “princípio constitucional impositivo”, a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa<sup>270</sup>.

Nesta ação direta de inconstitucionalidade observou-se que o Estado, na proteção do consumidor, tem seu papel ativo intervindo nas relações que envolvem a concretização dos direitos fundamentais do consumidor, principalmente quando se trata do direito à vida, à saúde, à segurança dos consumidores e ao dever de informar a todos para que não incorram em erros ou equívocos.

---

de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009)

<sup>269</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>270</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

Por fim a ação foi julgada improcedente apenas no ponto em que a lei impugnada estendeu seus efeitos a outras unidades da federação, deixando nítido que os Ministros, em sua maioria, votaram pela procedência parcial da ação no que se refere à proteção dos direitos fundamentais do consumidor concernentes ao direito de informação clara e precisa.

### **3.2.3. Organismos geneticamente modificados**

Analisados os julgados sobre dever de informação do consumidor e a propaganda enganosa no Estado do Paraná, como relação aos combustíveis e informações necessárias nos pacotes de café, passa-se agora à análise das ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais que preveem a comercialização de organismos geneticamente modificados.

A ADIn nº 3.645-9/PR, julgada em 31 de maio 2006, acórdão da Ministra Ellen Gracie sobre texto da Lei paranaense nº 14.861, de 26 de outubro de 2005, e do Decreto nº 6.253, de 22 de março de 2006, que assegurava ao consumidor informações quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.

Referida ação foi proposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL contra o Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa desse mesmo Estado, e ao final foi julgada totalmente procedente por conflitar como norma geral, no caso Decreto federal nº 4.680/2003, que estabelece a necessidade de informação da natureza transgênica do produto apenas na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares cuja presença de organismos geneticamente modificados esteja acima de 1%.

Em que pese o mérito da ação na qual o Estado do Paraná extrapolou os limites de competência concorrente e suplementar de consumo, proteção e defesa da saúde, pertencente à União que já havia legislado sobre o tema dos alimentos geneticamente modificados, foram, especificamente, extraídos desse julgamento os votos dos Ministros que discutiram o dever de informação ao consumidor, bem como proteção à saúde.

Em considerações de defesa do Governador do Estado do Paraná, foi alegado que

[...] a Lei impugnada, ao concretizar o direito fundamental à informação como proteção e defesa do consumidor, também é inspirada no princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), por ter o consumidor “*o direito fundamental de decidir o que consome e, para isso, precisa ser esclarecido sob as especificações corretas e precisas de quantidade, características, composições, origem e riscos*”. Alega que, por isso, o menor percentual de transgenia deve ser informado, até porque a rotulagem regular permitiria a pronta identificação do fornecedor, possibilitando a responsabilização por dano eventualmente causado ao consumidor. [...] (grifos do autor)<sup>271</sup>.

Nesse diapasão, a Ministra relatora Ellen Gracie votou pela inconstitucionalidade da lei paranaense por já existir regulamentação federal dos produtos geneticamente modificáveis conforme a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), o Decreto nº 5.591/2005, que regulamenta dispositivos da Lei de Biossegurança, além do art. 2º, *caput*, do Decreto nº 4.680/2003, que regulamenta o direito à informação, assegurado pelo CDC, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificáveis<sup>272</sup>.

No mesmo sentido votou o Ministro Ricardo Lewandowski que entendeu sobre relevante matéria, “uma vez que os organismos geneticamente modificados transcendem o âmbito meramente local, ou seja, tem âmbito nacional e, quiçá, até internacional porque pode afetar o comércio interestadual e o exterior”<sup>273</sup>.

O Ministro Carlos Britto, ratificando voto da Ministra relatora, apenas acrescentou que a contradição ocorreu entre o decreto federal e a lei estadual quando aquele ofertou a possibilidade de utilização de organismos geneticamente modificáveis na escala de até um ponto percentual, ou seja, é perfeitamente possível

<sup>271</sup> Relatório para decisão. In BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 3.645-9/PR, de 31 de maio de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

<sup>272</sup> Voto da Ministra Relatora Ellen Gracie in BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 3.645-9/PR, de 31 de maio de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

<sup>273</sup> Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. in BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 3.645-9/PR, de 31 de maio de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

que o decreto veicule um comando geral federativamente uniforme que não poderia mesmo ficar a cargo da lei por ser matéria demasiadamente técnica<sup>274</sup>.

