

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÉRGIO MENDES BOTREL COUTINHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Luiz Fernando Bellinetti, Sérgio Mendes Botrel Coutinho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-108-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O Grupo de Trabalho de nº 62, do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, intitulado Eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais, contou com a apresentação de 29 trabalhos.

Os temas expostos pelos participantes, e as discussões e debates desenvolvidos, confirmaram que a tensão entre sistema de direito interno e sistema internacional de direitos humanos, esfera pública e esfera privada, assim como os conflitos ideológicos de vertentes de pensamento social e liberal, se intensificam à medida em que a vida em sociedade se torna mais complexa.

Defendeu-se, durante as exposições e discussões, que o modelo de produção capitalista do século XXI, que em alguns setores da economia provoca verdadeira ruptura com o modelo fordista, impõe uma revisão do modo pelo qual o direito do trabalho é produzido e interpretado, a fim de que os direitos fundamentais envolvidos sejam harmonizados e sua proteção efetivamente concretizada.

A investigação dos efeitos das propostas de terceirização da atividade-fim geraram intensa polêmica nos debates. A contraposição de entendimentos sobre o tema resume-se ao fato de que enquanto alguns enxergam na terceirização da atividade-fim uma necessidade para que o País e suas empresas aumentem sua competitividade no mercado internacional, outros vislumbram um verdadeiro retrocesso, sob o argumento de que a vantagem competitiva das empresas estaria sendo alcançada em detrimento de direitos dos trabalhadores.

Destacou-se, também, pesquisa demonstrando que sob a bandeira da sustentabilidade, algumas empresas têm demonstrado preocupação com a reinserção de idosos no mercado de trabalho. De fato, existem linhas de financiamento destinadas para empreendimentos econômicos com impacto social. A reinserção de idosos no mercado de trabalho parece se enquadrar neste contexto. Haveria, nesse caso, uma natural adequação das práticas do mercado com a ordem constitucional?

A importação do instituto norte-americano dos punitive damages e sua adequação à ordenamento pátrio, com enfoque no direito do trabalho, foi objeto de apresentação em que se sustentou que referido instituto pode servir à efetivação dos direitos sociais trabalhistas. Resta-nos aguardar para constatar de que forma os tribunais pátrios se posicionarão sobre esse tema.

No âmbito do direito do consumidor, foi apresentado trabalho em que se propôs uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional dos direitos fundamentais do consumidor.

A rigor, uma análise holística dos trabalhos apresentados demonstra que, em linha com a ementa do GT 62, as diversas vertentes de abordagem utilizaram o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como elemento de legitimação das mais distintas propostas e conclusões.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais essa obra coletiva, que representa o resultado do trabalho do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática da eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR INSCULPIDA NA ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE ENTRE
O ABSOLUTISMO OU O RELATIVISMO DA TUTELA CONSTITUCIONAL**

**THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSUMER
PROTECTION IN THE ECONOMIC ORDER: AN ANALYSIS BETWEEN THE
ABSOLUTISM OR THE RELATIVISM OF THE CONSTITUTIONAL
PROTECTION**

**Marcelo Benacchio
Diogo Basilio Vailatti**

Resumo

As bases pluralistas da ordem econômica que encontram convergência no texto constitucional devem ser vistas sob o aspecto histórico das gerações dos direitos humanos que levaram à sua elaboração. A dificuldade de compatibilizar todos os interesses da sociedade, atuais e antigos, faz com que seja preciso um intenso processo contínuo de reanálise do Direito e suas funções. O poderio dos grandes conglomerados coloca o consumidor em uma completa submissão em relação às condições impostas pelos fornecedores ou prestadores de serviço. Neste contexto, percebendo-se as novas realidades sociais e os novos paradigmas da sociedade moderna, é necessário verificar se a proteção dos consumidores exposta no texto constitucional é absoluta ou relativa. Para tanto, o presente trabalho analisou a evolução dos direitos humanos, o contrato e sua função moderna, bem como o Código de Defesa do Consumidor e os novos paradigmas com seu advento, de forma que se crie uma teoria que compatibilize a proteção dos direitos dos consumidores e dos fornecedores e prestadores de serviço em suas relações dentro da ordem econômica.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Direitos dos consumidores, Ordem econômica, Eficácia horizontal

Abstract/Resumen/Résumé

The pluralistic bases of economic order that are convergence in the Constitution must be seen in the historical aspect of the human rights dimensions of that led to its development. The difficulty of reconciling all the interests of society, current and former, causes an intense process of continuous re-examine the law and its functions have to. The power of the large conglomerates puts the consumer in a complete submission regarding the conditions imposed by suppliers or service providers. In this context, perceiving the new social realities and the new paradigms of modern society, it is necessary to check if the effectiveness of the fundamental rights are absolute or relative. Therefore, this study examined the evolution of human rights, the contract and its modern function as well as the Consumer Protection Code and the new paradigms with its advent, so we set up a theory that reconciles the rights of protection consumers and suppliers and service providers in their relations within the market.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Fundamental rights, Consumer rights, Economic order, Horizontal effectiveness

1. INTRODUÇÃO

Com base nas noções de igualdade e liberdade oriundas das revoluções burguesas (francesa e americana) o Direito, em especial no campo privado, foi regido principalmente pelo conceito da autonomia da vontade desde o início do século XVIII até pouco mais da metade do século XX.

A partir do final do século XIX até meados do século XX há a introdução gradativa da preocupação com o outro não em um sentido de homens livres, lado a lado, tal qual defendido pelos revolucionários franceses sob a rubrica da fraternidade, mas sim de um respeito e auxílio ao próximo – a solidariedade.

O advento da noção solidária também ocorreu no âmbito da roupagem jurídica das trocas econômicas. Quando se percebe as limitações da autonomia individual e as novas demandas sociais, inicia-se um processo de repensar as formas de interação no mercado, uma vez que o consumidor é vulnerável em comparação aos fornecedores e prestadores de serviço nos campos técnicos, jurídicos, fáticos e informacionais, o que enfraquece qualquer concepção de liberdade no momento de contratar e executar o avençado.

Contudo, a debilidade do consumidor vai muito além dos planos acima citados, alcançando as próprias relações interpessoais humanas. A sociedade, fomentada pelo mercado, modifica completamente seu modo de viver, pautando suas ações pelo ter, ao invés do ser, o que causa um alto nível de insegurança e infelicidade.

