

RICARDO HENRIQUE WEBER

O Direito Fundamental de Defesa do Consumidor

nas relações privadas

Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais
Universidade Federal do Paraná

Orientação: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Curitiba · 2009

*Texto integral da obra que deu origem à 1ª edição
(Juruá Editora, 2013)*

RICARDO HENRIQUE WEBER

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES
PRIVADAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos das Relações Sociais, tendo como linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

**CURITIBA
2009**

Ao meu pai Emilio S. Weber, que nos deixou no meio deste percurso,
permanecendo sementes...

AGRADECIMENTOS

Aos meus filhos Leopoldo e Heloisa.

Aos mestres dos quais colhi cultura, conhecimento e experiências.

Ao meu orientador por tudo o que me transmitiu, e por sua paciência.

À Professora Maria Cristina de Cicco, pela acolhida na Scuola di Specializzazione in Diritto Civile - UNICAM, Camerino-ITA.

Aos amigos que fiz durante o curso: Gabriel Schulman, Camila Marquez, Ana Lucia Prietto, Bárbara Kirchner, Murilo Sampaio Oliveira.

O consumidor é uma pessoa em movimento e fadada a se mover sempre.

Zigmunt Bauman

RESUMO

A análise sócio-econômica demonstra que o ato de adquirir bens e serviços exerce um papel relevante na sociedade contemporânea. Assim, o consumismo é um atributo desta sociedade, uma vez que atrai para o centro do sistema produtivo o consumidor. Este sujeito, apesar de epicentral, encontra-se marginalizado, pois sua liberdade e igualdade são expostas não em termos reais, mas no modelo imposto pelo mercado. Este é quem formata o consumidor segundo seu padrão, com interesse exclusivamente econômico. O sistema consome um sujeito débil. A soberania é do mercado, e a pessoa do consumidor é relegada a simples valor de troca. Há um fetichismo da subjetividade, uma objetificação do sujeito. Com a presente pesquisa pretende-se colher da norma constitucional a ferramenta jurídica basilar para promover a defesa do consumidor. Desta forma, pelas características da sociedade contemporânea fundada no processo de produção em massa e na debilidade do consumidor, foi consagrado formalmente o direito fundamental de defesa do consumidor na Constituição Federal. Sendo norma definidora de direitos e garantias, é considerada uma cláusula pétrea. Tem aplicabilidade imediata e eficácia plena e direta nas relações entre particulares. Não pode ser considerada norma programática, mas, sim um direito-garantia fundamental de defesa do consumidor. O instrumento jurídico de maior relevância, pela sua fundamentalidade material, que se expande por todo ordenamento jurídico. Emancipa o consumidor da forma *código*. A defesa do consumidor está para além da moldura codicista. Vincula-se no sistema regente da normatividade de valores e princípios constitucionais. O direito fundamental de defesa do consumidor, com incidência direta nas relações particulares, acarreta a constitucionalização dos direitos dos consumidores. As relações de consumo devem se pautar nos valores e princípios determinados pelo sistema constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. E as normas infraconstitucionais devem se amoldar ao seu conteúdo normativo.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Debilidade do consumidor. Direito fundamental de defesa do consumidor. Aplicabilidade e eficácia plena. Incidência nas relações privadas. Sistema de valores e princípios constitucionais. Constitucionalização dos direitos dos consumidores.

RIASSUNTO

L'analisi socio-economica dimostra che l'atto di acquistare dei beni e dei servizi ha un ruolo rilevante nella società contemporanea. Così il consumismo è un attributo di questa società. Poiché attira al centro del sistema produttivo il consumatore. Questo soggetto, anche se epicentrale, si trova marginalizzato dato che la sua libertà e l'uguaglianza sono esposte non in termini reali, ma sul modello imposto dal mercato. Cio è quello che formata il consumatore secondo il suo livello con interesse solo economico. Il sistema consuma un soggetto debole. La sovranità è del mercato, e la persona del consumatore è relegata al mero valore di scambio. Vi è un feticismo della soggettività, una oggettificazione del soggetto. Con la presente ricerca si vuole raccogliere dalla norma costituzionale lo strumento giuridico basilare per promuovere la tutela del consumatore. Di questa forma dalle caratteristiche della società contemporanea fondata sul processo di produzione in massa e sulla debolezza del consumatore, è stato consacrato formalmente il diritto fondamentale di tutela del consumatore nella Costituzione Federale. Come norma di definizione dei diritti e delle garanzie è considerata una clausola petrea. Ha applicabilità immediata e efficacia piena e diretta nei rapporti tra i privati. Non può essere considerato norma programmatica, ma si un diritto-garanzia fondamentale di tutela del consumatore. Lo strumento giuridico di maggior rilevanza, dalla sua fundamentalità materiale, che si estende in tutto l'ordinamento giuridico. Emancipa il consumatore dalla forma codice. La tutela del consumatore è al di là della cornice codicista. Si lega nel sistema regente della normatività di valori e principi costituzionali. Il diritto fondamentale della tutela del consumatore con incidenza diretta sulle relazioni private comporta la costituzionalizzazione dei diritti dei consumatori. I rapporti di consumo devono essere guidati sui valori e principi stabiliti dal sistema costituzionale fondato sulla dignità della persona umana e sui diritti fondamentali. E le norme infracostituzionali devono essere adattate al suo contenuto normativo.