Enfim, ficou evidenciado que, pelas normas legislativas já existentes em âmbito federal, nenhum ente da Federação poderá legislar usurpando-as.

### **3.2.4. Proibição de importação, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto**

Nas decisões das ADIn nºs 2.396-9/GO, 2.656-9/GO e 3.937-7/SP, relatórios proferidos pelos Ministros Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Marco Aurélio, respectivamente, sendo as primeiras julgadas parcialmente procedentes e a terceira em fase de julgamento, foram estabelecidos critérios para a comercialização da substância amianto<sup>275</sup>, também conhecida como asbesto<sup>276</sup>.

A primeira, ADIn nº 2.396-9/GO, transitada em julgado no dia 18.08.2003, decisão da lavra da Ministra Ellen Gracie, proposta pelo Governador do Estado de Goiás em face do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e a Assembleia Legislativa desse mesmo ente federativo contra Lei estadual nº 2.210, de 08 de janeiro de 2001, que proibiu a comercialização e estocagem do amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, além de proibir a pulverização de amianto em todas as suas formas, ao final foi julgada parcialmente procedente declarando a inconstitucionalidade dos arts. 1º e seus §§ 1º, 2º e 3º, 2º, 3º e seus §§ 1º e 2º, e art. 5º, parágrafo único, todos da lei mato-grossense.

O entendimento foi pela inconstitucionalidade dos dispositivos que proibiam a comercialização do amianto naquele Estado uma vez que em decisão de mérito da Ministra Ellen Gracie, foi sustentado que

<sup>274</sup> Voto do Ministro Carlos Britto. *in* BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI n.º 3.645-9/PR, de 31 de maio de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 10.10.2009.

<sup>275</sup> "Amianto: mineral. O mesmo que asbesto. Variedade de asbesto com fibras muito finas e sedosas. Asbesto: mineral filamentosos, tal como o actinólito, a serpentina e a tremolita, refratário ao fogo e aos ácidos e por isso usado onde se requer material incombustível, não-condutor ou quimicamente resistente, como vestuário de bombeiros, cortinas de palco, isolantes térmicos, vedações etc. As fibras compridas fiam-se junto com o algodão ou linho e usam-se para o fabrico de chapas de fibrocimento ou papelão de asbesto; amianto; lâ fossil." (MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=amianto>>. Acessado em: 14.10.2009)

<sup>276</sup> Por asbesto, entende-se como sinônimo de amianto nos termos do § 1º da Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007: "Entende-se como amianto ou asbesto a forma fibrosa dos silicatos minerais pertencentes aos grupos de rochas metamórficas das serpentinas, isto é, a crisotila (asbesto branco), e dos anfíbolios, entre eles, a actinolita, a amosita (asbesto marrom), a antofilita, a crocidolita (asbesto azul), a tremolita ou qualquer mistura que contenham um ou vários destes minerais".

não cabe a esta corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nessa seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação de ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional<sup>277</sup>.

Observa-se que os estudos nesta seara ainda não se definiram, principal razão para suspender a comercialização deste produto, o que não foi realizado por questões de ordem procedimental, no caso, o contraste inadmissível entre leis federal e estadual observadas pela perspectiva constitucional.

Sobre essa mesma matéria sobreveio a ADIn nº 2.656-9/GO, julgada em 8 de maio de 2003, proposta pelo Governador do Estado de Goiás em face do Governador do Estado de São Paulo e da Assembleia Legislativa do mesmo Estado.

Nesta ação foi arguida a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei paulista nº 10.813, de 24 de maio de 2001, que proibiu a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação no Estado de São Paulo de qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério, principalmente em componentes automotivos, na utilização de material para proteção individual e artefatos de uso infantil, além de outras considerações que não fazem parte do objeto de estudo nesse momento<sup>278</sup>.

Além da alegação de invasão de competência legislativa por parte do Estado de São Paulo em matéria de competência da União (art. 22, VIII e XIII, da CF), foram estudados e discutidos a produção e o consumo de produtos que utilizam amianto crisotila regulado pela Lei federal nº 9.055, de 1º de junho de 1995, bem como a proteção e o interesse da saúde pública e do meio ambiente como questões de interesse nacional, não havendo justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo.