Entender todas as variáveis do contexto social atual, no qual estão inseridas as relações de consumo, é essencial para compreender o mercado moderno e a postura ativa que é exigida do Estado na proteção aos consumidores, bem como de que forma seria possível conciliar tantos efervescentes interesses sociais cuja contradição é ínsita aos valores plurais das sociedades ocidentais inseridos nas atuais cartas constitucionais.

Desta forma, com base em tal panorama, o presente estudo objetiva, por meio do método dedutivo e de uma análise bibliográfica revisional, partindo da hipótese da existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, enfrentar o seguinte problema: a incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo é absoluta ou relativa?

Para tanto, após realizar uma explanação que passará pelas gerações dos direitos humanos, bem como pela evolução do contrato do Direito Civil ao Direito do Consumidor, o artigo analisará o problema em questão dentro de um caso concreto, de forma que se possam alcançar algumas diretrizes sobre a resposta almejada.

2. AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

A história da humanidade é marcada por períodos de luz e trevas, os quais são igualmente essenciais para o processo de evolução dos seres humanos. Nos períodos de trevas, as barbáries são cometidas e chega-se em um momento no qual todos são forçados a refletirem sobre suas ações. Alcançado o momento das luzes, novas ideias fazem com que a humanidade avance de forma exponencial nas ciências humanas e exatas.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são fruto deste processo. As lutas individuais e coletivas da humanidade contra o poder estabelecido ecoam nas constituições, forçando a positivação das novas necessidades e reflexões humanas em seu bojo.

Aliás, frisa-se aqui que tal fenômeno de comunicação entre lutas sociais e positivação de Direitos pode ser verificado praticamente na totalidade dos textos constitucionais hoje existentes em consequência da tendência globalizante existente na sociedade moderna. (NEVES, 2009)

Com o surgimento de novos direitos faz-se necessário um intenso processo de repensar e compatibilizar as garantias individuais e coletivas já existentes com as em formação. Em cada momento histórico de transição, surgem novas realidades sociais que devem ser alcançadas pelo Direito. As lutas e consequentes evoluções históricas consagradas na história da humanidade são conhecidas como gerações de direitos fundamentais.

Há que se notar que essa divisão entre gerações, criada por Karel Vasak, possui aspectos mais didáticos do que práticos. Ao criar tal classificação, o autor objetivava mostrar de que forma os direitos foram concebidos durante a história da humanidade, mas não limitar seu alcance em função do período em que surgiram. Atualmente, muito além de entender as

gerações como algo estanque, deve-se pautar pela interpretação de todas as conquistas humanas em consonância, de forma que se consolide o conceito e alcance dos direitos humanos.

Os direitos de primeira geração são consequência das Revoluções francesa e americana, as quais consagraram as ideias de proteção da individualidade de cada um, não permitindo que o Estado nela intervenha facilmente. Neste período, o cerne dos direitos fundamentais era apenas o de garantir a liberdade de reunião, consciência e de inviolabilidade de domicílio. Não há, ainda, qualquer preocupação com as desigualdades sociais e em como alterá-las. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 150 - 151)

Desta forma, percebe-se que, nesta geração, a interação entre os governantes e os seus súditos era, ainda, pautada por uma relação vertical de poder, ou seja, Estados (mais fortes) e indivíduos (mais fracos) mantinham uma convivência na qual se enxergava o poder estatal como o único violador dos direitos humanos, o que foi modificado apenas com a terceira geração e a consolidação dos conceitos de solidariedade.

Já a segunda geração é fruto dos movimentos sociais que ocorreram no final do século XIX, tais como o operário, socialista e comunista. Neste momento, exige-se que o Estado adote ações positivas, observando suas possibilidades (reserva do possível), de forma que garanta condições mínimas de vida digna para todos os humanos, oferecendo direito à saúde, educação, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e, mais recentemente, à moradia. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 266)

Muito embora as exigências em face do Estado mudem com o surgimento da segunda geração, uma vez que as demandas sociais reivindicaram uma postura ativa (consagrador de direitos) e não mais passiva (abster-se de violações) dos governantes, todo o arcabouço jurídico continuava ainda afastando os governados do processo de participação da concretização dos direitos fundamentais, haja vista que o ordenamento ainda era estruturado com base apenas nos preceitos da liberdade, e não da solidariedade.

Por outro lado, os direitos de terceira geração surgem das constatações feitas a partir da segunda guerra mundial. Com os massacres aos judeus cometidos pelos nazistas, bem

como as explosões das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, percebe-se que o Direito precisa focar sua tutela na proteção dos homens, suas relações e no ambiente em que estão inseridos. Dentro desta concepção, o conceito de solidariedade ganha corpo, fazendo com que a pauta de discussões saia de uma visão individualista para uma coletiva, em que o primordial é a proteção dos povos, do meio ambiente, do desenvolvimento, do progresso e dos consumidores.

Constata-se que as relações sociais, os interesses privados e o próprio direito, em função das novas dinâmicas sociais, sejam nas questões ambientais ou consumeiristas, antigamente pautados unicamente pela autonomia da vontade, necessitam ser revistos pelo prisma da solidariedade. O Direito passa a ser visto como instrumento de concretização da proteção dos interesses das gerações atuais e futuras.

O próprio contrato, enquanto máxima da autonomia da vontade, anteriormente um conceito muito mais rígido e consagrador de concepções individuais, começa a ser revisto como forma de buscar o bem comum da sociedade¹.

Mais do que isto, notando as limitações decorrentes da aplicação dos direitos fundamentais apenas para as relações entre particulares e Estado, dentro da terceira geração, a noção de solidariedade faz com que se perceba a necessidade de aplicação de tais conceitos para as relações entre os particulares. Sobre o tema, adverte Daniel Sarmiento (2006, p. 323):

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Sintetizando os conceitos acima, Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 39 - 40) pondera sobre os direitos fundamentais:

¹ Dentro das relações de consumo, por exemplo, a tutela passa a acontecer antes, durante e após o contrato ser constituído. Apenas para exemplificar:

Mesmo que a relação contratual não seja estabelecida, os artigos 36, 37 e 38 do Código de Defesa do Consumidor protegem o consumidor da prática de qualquer publicidade enganosa ou abusiva.