Parole chiave: società di consumo, debolezza del consumatore, diritto fondamentale di tutela del consumatore, applicabilità ed efficacia piena, incidenza sui rapporti privati, sistema di valori e di principi costituzionali, costituzionalizzazione dei diritti dei consumatori.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 PARTE I – DA CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSUMO	10
I.1. A Sociedade de Consumidores	11
I.2. A Reificação do Consumidor pelo Mercado	25
I.3. A Debilidade do Sujeito Contemporâneo	35
 PARTE II - O DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PARTICULARES	43
II.1. A Defesa do Consumidor Constitucional	44
II.2. A Eficácia do Direito Fundamental de Defesa do Consumidor.....	58
II.3. A Incidência Direta nas Relações entre Particulares	65
 PARTE III - DIMENSÃO EMANCIPATÓRIA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES	73
III.1. A Fonte codificadora de Defesa do Consumidor: Sob o olhar da forma código ou do Diálogo das Fontes?	74
III.2. Pessoa, Consumidor e Mercado no Sistema de Princípios e Valores Constitucionais	87
III.3. O Estatuto Constitucional do Consumidor: A Constitucionalização da Relação de Consumo	96
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

INTRODUÇÃO

Na obra *As Cidades Invisíveis*, Marco Pólo descreve as características das cidades integrantes do grande império tártaro de Kublai Khan. Uma destas cidades bem corporifica a atual sociedade de consumidores:

[...] Anastácia, cidade banhada por canais concêntricos e sobrevoada por pipas. Eu deveria enumerar as mercadorias que aqui se compram a preços vantajosos: ágata ônix crisópraso e outras variedades de calcedônia;[...] a descrição de Anastácia desperta uma série de desejos que deverão ser reprimidos, quem se encontra uma manhã no centro de Anastácia será circundado por desejos que se despertam simultaneamente. A cidade aparece como um todo no qual nenhum desejo é desperdiçado e do qual você faz parte, e, uma vez aqui se goza tudo o que não se goza em outros lugares, não resta nada além de residir nesse desejo e se satisfazer. Anastácia, cidade enganosa, tem um poder, que às vezes se diz maligno e outras vezes benigno: se você trabalha oito horas por dia como minerador de ágatas ônix crisóprasos, a fadiga que dá forma aos desejos toma dos desejos a sua forma, e você acha que está se divertindo em Anastácia quando não passa de seu escravo.¹

A cidade invisível de Anastácia passou à realidade concreta da sociedade atual, em que o mercado formata a pessoa ao seu modelo, enclausurando-a no consumo da obsolescência e objetificando sua subjetividade.

O consumo na contemporaneidade é um atributo da sociedade, possui relevância social. Porém, o sujeito de *carne e osso* que consome é constantemente fragilizado. O Direito deve oferecer instrumentos normativos capazes de proteger o sujeito débil da relação de consumo, para impor limites ao mercado e salvaguardar o direito da pessoa do consumidor.

A ferramenta normativa para tal é extraída do texto constitucional, uma norma principiológica axiológica de direito fundamental que visa defender o sujeito debilitado na relação de consumo, o consumidor.

Para demonstrar a amplitude e força normativa do direito fundamental de defesa do consumidor será analisada a forma *código* da Lei 8.078/90. A sua sistemática intenciona albergar a completude das relações de consumo, o que pode acarretar o engessamento dos direitos dos consumidores dentro de sua medida.