---

<sup>277</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIn nº 2.396-9, transitada em julgado em de 18 de agosto de 2003. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 12.10.2009.

<sup>278</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.656-9, de 8 de maio de 2003. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

Ficou decidido que o Estado de São Paulo usurpou norma federal, decorrente da Lei nº 9.055/95 que já disciplinava referida matéria, e que, de outra forma, em proteção e defesa do consumidor e do meio ambiente, trata-se de questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação geral ditada pela União Federal.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, alegou na interpretação do art. 7º da Lei paulista objeto de controle concentrado, que mais uma vez o Estado incorreu em usurpação de Poder Legislativo quando positivou que deveria haver a informação nas embalagens comercializadas sobre a “existência do mineral em seu produto e que a sua inalação pode causar câncer”<sup>279</sup>.

Assim houve uma decisão um tanto duvidosa contra norma fundamental do consumidor, qual seja o dever de ser informado, uma vez que foi anulado pelo Supremo Tribunal Federal esse dispositivo de lei paulista em razão do conteúdo legislativo procedimental, ficando afastada qualquer possibilidade de informação do consumidor na comercialização do produto amianto crisotila, possível agente causador de câncer.

Nota-se que o direito à saúde ou mesmo à própria vida não foi devidamente observado em razão do procedimento e das normas de competência legislativa que regem a divisão de poderes dentro do Estado Democrático de Direito, pois notório que o câncer, em sua maioria, conduz o ser humano ao leito de morte.

Tal situação pode ter ocorrido por uma contradição legislativa da lei paulista, observada pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, quem salientou que o próprio Governador paulista já havia informado sobre a norma federal regulamentadora de segurança e saúde do trabalho nº 15, anexo 12, item 9 – MTb/NR 15, que estabelece:

9. será de responsabilidade dos fornecedores de asbesto, assim como dos fabricantes e fornecedores de produtos contendo asbesto, a rotulagem adequada e suficiente, de maneira facilmente

---

<sup>279</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.656-9, de 8 de maio de 2003. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.



compreensível pelos trabalhadores e usuários interessados (115.025-1/13).

9.1 A rotulagem deverá conter, conforme modelo Anexo II: (115.026-0/13) a letra minúscula “a” contendo 40% (quarenta por cento) da área total da etiqueta; caracteres: “Atenção, contém amianto”, ‘Respirar poeira de amianto é prejudicial à saúde’ e “Evite risco: siga as instruções de uso’.

9.2 A rotulagem deverá, sempre que possível, ser impressa no produto, em cor contrastante, de forma visível e legível. (115.027-8/13)<sup>280</sup>.

De qualquer forma resta a dúvida: se a inalação da poeira é prejudicial à saúde, o que pensar da ingestão deste minério por meio de um determinado brinquedo por parte de uma criança, por mais que exista a rotulagem sobre as propriedades tóxicas do produto? Nesse caso, o direito à vida e à saúde não se sobrepõe ao caráter procedimental legislativo?

Nesse caso, especificamente, deveria haver um estudo mais avançado pelo instituto do *amicus curiae* em que seriam apresentadas questões técnicas sobre a utilização e a prejudicialidade do amianto, porém “no Brasil, o predomínio do positivismo não contribuiu para que o debate em torno da relação entre a Constituição e os valores morais pudessem aflorar na doutrina e na jurisprudência”<sup>281</sup>.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes,

[...] o Tribunal que exerce as funções da Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. [...] Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativas fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade<sup>282</sup>.

Então, contrariando as palavras da Ministra Ellen Gracie, explicitadas em outro momento deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem sim de aplicar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas de elementos que prejudicam a vida dos consumidores podendo se utilizar do *amicus curiae*, quando da omissão do Poder Legislativo.

<sup>280</sup> Texto da norma extraído de BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.656-9, de 8 de maio de 2003. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>281</sup> SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. pp. 63-102. In Celso D. de Albuquerque de Melo e Ricardo Lobo Torres (org.). **Arquivo de Direitos Humanos** vol. 04. São Paulo: Renovar, 2002, p. 77.

<sup>282</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 282.

De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal optou por julgar inconstitucional dispositivo da lei paulista que proíbe a comercialização da substância amianto da espécie crisotila.