Já a Lei 12.291/2010 obriga os estabelecimentos comerciais a manterem, no mínimo, um exemplar do Código de Defesa do Consumidor em local de fácil visualização.

Em relação aos produtos colocados no mercado, mesmo após a constituição do contrato, a Lei 8.078/1990 institui a responsabilidade solidária por vícios e defeitos dos produtos ou serviços, respectivamente, em seus artigos 18 e 12.

A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, direitos de liberdade (Freiheitsrechte), que são direitos e garantias a que o Estado omite-se de interferir em uma esfera intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (Leistungsrechte), para suprir a carência da coletividade. Já na terceira geração concebem-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o gênero humano, como o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Importante ressaltar que, com o advento de novas gerações de direitos, as demais não são deixadas de lado, mas sim interpretadas em conjunto, valorizando-se todas as conquistas humanas já existentes. Por isto, atualmente, existem autores que defendem a existência de outras gerações além destas clássicas já mencionadas e consagradas.

Paulo Bonavides (2004, p. 571) aponta os direitos à democracia, pluralismo político e à informação como de quarta geração. Posteriormente, em artigo elaborado para a revista Interesse Público, constrói a concepção da existência de uma quinta geração, na qual o direito à paz seria seu expoente. (BONAVIDES, 2006)

Já Norberto Bobbio (1990, p. 6), tratando sobre as evoluções da tecnologia, refere-se à proteção do patrimônio genético como direito de quarta geração.

A divergência entre as novas categorias de Direitos Humanos pode, em uma leitura superficial, passar a falsa impressão de que não existiria, ainda, a necessidade de reconhecê-las como exigências legítimas da humanidade. Todavia, tais diferenciações, apenas ressaltam o próprio caráter dinâmico de criação e desenvolvimento da teoria humanista. Neste sentido, pontuam Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 199):

No processo da dinamogenesis, a comunidade social inicialmente reconhece como valioso o valor que fundamenta os direitos humanos (dignidade da pessoa humana). Reconhecido como valioso, este valor impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade, etc.) que expandirão o conceito de dignidade da pessoa humana. Essa dignidade, por sua vez, junto ao conteúdo dos direitos humanos concretos, é protegida mediante o complexo normativo e institucional representado pelo direito.

Portanto, necessário perceber que os direitos fundamentais devem ser vistos como um processo histórico, dinâmico e inacabado. As novas necessidades e as constantes lutas contra o poder posto resultam na concretização de ideias que levam a proteção dos humanos, de suas relações e do ambiente em que estão inseridos, bem como de que os debates sobre a

existência de novas gerações devem ser fomentados, transformando o direito em um verdadeiro catalisador das mudanças sociais.

Toda essa nova forma de pensar reflete diretamente na maneira de encarar o direito e as novas necessidades sociais. Trazendo tal ótica para as relações de consumo, percebe-se o quão necessário torna-se analisar todas as mudanças mercadológicas e verificar de que forma compatibilizar a iniciativa privada e os interesses atuais e futuros dos consumidores, como forma de proteger todos os envolvidos no mercado.

Neste sentido, o Direito do Consumidor surge como um novo campo do Direito que visa, justamente em função da vulnerabilidade do consumidor (técnica, jurídica e informacional) perante os fornecedores e prestadores de serviço, procurando efetivar os direitos humanos, reanalisar o contrato de consumo de forma que este seja visto sob o prisma de efetivação das concepções resultantes da evolução histórica dos direitos do homem, ou seja, busque o bem comum em função da solidariedade estampada no mercado de consumo.

Traçadas essas breves diretrizes nas quais os direitos dos consumidores são resultantes do processo de evolução dos direitos humanos, no item adiante, analisar-se-á o contrato e sua evolução histórica, de forma que se possa ser verificado o processo dinamogenico aqui traçado com maior clareza.

3. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Com o surgimento da terceira geração e das noções de solidariedade, todo o sistema jurídico, até então pautado por uma visão individualista focada na igualdade formal e liberdade, necessitou ser repensado.

O próprio contrato, enquanto máxima do ideário da propriedade privada, precisou ser revisto. Diferentemente das concepções originárias de que o direito à propriedade e a autonomia da vontade eram conceitos absolutos, atualmente, o sistema jurídico traz em seu bojo importantes limitações ao seu exercício pautadas nas noções de solidariedade, tais como a função social da propriedade no artigo 5º, XXIII na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a função social dos contratos no artigo 421 no Código Civil. (BRASIL, 2002)

Do panorama aqui já delineado, sobre há necessidade de atualização da teoria contratual descreve Paulo Nalin (2002, p. 114) da seguinte forma:

O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento de sua crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual de *gré a gré* (paritário) e as relações de massa. O *Code*, assim como o nosso próprio Código Civil, foram concebidos para que figurem na relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor). No mesmo quadro, nota-se o Código de Processo Civil brasileiro, em que a lide é sempre polarizada nas figuras individuais do autor e do réu, quando não, do credor e do devedor, particularmente, no processo de execução. As relações plúrimas, coletivas, difusas, ou mesmo massificadas não se encaixam nos moldes das codificações modernas.

Da necessidade de mudança de paradigma e atualização da teoria contratual em função das discrepâncias técnicas, informacionais e jurídicas existentes entre consumidor fornecedores e prestadores de serviço, bem como do descompasso existente entre o Código Civil e as relações típicas da sociedade de massa, surgiram diversos diplomas protetivos tanto no plano internacional quanto no plano nacional.

Tais corpos normativos procuraram efetivar o ideário da igualdade sob o ponto de vista da solidariedade, ou seja, percebendo as desigualdades existentes, tomaram medidas para atenuá-las, o que resultou na mudança de concepções clássicas do Direito na esfera contratual.

Assim sendo, o presente item traçará um breve panorama sobre o contrato e sua evolução histórica para que se compreendam as mudanças de paradigmas resultantes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, de forma que possa ser construída uma base teórica capaz de verificar como os direitos fundamentais podem ainda incidir dentro das relações de consumo.

3.1. DA AUTONOMIA DA VONTADE AO CONTRATO DE CONSUMO

Com o advento da revolução francesa e, posteriormente, do Código de Napoleão de 1804, o Direito passou a visualizar na defesa das liberdades individuais o foco de sua atuação. Nesta linha, as conquistas históricas positivadas no Código Civil de 1804 ainda viam apenas o

Estado como grande violador de direitos, e não vislumbravam que outros atores as realizassem.

Importante ressaltar que aquele momento não havia agentes privados, tais quais as empresas transnacionais atuais, cujo poder é estabelecido por meio dos contratos que tomam o lugar da lei nos contratos internacionais concebidos para a produção e circulação dos bens e serviços.

Partindo dessa concepção individualista, bem como do contexto social em que estava inserida, a codificação das ideias do Direito Natural Moderno, influenciada pelas teorias contratualistas, bem como das máximas trazidas pelo Código Civil francês de 1804, fez com que surgisse o conceito de absoluta autonomia da vontade em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. (MARQUES, 2002, p. 45 - 46)

Conforme tal conceito, a plena liberdade contratual, em conjunto com o respeito ao firmado pelos contraentes, os quais eram considerados iguais, seriam primordiais para que existisse uma verdadeira harmonia entre as partes. Ademais, da necessidade de dar efetividade tanto a autonomia da vontade e quanto da liberdade de contratar é que surge a teoria dos vícios de consentimento, como aponta Cláudia Lima Marques (2002, p. 48):

A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios de consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato.

Portanto, as únicas limitações existentes ao conceito de autonomia da vontade apenas serviam para dar maior eficiência à liberdade contratual, e não para negá-la enquanto conceito absoluto.

Muito embora tal teoria possua grande contribuição para a construção das noções atuais do direito privado, suas limitações ficam evidentes quando se percebe a sociedade moderna de consumo, na qual os negócios jurídicos são regidos quase que exclusivamente por contratos de adesão e as relações entre consumidores e fornecedores perdem o caráter pessoal.

Se por um lado, antes do desenvolvimento desenfreado do mercado, o consumidor e o fornecedor encontravam-se em uma situação de maior igualdade, uma vez que a produção

era praticamente artesanal e individualizada para cada consumidor; por outro lado, na sociedade moderna, o consumidor fica a total mercê do mercado e das condições por ele impostas.

Ao apontar a vontade individual como motriz do Direito privado, torna-se irrelevante a posição socioeconômica dos sujeitos e os termos da troca econômica, o que impossibilita uma real equidade nos contratos, uma vez que não existe qualquer liberdade de discussão das cláusulas dos contratos de massa que vieram a reger as relações modernas em quase toda a sua totalidade.

Joaquim de Sousa Ribeiro (1999, p. 214) trata da vinculação do contrato aos valores maiores da ordem, como se tem do seguinte extrato:

Mas é mais funda a conexão entre o contrato, tanto na sua celebração, como no seu conteúdo, e a ordem jurídico-social. Na verdade, a contratação não se processa num espaço “vazio de normatividade”, a preencher inteiramente pela livre atividade negocial das partes. Antes se inscreve num quadro de referências e de representações jurídico-culturais, num universo institucional que predispõe formas, estruturas e padrões de ação comunicativa e determinativa dos contraentes.

Percebe-se, ainda, que na relação de consumo moderna, a vulnerabilidade do consumidor ultrapassa as simples diferenças de poderio econômico. Por mais que o consumidor seja mais abastado que o fornecedor, o que é raro, sua hipossuficiência alcança outros campos, como os técnicos, jurídicos, fáticos e informacionais.

Todavia, a insuficiência da teoria da autonomia da vontade frente às novas demandas sociais e às limitações da sociedade de consumo não devem servir como motivo para a desconstrução completa de sua proposta, mas sim como uma constatação da necessidade de reconstruí-la, adequando-a aos novos panoramas da sociedade atual. Aliás, deve ser frisado que este não é um dilema enfrentado apenas pela autonomia da vontade, mas por outros direitos clássicos consagrados nas demais gerações de direitos, como explica Norberto Bobbio (1992, p. 18):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações tecnológicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final

do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (...) O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”

Mais do que um instrumento que permita as livres relações econômicas entre os indivíduos, agora é necessário perceber que a sociedade exige que o Direito seja um instrumento de proteção coletiva, o qual permita que as relações mantidas entre os atores sociais, anteriormente vistas sempre sobre o prisma da total igualdade, sejam compreendidas com base nas suas desigualdades, de forma que se possibilite uma verdadeira relação de equidade entre os contratantes.

Nesta linha, proteger os interesses dos consumidores em face dos fornecedores passa pela percepção de que as relações de consumo modernas são pautadas pela impessoalidade e imposição contratual, o que exige dos operadores do Direito uma postura ativa e um constante processo de repensar todos os institutos já consolidados, de maneira que se proteja o mercado de consumo em sua amplitude.

3.2. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A MUDANÇA DE PARADIGMA

O discurso do então presidente dos Estados Unidos da América, John Fitzgerald Kennedy, para o Congresso Americano, em 1962, anunciando que seu governo trataria da proteção dos direitos dos consumidores como uma de suas principais metas, é considerado o marco mundial de valorização das políticas de proteção públicas na área. Já no plano constitucional, a Carta Magna espanhola de 1978 foi pioneira em trazer tal proteção em seu bojo. (NISHIYAMA, 2010, p. 50)

Já no plano internacional, em 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas editou a resolução 39/248, a qual traçou algumas diretrizes sobre Direito do Consumidor:

a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos

consumidores a uma informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem. Estas diretrizes forneceram um importante conjunto de objetivos básicos internacionalmente reconhecidos, desenhados especialmente para os países em desenvolvimento a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor (ABREU, 2005, p. 3)

Seguindo as diretrizes mundiais supracitadas, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, previu que o Estado, na forma da lei, deveria promover a defesa do consumidor (BRASIL, 1988) e, também, que a ordem econômica observaria sua proteção, conforme previsto em seu artigo 170, inciso V (BRASIL, 1988).

Importante notar que reconhecimento de tal tutela no plano constitucional elevou tal necessidade ao caráter de direito fundamental, o que afasta eventuais discussões sobre a possibilidade de retorna-se para o estado anteriormente narrado, uma vez que o artigo 60, § 4º, inciso IV não permite que exista qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos individuais.

E, para evitar que o objetivo constitucional fosse esvaído pela ausência de elaboração de lei, bem como para dar efetividade para tal direito fundamental, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, propôs ao Congresso Nacional que elaborasse o Código de Defesa do Consumidor no prazo de cento e vinte dias da promulgação da Carta Maior (BRASIL, 1988).