Passado em julgado a ADIn nº 2.656-9, voltou à tona a discussão da utilização do amianto em São Paulo por meio da ADIn nº 3.937-7/SP proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria em face do Governador do Estado de São Paulo e da Assembleia Legislativa paulista, sendo interessados a Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento e o Instituto Brasileiro do Crisotila.

Referida ação direta de inconstitucionalidade em que o Ministro Marco Aurélio é relator, está em fase de julgamento do mérito.

Nesse controle concentrado foi arguida a inconstitucionalidade da Lei paulista nº 12.684, de 26 de julho de 2007, cujo texto legislativo proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição, por ser prejudicial à saúde do trabalhador e consumidor do produto.

Em sede de liminar, a referida lei foi demasiadamente discutida, sendo que o Ministro Marco Aurélio defendeu a suspensão da referida lei estadual por já ter sido objeto de discussão em outras ações diretas de inconstitucionalidade julgadas parcialmente procedentes e configurada a usurpação de poderes referentes à esfera legislativa sobre referidas questões, ou seja, cabe à União, como já o fez, legislar sobre este tipo de matéria e não aos Estados da federação.

Por outro lado, o Ministro Eros Grau, em seu voto, não concedeu a ordem e sustentou que

[...] há uma lei federal, a de 9.055, que, no meu modo de ver, é inconstitucional na medida em que agride o preceito disposto no art. 196 da Constituição. É bem verdade que, tanto naquela ocasião (ADIn 3.356-5/PÉ) como nessa, o que está ponderando é a constitucionalidade da lei estadual, não da lei federal. Em relação a

este aspecto, quero reafirmar posição – que já afirmei anteriormente – no sentido de que a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta e indiretamente. Não estou propondo evidente, muito menos nessa sede agora de medida cautelar, que se delibere a respeito da inconstitucionalidade da lei federal. Mas o que me parece importante assinalar é a circunstância de que há aí, no meu modo de ver, uma agressão ao art. 196 da Constituição.<sup>283</sup>

Lembre-se de que o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por tal análise, observa-se que as demais ações diretas de inconstitucionalidade que analisaram a proibição da fabricação e comercialização do amianto deveriam ser julgadas totalmente improcedentes, mesmo porque cabe aos Estados-membros, como dever, zelar pela saúde de todos, inclusive dos consumidores, além de ser competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde, nos moldes do art. 23, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De qualquer sorte, o Ministro Gilmar Mendes pondera sua análise afirmando que esta é uma questão delicada e que há um acúmulo de competências, no caso, proteção à saúde e produção industrial<sup>284</sup>.

Então radicalmente, em sede de discussão, o Ministro Cezar Peluso, em debate após voto do Ministro Eros Grau, sentenciou que

Estamos simplesmente dizendo que o sistema não é tão simples como parece. Basta imaginar alguma coisa que seja reconhecida, extraordinária e incontroversamente, como nociva, e que houvesse legislação federal permissiva de sua produção. Aí se vale dizer o quê? Como a União permite, então seria permitido matar todo mundo, porque nenhum Estado pode impedi-lo!<sup>285</sup>

Em estudo para aplicação de voto na ADIn nº 3.357/RS contra a Lei estadual gaúcha nº 11.643, de 21 de junho de 2001, proposta pela Confederação Nacional do

---

<sup>283</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>284</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>285</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

Trabalhadores na Indústria em face do Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembleia Legislativa desse mesmo Estado, o Ministro Carlos Britto, nas suas explanações após o primeiro debate entre os Ministros, nos autos da Medida Cautelar da ADIn nº 3.937-7/SP, leu um trecho de determinado Apelo da Corte de Milão que dizia:

É inadmissível que as grandes indústrias do amianto continuem a exportar tais produtos aos países do terceiro mundo, transferindo riscos onde a ausência de lei e de vigilância apropriada favorecem a contaminação de grande parte da população dentre outros<sup>286</sup>.

Ressalvadas as espécies de amianto a serem utilizadas em produtos consumidos difusamente, como é o caso do amianto crisotila<sup>287</sup>, observa-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão realizando consideráveis debates técnico-jurídicos e, dependendo de suas decisões sobre a técnica legislativa aplicada, poderão indiretamente causar danos na população consumidora de produtos que contenham espécie de amianto cancerígeno, embora os estudos científicos ainda não tenham definido tal condição.