Contudo, apesar de tal dispositivo mandamental, com verdadeiro atraso, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, apenas foi publicado em 11 de setembro de 1990, e sua vigência somente iniciou-se em cento e vinte dias contados da data supracitada.

Se do texto constitucional parece claro que o Estado estaria obrigado em proteger os consumidores, na forma da lei que viesse a ser estabelecida, outro questionamento surge com a leitura do artigo 5º, inciso XXXII e possui uma resposta não tão simples: com o advento do Código de Defesa do Consumidor estaria a previsão constitucional devidamente exaurida? A resposta parece negativa, conforme explicado por Fábio Konder Comparato (1990) em artigo citado por Newton de Lucca (2000, p. 135)

Por outro lado, a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (public policy). A expressão designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação, a política pública desenvolve uma atividade, i.e. uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas “normas-objetivo” [...] Quer dizer isto que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. É claro que a implementação desse meios exige a edição de normas – tanto leis, quanto regulamentos de Administração Pública; mas essa atividade normativa não exaure, em absoluto, o conteúdo da policy, ou programa de ação pública. É preciso não esquecer de que esta só se realiza mediante a organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa.

Conforme explicitado acima, a necessidade de proteção às relações do consumo não é exaurida com a edição do Código de Defesa do Consumidor. Por mais que a Lei 8.078 de 1990 seja inovadora e procure resguardar a equidade dentro do mercado, a proteção do consumidor compreende uma postura ativa do Estado e de seus representantes que vai além do próprio diploma consumerista. É necessário o constante reexame das fragilidades e das novas necessidades dos consumidores, adotando-se políticas públicas condizentes e adequadas para o seu atendimento, bem como é salutar a criação de novas legislações e proteções que abarquem as novas realidades sociais, conforme o seu surgimento².

Para reafirmar a necessidade de que o Estado paute sua atuação por uma postura ativa na proteção do mercado de consumo, na qual sejam adotadas medidas que possibilitem a junção dos interesses dos fornecedores e consumidores, o Código de Defesa do Consumidor trouxe um capítulo exclusivo para regular e tratar da Política Nacional de Consumo. “A expressão política tem um sentido amplo, podendo-se perfeitamente encaixar no caso em um de seus significados, o de um conjunto de objetivos, e dentre eles [...] a harmonização dos interesses tanto dos consumidores como dos fornecedores [...]” (CARVALHO NETO, 2003, p. 84)

Mais do que traçar diretrizes para o Estado, a Lei 8.078 de 1990 fez com que os contratos fossem reinterpretados conforme o grau de participação do consumidor em sua

² E o direito pátrio, mesmo após o advento do Código de Defesa do consumidor, continuou criando novas legislações sobre o tema consumerista. Para verificar a quantidade de novas previsões legais ver: Capítulo I Item 5.3. IN: ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo, 7ª edição, 2009.

formação. Ao lado dos contratos pactuados com base na autonomia da vontade, percebe-se que existem aqueles em que o consumidor apenas aceita os termos que lhe são impostos. Conforme o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, contrato de adesão é: “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo” (BRASIL, 1990).

Muito embora o termo adesão possa dar margem para interpretações de que houve uma concordância livre e consciente do consumidor com o que está colocado no contrato, assim não o é. Há, na verdade, uma total imposição sobre todos os termos pactuados. Pontua Rizzato Nunes (2012, p. 683) sobre o tema:

[...] anote-se que o uso do termo “adesão” não significa “manifestação de vontade” ou “decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais”. No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar em *pacta sunt servanda* de adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor [...]

A positivação do conceito de contrato de adesão não é fruto do acaso, mas sim da percepção de que, via de regra, nas relações de consumo, os contratos não são regidos pela autonomia da vontade, o que exige dos operadores do Direito uma nova forma de compreender suas disposições e tutelar os interesses da parte mais frágil da relação contratual.

E, dentro deste panorama, ao elencar os direitos básicos dos consumidores, em capítulo próprio, a Lei 8078, no seu artigo 6º, inciso IV, garantiu: “a **proteção** contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como **contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas** no fornecimento de produtos e serviços”. (BRASIL, 1990) (grifou-se)

O abuso de direito é entendido pelo uso irregular e excessivo de direito legítimo por parte de seu titular que causa dano para terceiros. Já as cláusulas abusivas seriam aquelas que, aproveitando-se da vulnerabilidade do consumidor, constituem obrigações desproporcionais ou excessivas. (NUNES, 2012, p. 188 e 189)

Ao trazer tais institutos, os fornecedores e prestadores de serviço passaram a ter o conteúdo dos contratos e a forma de exercício de seus direitos dirigidos pela intervenção estatal, o que resulta em uma limitação da liberdade entre as partes com o fito de harmonizar as discrepâncias existentes dentro das relações de consumo.

Caso o legislador esgotasse a tutela das relações de consumo apenas com as previsões acima citadas, já existiria uma completa mudança de paradigma na forma de compreender as interações no mercado de consumo. Todavia, o Código, em seus artigos 6º e 7º, elenca uma série de princípios norteadores destas relações, tornando-o verdadeira lei principiológica, o que implica em interpretar o ordenamento jurídico com base nas diretrizes protetivas tratadas em tais artigos, impedindo que exista o retrocesso legislativo das previsões existentes na legislação consumerista.

Pinçados tais dispositivos para verificar como há uma verdadeira mudança de paradigma com o advento do Código de Defesa do Consumidor, nota-se que a tutela consumerista surge e desenvolve-se como verdadeira ferramenta para desnivelar a desigualdade do poder econômico, de forma que o mercado seja regido por um verdadeiro ideário de igualdade (material e formal). Desta forma, percebe-se que, muito embora anteriormente já existissem legislações³ que tutelavam o consumidor e sua relação com os prestadores de serviço e fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor, com todas as suas inovações, trouxe uma verdadeira mudança na forma de enxergar as interações nas relações privadas e ressaltou a importância do papel de proteção efetuado pelo Estado, bem como valorizou o diálogo entre todas as legislações que tutelam o mercado de consumo.

Traçadas as bases em questão, o artigo entrará na análise da vinculação dos particulares na concretização dos direitos fundamentais, de forma que se possam criar diretrizes para verificar se a ordem econômica permite tal possibilidade e, ainda, neste sentido, existe uma tutela absoluta ou relativa em matéria consumerista.

³ Por exemplo: Decreto-Lei 869 de 1938 e Decreto-Lei 9.840 de 1946 (crimes contra a economia popular) e Lei 7.347 de 1985 (possibilidade ação civil pública por danos causados ao consumidor).

4 ORDEM ECONÔMICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Em sua origem histórica, os direitos fundamentais são vistos como forma de resistência à força estatal. Neste período, o Estado, por ser o principal detentor dos poderes ideológico, político, jurídico e econômico é visto como o único violador dos direitos dos homens. Aos súditos apenas eram dados direitos e garantias para que possam exercer suas liberdades da maneira mais ampla possível, pois o Estado, ao concentrar tantos poderes, causava graves violações a liberdades dos homens.

Em função da concepção histórica, ainda não é completamente aceita a extensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal não tratou expressamente do tema⁴.

Acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 395) pondera:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia de direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

Daniel Sarmento (2006) aponta duas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares: a mediata e a imediata. Dentro da eficácia mediata, o campo de atuação dos direitos fundamentais apenas é voltado para as relações entre Estado e particular (vertical). Já na eficácia imediata, admite-se que utilize os direitos fundamentais entre os particulares (horizontal).

⁴ Diferentemente, por exemplo, da Constituição portuguesa que, em seu artigo 18, item I, expressamente estendeu tal previsão para os particulares.

Contudo, apesar da inexistência de previsão normativa e da divergência doutrinária, deve-se notar que não há mais como os particulares fugirem de tal responsabilidade. Dentro da terceira geração de direitos, reconhece-se que o Estado não é a única figura responsável pela concretização dos Direitos Humanos, o que, por si só, já impõem a toda a coletividade observá-los e pautar sua atuação em sua estrita observância.

Além do mais, se anteriormente o Estado concentrava tantos poderes e era o principal violador dos direitos humanos, atualmente, a verdade não é bem essa, uma vez que existem outros atores sociais que concentram tantos ou mais poderes que a figura estatal, como é o caso das empresas transnacionais.

O que observamos no presente, todavia, é uma crise do poder do Estado, que deixou de ser o único *player* internacional e detentor da última *ratio* dentro de seu território para compartilhar o poder com outros atores tanto na esfera internacional quanto na doméstica. A soberania compartilhada de Peter Haberle nitidamente supera o antigo conceito de soberania de Bodin. E por quê? Porque o Estado não mais tem condições de controlar todos os poderes que se manifestam, em seu território ou fora dele, de forma muito mais complexa. (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 83)

Verificando que as desigualdades hoje também se dão entre os particulares, parece lógico estender a utilização dos direitos fundamentais nas relações que não envolvam o Estado. A própria origem histórica dos direitos fundamentais de projetar direitos em face dos detentores do poder apenas realça tal necessidade. No campo das relações de consumo, na qual a disparidade entre o consumidor e o prestador de serviço ou fornecedor é latente, sua utilização parece ainda mais essencial para alcançar situação mais equânime entre as partes.

Para além das teorias anteriormente traçadas, vale, ainda, lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, por mais que cumpra a previsão constitucional, ainda não exauriu o tema. Da necessidade da elaboração de novas normas que embarquem as efervescentes necessidades humanas e de interpretar o que já existe, uma dúvida surge: a proteção dos consumidores deve ser irrestrita ou é limitada?

O grande problema de adotar-se uma noção de proteção irrestrita surge quando há o choque entre liberdade empresarial, prevista dentro da livre iniciativa, e interesses dos consumidores, protegidos pela dignidade da pessoa humana, uma vez que ambos são

fundamentos da República Federativa do Brasil elencados no artigo 1º da Carta Maior, bem como regem a ordem econômica, conforme artigo 170 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Desta forma, o presente capítulo irá procurar analisar de que forma a eficácia horizontal pode ser utilizada dentro dos aparentemente conflitantes princípios regentes da ordem econômica, de que maneira que se busque um modelo que consiga compatibilizar todos os valores sociais envolvidos no bojo da Carta Política.

4.1. BREVE ENSAIO DOS VALORES DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO

O artigo 170 da Constituição Federal traça diretrizes principiológicas de condução da ordem econômica⁵ brasileira para alcançar para todos uma existência digna que observe os ditames da justiça social. Para tanto, o “*caput*” e incisos do referido artigo propõem um modelo de sistema econômico que é fundado:

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

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

⁵ A expressão ordem econômica possui significados polissêmicos, podendo compreender três conotações, a saber: (a) modelo econômico adotado por determinado país ou blocos econômicos, (b) conjunto de normas (morais, jurídicas e religiosas) que limitam a atuação da economia ou, ainda, (c) uma ordem jurídica traçada para a economia, seja na ótica nacional ou internacional. Desta forma, como objetiva analisar as diretrizes jurídicas traçadas no sistema jurídico brasileiro, o presente trabalho utilizará do último conceito quando utilizar tal expressão. (GRAU, 2003, p. 49 - 54)

Ao tratar de interesses que por muitas vezes, em sua essência, são antagônicos, o parâmetro de intervenção jurídica na economia busca acomodar a pluralidade dos interesses sociais, garantindo e limitando direitos da sociedade e sopesando todas as gerações de direitos fundamentais, sendo patente a importância da defesa de todos os valores envolvidos dentro dos princípios da ordem econômica.

Ainda, ao interpretar tais valores, é necessário compreender que a ordem econômica, por ser uma composição de valores pluralísticos inseridos na ordem jurídica, deve ser sempre observada em sua completude, bem como exige uma postura ativa do Estado para que não se esvaziem suas diretrizes, como explana Lafayette Josué Petter (2008, p. 305):

Se é verdade, como ensina a hermenêutica moderna, que não é este ou aquele dispositivo isolado da Constituição que permite captar o sentido da ordem econômica, mas sim todo o contexto de suas disposições, não menos verdade é advertência de Plauto de que ao operador do Direito não é permitido admitir que os princípios se tornem parte de um discurso retórico-ornamental. Só se aduz aqui que a judiciosa advertência é mais apropriada àqueles princípios constitucionais em que a conquista da efetividade exige. Sobretudo, o uso da coercibilidade que singulariza as normas jurídicas e menos àqueles princípios que, a par de jurídicos, brotam mesmo da espontaneidade da vida em sociedade.