Importante frisar que não há utilização segura para nenhum tipo de amianto. Por esta insegurança, em 2004 o Conselho Nacional do Meio Ambiente, considerando o Critério de Saúde Ambiental nº 203, de 1998, da Organização Mundial da Saúde sobre o amianto crisotila, afirma entre outros que “a exposição ao amianto crisotila aumenta os riscos de asbestose, câncer de pulmão e mesotelioma de maneira dependente em função da dose e que nenhum limite de tolerância foi identificado para os riscos de câncer”, e resolveu alterar o art. 3º, item IV, da Resolução CONAMA nº 307, de 5 de julho de 2002, passando a vigorar com a seguinte redação:

<sup>286</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>287</sup> “O crisotila é usado principalmente para a fabricação de cimento-amianto ou fibrocimento. Usos do fibrocimento incluem a manufatura de caixas d’água, telhas, placas de revestimento e tubos. O amianto crisotila ainda pode ser usado para a fabricação de: produtos de fricção (lonas de freio, pastilhas, discos de embreagem), produtos têxteis (mantas para isolamento térmico, roupas especiais), filtros, diafragmas, papéis e papelões especiais, (utilizados para isolamento térmico), produtos de vedação (juntas de revestimento), isolantes térmicos para aviões, pisos vinílicos [...] Há três doenças relacionadas ao uso do amianto: *asbestose* (causado pela reação do tecido à deposição de poeira no interior do pulmão), câncer de pulmão, e mesotelioma (tumores formados do tecido seroso que revestem órgãos como pulmão, coração e abdômen). Outras também tem sido associadas à exposição do amianto (câncer de laringe, câncer de orofaringe, câncer de estômago, câncer colo-retal, e câncer de rim).” (Voto do Ministro Joaquim Barbosa. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

Art. 3º Os resíduos da construção civil deverão ser classificados, para efeitos desta resolução, da seguinte forma:

[...]

Classe D: são resíduos perigosos oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros tais como aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros, bem como telhas e demais objetos e materiais que contenham amianto ou outros produtos nocivos à saúde<sup>288</sup>.

Voltando ao julgamento da ADIn nº 3.937-7/SP, o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, defendeu a legitimidade da lei paulista com base na Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 162, promulgada pelo Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991, que desenvolve e implementa medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto, negando assim referendo à cautelar.

A Convenção é uma norma protetora de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Também vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. [...] Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir dos Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir o crisotila<sup>289</sup>.

Sequencialmente, o Ministro Eros Grau exarou confirmação de voto e propôs a votação sobre a inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055/95 sob o respaldo de que o amianto prejudica a saúde, cabendo ao Estado a proteção de todos, no moldes do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia retificou seu voto e acrescentou que a saúde, além de dever do Estado, é competência comum dos entes da federação, nos moldes do art. 23, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>290</sup>.

No mesmo raciocínio retificador da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski retificou seu voto e indeferiu a cautelar com fundamento no perigo para a saúde da população local.

<sup>288</sup> BRASIL. **Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**. Resolução CONAMA nº 348, de 16 de agosto de 2004. Publicada no *DOU* nº 158, de 17 de agosto de 2004, Seção I, p. 70. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>>. Acessado em: 31.10.2009.

<sup>289</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

<sup>290</sup> Voto do Ministro Joaquim Barbosa e retificado de voto da Ministra Cármen Lúcia. *in* BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

O Ministro Menezes Direito acompanhou o voto do relator Marco Aurélio que referendou a cautelar, sendo que o Ministro Carlos Britto acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa e indeferiu a cautelar.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, deu procedência à cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio e sentenciou “evidente, já vou repetir mais uma vez, que não somos academia de ciência. Portanto, não nos cabe definir a nocividade de produtos [...]”<sup>291</sup>.

Por fim, os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso negaram o referendo e indeferiram a cautelar por acharem a lei estadual constitucional.

Resta aguardar o julgamento final de mérito da referida ADIn nº 3.937-7/SP em que serão avaliadas questões de inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055/95 e a constitucionalidade da Lei paulista nº 12.684/2007 que proíbe a comercialização de qualquer espécie de amianto no Estado de São Paulo, podendo abrir precedentes para os demais Estados da Federação ou até mesmo criar uma possibilidade legislativa escrita pelos membros do Congresso Nacional, na qual proíba a utilização de algumas espécies de amianto em todo o território nacional.

De qualquer forma, será um marco na proteção do cidadão consumidor, bem como aos trabalhadores, havendo uma real proteção e concretização dos direitos fundamentais do consumidor por meio do poder concentrado de constitucionalidade pela via concentrada de constitucionalidade.

---

<sup>291</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/)>. Acessado em: 11.10.2009.

## **Conclusão**

O presente trabalho dissertativo, em seu primeiro capítulo, analisou questões de direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Foram explanados assuntos concernentes à evolução histórica, expressões e conceitos de direitos humanos.

Com relação à evolução histórica, nas poucas linhas percorridas a respeito, viu-se que os direitos fundamentais possuem suas origens nas guerras e revoluções.

Com relação às expressões utilizadas sobre os direitos fundamentais podem também ser caracterizadas como direitos humanos, direitos humanos fundamentais, direitos dos povos etc. e possuem muitas divergências e entendimentos doutrinários.

Para essas diversas expressões e após citação de alguns entendimentos doutrinários, afirma-se que os direitos fundamentais da pessoa são os direitos humanos devidamente concretizados em textos legislativos, logo a expressão mais comum é a dos direitos humanos fundamentais.

Com relação ao conceito, em síntese, tem-se que são direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano e que foram conquistados ao longo da história, passando a ser positivados primeiramente em documentos isolados e, posteriormente, nas constituições de diversos países, principalmente do continente europeu e americano.

Foram abordadas, igualmente, as cinco gerações de direitos humanos defendidas doutrinariamente, sendo esta última, no entendimento de Paulo Bonavides, a paz universal, podendo ainda existir outras novas gerações em virtude da “plasticidade material”, segundo Daniel Sarmiento.

Ademais, foram vistas as interpretações desses direitos atreladas, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana considerado vetor interpretativo de todo e qualquer direito fundamental do homem.

Enfim, no que concerne às interpretações dos direitos fundamentais direcionadas para a proteção do consumidor, deverão ser construídas com base na Carta Política, em normas infraconstitucionais, em princípios e valores, sempre ponderando o melhor direito a ser aplicado com senso de justiça e perfeição, além de se utilizar do principal vetor que é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo capítulo foi apresentado o direito do consumidor enquanto direito fundamental da pessoa humana. E para restringir a amplitude do trabalho, referido direito fundamental do consumidor foi avaliado apenas no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Esse capítulo discorreu sobre o surgimento do direito do consumidor e sua natureza jurídico-constitucional, sendo que esta é de direito fundamental constitucional por serem os consumidores pessoas essenciais no desenvolvimento econômico nacional, equiparadas ao cidadão, devendo ser protegidos pelo Estado Democrático de Direito baseados na cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa, conforme o art. 1º, incisos II, III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Importante frisar que o surgimento da proteção consumerista ocorreu durante a Revolução Industrial no momento em que a produção de produtos aumentou em grande escala e se diversificou, fazendo com que majorasse a quantidade de pessoas consumidoras de produtos e serviços.

Com essa política do liberalismo contagiante, depois mitigada pelo estado social de direito, adveio diversas proteções consumeristas, dentre elas a Resolução da Organização das Nações Unidas nº 39/248, de 16 de abril de 1985. Posteriormente, em 10 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a última Constituição da República Federativa do Brasil, sobrevieram proteções fundamentais do consumidor previstas no art. 5º, inciso XXXII, bem como no princípio da ordem econômica prevista no art. 170, inciso V.



Além dessas proteções fundamentais, recaíram também sobre o direito do consumidor proteções infraconstitucionais, sendo principal a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Após isso, foi interpretado doutrinariamente o conceito legal de consumidor de forma sociológica, psicológica, econômica e jurídica, sendo que neste último caso ficou consignado que consumidor é todo aquele que adquire o produto ou o serviço para ser utilizado em condição final, independentemente de ser pessoa física ou pessoa jurídica, basta que a destinação contribua para o seu interesse subjetivamente pessoal.

Para dar maior efetividade ao trabalho, foi avaliado objetivamente o conceito de fornecedor, que é a pessoa física ou jurídica que habitualmente visa ao caráter econômico da relação com o consumidor, em que o lucro é seu principal objetivo.