Desta forma, o papel do Estado, dentro deste panorama traçado, passa diretamente pela fiscalização, normatização adequada e incentivos que permitam o devido desenvolvimento econômico com objetivo de alcançar a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Américo A. Taipa de Carvalho (1991, p. 9) destaca a intervenção estatal na economia para realização da dignidade humana de cada pessoa, nos seguintes termos:

Assim, o Estado-de-Direito – dada a sua inerente função de promotor de uma ordenação justa da sociedade (das relações sociais), cujo objectivo último é a criação das condições possibilitadoras da realização humana dos seus cidadãos – tem a legitimidade (e o dever) ético-política de intervir, de regular o funcionamento da economia, não apenas numa perspectiva de eficácia de resultados económicos (crescimento económico), mas também de justiça social (desenvolvimento económico-social).

Todas essas premissas são importantes para compreender qual é o papel do Estado e dos particulares dentro das relações de consumo. Ao Estado, além de cumprir o traçado tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional em relação ao tema consumerista, ainda

há obrigação de continuar no trabalho de correção de eventuais anomalias do mercado. Aos particulares, corrigidas possíveis distorções pelo Estado, desde que atue dentro dos parâmetros de proteção do consumo, há liberdade de atuação para que ocorra o desenvolvimento econômico.

Desta forma, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o Estado brasileiro não feriu o disposto na ordem econômica, mas, na verdade, procurou efetivar um modelo social no qual fossem conciliados os diversos interesses ali previstos, criando mecanismos para alcançar um sistema de justiça social material, e não apenas formal, o qual é essencial para que o mercado seja eficiente e possibilite melhores condições de vida para todos.

Já os operadores do Direito, ao observar o sistema pluralístico em questão, enquanto intérpretes, ao verificar o inciso relativo à proteção aos consumidores, deverão buscar maneiras de que, no caso concreto, este valor positivado em uma legislação, como é a Lei 8.078/90, ou, ainda, quaisquer outros dos princípios expressos no próprio artigo 170 da Carta Maior, não prevaleçam sempre sobre os restantes, ainda mais quando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais começa a ganhar roupagem. Desta forma, adiante buscar-se-á um modelo que possibilite compatibilizar todos estes valores que, por sua essência, são antagônicos.

4.2 A BUSCA POR UM MODELO

Conforme anteriormente traçado, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares é uma realidade irreversível, agora é necessário construir uma teoria que consiga realmente adequar os interesses dos prestadores de serviço, fornecedores e consumidores, todos tutelados dentro da ordem econômica brasileira, uma vez que ambos são essenciais para formar um mercado de consumo sadio.

Daniel Sarmiento (2006, p. 303) aponta que, no choque entre direitos fundamentais, toda a vez que existir assimetria fática (desigualdade material) entre os sujeitos envolvidos, o interesse privado terá menor peso no processo de aplicação dos princípios no caso concreto.

Contudo, não se pode utilizar este conceito de forma indiscriminada. Mesmo nas relações de consumo, em que as desigualdades entre as partes costumam ser latentes, tal critério será uma regra que comporta exceções, sendo necessário utilizar da regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para compatibilizar os direitos sociais e econômicos envolvidos.

Sobre a impossibilidade de que um princípio sempre prevaleça sobre o outro, pontua Robert Alexy (1993, p. 89):

Quando dois princípios entram em colisão (...) um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa.

Sempre que se pensar na utilização de uma norma prevista no Código de Defesa do Consumidor ou na criação de novo dispositivo protetivo em função das novas necessidades sociais, o operador deverá pensar em formas de compatibilizar a proteção do consumidor e dos demais princípios da ordem econômica. Todavia, no momento da aplicação, nem sempre isso será possível, pois, muitas vezes, o caso concreto exige uma postura do operador que faz com que se pondere qual o peso de cada princípio em colisão, aplicando-se um em detrimento do outro.

Na busca pela proteção dos valores sociais estampados dentro dos princípios, tende-se, dentro do processo ponderativo, a dar maior valor para a proteção dos consumidores em função da sua hipossuficiência e na necessidade da concretização dos direitos humanos.

Contudo, se a proteção dos consumidores tornar-se mais lesiva para a proteção dos interesses da sociedade do que benéfica, poderá o operador optar pelos demais princípios da ordem econômica envolvidos como forma de buscar a solução ou resposta que melhor adegue-se aos interesses sociais.

Portanto, a escolha entre livre iniciativa e proteção dos consumidores deverá ser sempre fundamentada, dando maior peso para o princípio que, no caso concreto, melhor concretize um Estado de justiça social pautado pela proteção da dignidade da pessoa humana.

A ideia narrada pode ser visualizada quando se debate a impossibilidade ou possibilidade da interrupção do fornecimento do serviço de água e energia elétrica na eventualidade da inexistência de pagamento realizado pelo consumidor. O tema, extremamente controverso⁶, deve ser resolvido pela ponderação dos princípios e mostra como, apesar da assimetria, pode-se adotar uma posição em que se prevalece a iniciativa privada em relação à proteção dos consumidores, afastando-se a horizontalidade dos direitos fundamentais.

O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor narra que os serviços públicos, mesmo quando prestados por concessionárias e permissionárias, quando essenciais, devem ser prestados de forma contínua (BRASIL, 1990). Posteriormente, com o advento do artigo 6º da Lei 8.987/95, a interrupção do serviço foi permitida na hipótese do inadimplemento do usuário, desde que exista aviso prévio e seja considerado o interesse da coletividade. (BRASIL, 1995)

Em uma análise do peso entre os princípios constitucionais de proteção do mercado de consumo e da livre iniciativa, uma vez que ambos são integrantes da ordem econômica, o intérprete pode tanto considerar a hipótese de interrupção do serviço constitucional quanto inconstitucional, conforme o caso concreto.

Na busca de um sistema de justiça social, no caso de consumidores que não possuam condições de arcar com o pagamento do serviço, os malefícios da interrupção do serviço (propagação de doenças, impossibilidade de uma vida digna, degradação do ambiente ...) ofendem diretamente a dignidade da pessoa humana, de forma que se afasta a possibilidade de sua interrupção, afirmando-se pela horizontalidade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, verificando-se que o consumidor possua condições de adimplir com o valor da parcela de água ou luz, realizada todas as fases da proporcionalidade, tende-se a proteger a iniciativa privada, uma vez que o interesse social pelo pagamento parece prevalecer, sob pena de impossibilitar o exercício da empresa.