Ainda no segundo capítulo, foram analisados os princípios referenciais de aplicação dos direitos fundamentais do consumidor, assim como a solução de conflitos fundamentais de sua defesa em conjunto com o princípio da livre iniciativa e livre concorrência, em que os princípios da igualdade, da liberdade e da legalidade podem e devem ser aplicados na defesa consumerista em conjunto com o princípio da vulnerabilidade, da hipossuficiência, da educação e dever de informação, da boa-fé objetiva ou equidade, criando, assim, uma base protetiva que dificilmente poderá prejudicar o consumidor frente ao poder dos grandes conglomerados empresariais.

Com o devido entendimento dessa gama de institutos, passou-se à análise do tema central do presente trabalho dissertativo, ou seja o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ações diretas de inconstitucionalidade que envolvem direitos fundamentais do consumidor.

No último capítulo foram então analisadas a posituação dos direitos fundamentais do consumidor e sua concretização no Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta de inconstitucionalidade que tem o condão de demonstrar ao

leitor, sem nenhuma pretensão de exaurir o tema, a visão dos ministros da Suprema Corte frente à seara especializada do mercado de consumo.

Por meio das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas objetivamente pelo Poder Judiciário, pôde-se observar que os direitos fundamentais são muitas vezes trazidos à baila sem ser o objeto principal da demanda, ou seja, como pano de fundo são avaliados os princípios que regem esses direitos, mas o objeto principal recai sobre as questões procedimentais dessas ações no tocante à competência privativa, concorrente ou suplementar da União e dos Estados federativos.

De qualquer forma, para demonstrar as discussões sobre a defesa do consumidor no Supremo Tribunal Federal de forma concentrada pela via da ação direta de inconstitucionalidade, foram necessários estudos iniciais sobre os direitos fundamentais, sua evolução histórica, expressões e conceitos, além de demonstrar as gerações dos direitos, interpretações dos direitos fundamentais e, principalmente, discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que uma vez desrespeitado fere qualquer outra condição humana como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à qualidade de vida das presentes e futuras gerações, o dever de informação dos consumidores etc.

Assim, o conteúdo de cunho consumerista fundamental é analisado no decorrer das suscitações abordadas por alguns ministros, como é o caso do julgamento da ADIn nº 3.937-7/SP, acórdão do Ministro Marco Aurélio, na qual se discute indiretamente a constitucionalidade da Lei federal nº 9.055/95 que dispõe sobre a produção e o consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso levantou a questão de que não é possível admitir a nocividade de algo simplesmente por haver lei federal permissiva de sua produção.

Além desses julgados que a questão de utilização de um produto duvidoso pode causar mal às pessoas, conseqüentemente ao consumidor, como, o amianto crisotila que é comercializado nacionalmente em caixas d'água, brinquedos infantis, telhas para residências, foram e serão objetos de ação direta de inconstitucionalidade.

Em outro sentido, foram estudadas duas ADIns n<sup>os</sup> 1.980-5 e 2.832-4, ambas as propostas contra o Governador do Estado do Paraná e a Assembleia Legislativa daquele mesmo ente federativo, que discutiram o dever de informação necessário ao consumidor no que diz respeito às Leis paranaenses n<sup>os</sup> 12.420/99 e 13.519/2002, sobre informações da procedência dos combustíveis utilizados pelos consumidores e a obrigatoriedade das especificidades do café consumido prescritas nas embalagens, sendo aquela julgada totalmente improcedente e esta parcialmente procedente.

Outra ação direta de inconstitucionalidade analisada foi a de n<sup>o</sup> 3.645-9/PR, que assegurava ao consumidor informações quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.

Essa ação que atacou a Lei paranaense n<sup>o</sup> 14.861/2005, a qual extrapolou limites da legislatura estadual, tinha como objeto o dever de informação das indústrias que comercializam produtos que contivessem organismos geneticamente modificados e que poderiam causar prejuízos a partir de sua ingestão quando contivessem mais de 1% dessas substâncias, porém por questões de ordem legislativa entre a União e os demais entes da federação não foi possível a sua vigência.