⁶ Dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, encontram-se posicionamentos diversos sobre tal possibilidade. No recurso especial número 201.112/SC, de relatoria do ministro Garcia Vieira, decidiu-se que o corte feria a dignidade da pessoa humana. Já no julgamento do recurso especial 302.620/SP, em que constou como relator o ministro Francisco Falcão, julgou-se no sentido de validar a interrupção do serviço, uma vez que existiria um interesse social de que todos pagassem por sua prestação.

Destarte, em função das nuances e possibilidades existentes dentro da aplicação dos princípios da ordem econômica, percebe-se que a proporcionalidade parece a fórmula mais adequada para compatibilizar sua aplicação. Muito embora tal modelo possa ser criticado por não oferecer uma resposta absoluta para todas as perguntas, com certeza, amolda-se com facilidade ao processo dinamogênico de nascimento e desenvolvimento das necessidades humanas dentro do mercado de consumo, o que parece salutar para evitar que se crie um modelo fechado⁷ que esqueça que o desenvolvimento humano passa, por muitas vezes, pelo econômico.

E isso justamente deve ser pensado ao levar-se em conta que no capitalista há interdependência do desenvolvimento dos meios de correção das falhas e excessos do sistema com a melhora das condições da humanidade. Enquanto a produção organizada proporciona um aperfeiçoamento da qualidade de vida, os valores da ordem econômica, como o de tutela do consumidor, servem como válvula de aprimoramento da sustentabilidade de tal relação. Assim, na sociedade moderna, entender que os consumidores precisam dos fornecedores e dos prestadores de serviço e os fornecedores e prestadores de serviços dos consumidores é a chave para harmonizar os interesses sociais em busca de uma sociedade mais justa, livre e fraterna.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou verificar se o princípio de proteção ao consumidor, insculpido na Carta Maior, frente aos outros valores da ordem econômica, bem como da eficácia dos direitos fundamentais (vertical e horizontal), possui uma tutela absoluta ou relativa.

Na primeira parte da exposição, procurou-se analisar as gerações de direitos humanos e seu processo de dinamogênese, de forma que se verificou que o próprio Direito dos consumidores é fruto e acompanha tal evolução histórica.

⁷ Em contraponto, Jeferson Dytz Marin e Camila Paese Fedrigo (2015) criticam o modelo proposto por Alexy por criar um sistema em que, mesmo nos casos fáceis, existiriam grandes dificuldades para julgador e, da mesma forma, abriria margem para o excesso de subjetivismo na aplicação do Direito.

Já na segunda parte, analisou-se o processo de evolução do contrato até o contrato de consumo e avaliou-se o novo paradigma contratual com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Na terceira parte, o trabalho adentrou-se na tutela constitucional da ordem econômica, bem como traçou algumas diretrizes sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de forma que se buscou analisar o entrelaço de tais concepções dentro de um caso concreto.

Neste sentido, percebeu-se que o processo dinâmico de aparecimento e mutação das necessidades humanas é acompanhado pelo Direito na realização da dignidade humana; a pós-modernidade impõe a compatibilização e diálogo entre os valores contrastante existentes no ordenamento jurídico a exemplo das relações intermediada por contratos entre fornecedores, normalmente empresas transnacionais, e consumidores na busca da compatibilização entre seus interesses.

Na sociedade pós-moderna, tudo se altera em velocidade exponencial, o que realça a necessidade de que o Direito acompanhe e tutele todas as relações sociais sob o prisma de uma equidade real. A incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo é tema intrigante e que afeta a toda a sociedade diretamente. Em um período histórico de mudanças sociais que resultaram na compreensão da vulnerabilidade do consumidor, o debate sobre como é possível alcançar uma harmonização entre os interesses dos consumidores e dos fornecedores e prestadores de serviço dentro da eficácia horizontal torna-se essencial.

Dentro desta concepção dinâmica, a incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo não pode seguir um modelo estanque, no qual apenas os interesses dos consumidores sejam protegidos, sob pena de criar-se um verdadeiro desequilíbrio irremediável para os fornecedores e prestadores de serviço.

No contraste entre os princípios da ordem econômica não é possível formular um valor absoluto, muito embora seja certa a previsão normativa acerca da defesa do consumidor enquanto direito fundamental. Desse modo, para harmonizar os interesses e necessidades de toda a sociedade, nenhum modelo pode ser completamente fechado e oferecer respostas que sempre tutele apenas um lado.

É necessário realizar valorações das normas jurídicas em consideração a todo sistema jurídico, bem como utilizar de um diálogo, um ir e vir, entre a norma e o caso concreto na busca da solução em conformidade aos valores sociais incidentes, notadamente, a garantia dos interesses de fornecedores e consumidores.

Há sempre que, no exame do caso concreto, em função das particularidades dos interesses envolvidos, existir uma margem de apreciação aberta. Desta maneira, no momento do contraste entre tais princípios, um modelo fechado, em que apenas um dos interesses seja tutelado, não irá atender as necessidades da sociedade, de forma que o critério ponderativo, analisando caso a caso, parece à fórmula mais justa e adequada para criar um sistema em que se alcance um Estado de justiça social, pautado pela busca da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Santos de. **A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul.** Revista Jurídica da Presidência da República. Volume 7, Número 73, 2005, p. 1 – 20.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** São Paulo: 7ª edição. Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE) . nº 14, 2008, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15 edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A quinta geração de direitos fundamentais.** Revista Interesse Público. 2006. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf> Acesso em: 23 de março de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor de 1990.** Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Código Civil de 2002.** Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 8987 de 1995** Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Nulidade da nota promissória dada em garantia nos contratos bancários.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais.** Tradução Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTR, 2011

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 38. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Luis Rodolfo. **Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções.** São Paulo: Premier, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: RCS, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego e a responsabilidade do empregador.** In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanottelli de.. (Org.). **Direito do trabalho e direito empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2015, v. 1, p. 21-29.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas.** 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2000.

MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. **Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade?.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, v. 1, n. 1. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Curitiba: Juruá, 2002.

NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PETTER, Josué Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica.** 2ª edição. São Paulo: RT, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato.** Coimbra: Almedina, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais relações privadas.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.