Em que pesem as decisões procedimentais obrigatoriamente analisadas nas ações diretas de inconstitucionalidade, ficou evidenciado no presente estudo dissertativo que os ministros do Supremo Tribunal Federal demonstram sua preocupação com os direitos humanos fundamentais dos consumidores na ordem social e frente a um mercado econômico voraz discutem aspectos que protegem o ser humano em todos os seus aspectos, seja saúde, dever de informação, publicidade etc.

Cabem aos legitimados na defesa das leis estaduais enfrentar os grandes conglomerados demonstrando e argumentando, com base nos princípios, valores, conceitos e normas consumeristas que os direitos humanos fundamentais devem ser protegidos em total respeito à dignidade da pessoa humana, ficando também

intimadas as pessoas em geral, bem como entidades representativas por meio do instituto do *amicus curiae* demonstrar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal quais são os reais benefícios ou malefícios que uma lei pode causar nos consumidores de produtos e serviços caso permaneça em vigor por questões outras que não a sua formalidade em si mesma.

## Referências Bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 14/20-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** vol. 09/03-24. São Paulo: Padma, jan-mar. 2002.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 69/32-86. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar. 2009.

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEJAMIN, Antônio de Vasconcellos e. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor. In GRINOVER, Ada Pellegrini (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **RT** 628/69-79, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/1988.

\_\_\_\_\_. O direito do consumidor. **RT** 670/49-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Código de defesa do consumidor**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: concretização e positivação**. Osasco: Edifício, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de filosofia política**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **Minicódigo de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORDIEU, Pierre. **Controfogos 2: por um movimento social europeu**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2001.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor: Exposição de motivos**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, 3 maio 1989, Seção 2, p. 1.663. Disponível em: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br). Acessado em: 04.09.2009.

BRASIL. **Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**. Resolução CONAMA nº 348, de 16 de agosto de 2004. Publicada no *DOU* nº 158, de 17 de agosto de 2004, Seção I, p. 70. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>. Acessado em: 31.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 1.104-9/SP, de 12 de maio de 1995. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/). Acessado em: 11.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 1.980-5/PR, de 17 de abril de 2009. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Acessado em: 10.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS nº 22.164/SP, de 17 novembro de 1995. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acessado em: 10.07.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIn nº 2.396-9, transitada em julgado em 18 de agosto de 2003. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Acessado em: 12.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 2.656-9/SP, de 8 de maio de 2003. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Acessado em: 11.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 3.645-9/PR, de 31 de maio de 2006. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Acessado em: 11.09.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2.649/DF, de 17 de outubro de 2008. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acessado em: 12.09.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 2.832-4, de 7 de maio de 2008. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/). Acessado em: 11.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em ADI nº 3.937, de 4 de junho de 2008. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/](http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/). Acessado em: 11.10.2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 56.7454/BA, de 28 de agosto de 2009. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acessado em: 13.09.2009.

BULGARELLI, Waldírio. Tutela do consumidor na jurisprudência e de lege ferenda. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** vol. 49/41-42. Nova Série, ano XVII, nº 49, 1984 in GRINOVER, Ada Pellegrini (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A vulnerabilidade do consumidor como concretização da prova constitucional da isonomia. In FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **Responsabilidade civil: por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JUNIOR, Ademir de Oliveira; MELO, Adriana Zawada. Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 7, n. 01. Osasco: Edifício, 2007.

DAVID W., Pearce. **The dictionary of modern economics**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1983.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

\_\_\_\_\_. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 8, n. 01. Osasco: Edifio, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Política das relações de consumo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini (*et. al*). **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos.** São Paulo: Manole, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARX, Karl. **A questão judaica.** Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 7, n. 02. Osasco: Edifio, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais, igualdade e dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais** vol. 7, n. 01. Osasco: Edifio, 2007.



MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 43/111-132. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, tomo IV. Direitos fundamentais.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Princípios constitucionais aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor**. Vol. 18/39-69. Ano XIX. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ano XIX. Rio Grande do Sul: Livraria Editora Acadêmica, 1997.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1984.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In* MELO, Celso D. de Albuquerque de; TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Arquivo de Direitos Humanos**. Vol. 4. São Paulo: Renovar, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** vol. 212/89-94. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SINGER, Paul. **O capitalismo: sua evolução, sua lógica e sua dinâmica**. São Paulo: Moderna, 1987.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. 43/69-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set. 2002.