¹ CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 17.

O Direito fundamental de defesa do consumidor dissemina princípios e valores integrantes do sistema unitário constitucional por toda a normatividade. Sua aplicabilidade e eficácia são plenas e diretas nas relações entre particulares. Essa possibilidade pode emancipar o sujeito consumidor para além da moldura codificada do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, na presente pesquisa far-se-á uma análise da sociedade contemporânea, que é eminentemente de consumidores, bem como da codificação na atualidade. Aferindo-se da norma constitucional de direito fundamental a defesa do consumidor como um dos conteúdos essenciais predominantes no sistema de princípios e valores de nosso ordenamento jurídico. Será verificado se este é o melhor instrumento para albergar os direitos dos consumidores para além do seu *corpus* codificado, pois o direito fundamental tem aplicabilidade e eficácia vinculante na seara das relações entre particulares.

É sob esse objetivo que o texto ora apresentado principia com uma contextualização do consumo, e além de alcançar a defesa do consumidor como direito fundamental, se projeta para sustentar sua dimensão emancipatória respectiva.

PARTE I – DA CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSUMO

Nesta primeira parte da pesquisa será contextualizada a atual sociedade de consumo, que teve seus alicerces consolidados após a Segunda Guerra Mundial. No primeiro capítulo, abordar-se-á a materialização da sociedade hodierna; no segundo capítulo observar-se-á o desenvolvimento desta sociedade que irá propiciar a reificação do consumidor pelo mercado; e, no capítulo final demonstrar-se-á a debilidade do consumidor como consequência dessa reificação.

Capítulo I.1 – A Sociedade de Consumidores

“A sociedade de consumo se identifica como tal, pelo sistema da massificação do consumo, em vista que o destino final de toda mercadoria colocada a venda é ser consumida por compradores, estes desejam obter mercadorias para consumo, se o que for consumido satisfaça seus desejos, o preço que este consumidor pagará dependerá da credibilidade das mercadorias e da intensidade de seus desejos, este encontro dos potenciais consumidores com os potenciais objetos de consumo, tende a se tornar a principal unidade na rede peculiar das interações humanas, o que se chama de sociedade de consumidores”.²

Toma-se como ponto de partida a sociedade de consumidores hodierna. Não será desenvolvida no presente trabalho uma análise da evolução histórica que culminou na atual sociedade de consumidores. Serão analisados os parâmetros que o sistema econômico, por meio do mercado, utilizou para possibilitar a superação da supremacia do modelo de sociedade fundado na produção para o modelo baseado no consumo e como este modificou a vida social.

O ato de consumir possui vinculação estreita com a sobrevivência humana, com as atividades comerciais e a expansão econômica³. No entanto, em nenhum outro momento histórico o consumo se desenvolveu tanto, ao ponto de ser considerado como peça fundamental da sociedade.

A identificação das pessoas por meio do consumo é a marca da sociedade contemporânea, cujo mercado possui “como meta fundamental produzir mercadorias, vendê-las, produzir outras, e vendê-las e assim num eterno círculo vicioso envolve todos os homens numa rede de relações sociais, em que o produzir e adquirir mercadorias se tornam o eixo condutor de todas as ações humanas”.⁴

Com ênfase nessa abordagem sócio-econômica, verifica-se que a sociedade tem como agente propulsor o consumidor. Assim, a sociedade contemporânea suplantou o modelo de outrora, a sociedade de produtores, em que a cadeia da vida

² BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 18.

³ “O consumo é uma condição e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica.” (BAUMAN, op. cit., p. 37.)

⁴ PIETROCOLLA, Luci Gati. *Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986. p. 13.

social era a produção e o trabalho⁵. Destarte, o ciclo da vida social passou a ser baseada na produção, no trabalho e no consumo, com relevo para este último.⁶

Essa transformação acarretou uma mudança paradigmática⁷ no modelo de vida. A identificação fundamental do indivíduo em sua comunidade passou a ser o consumo de bens e serviços, materiais e imateriais, elevando o consumidor à condição de sujeito epicentral deste sistema. Tal fato social determinou uma *revolução consumista na sociedade*⁸.

Essa revolução ocorreu quando o consumo assumiu o papel chave como atributo social. A sociedade consumista “é um tipo de um arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade.”⁹

A mudança do paradigma social-econômico, para Bauman, é a passagem da sociedade de produção para a de consumidores, ou seja, de uma sociedade

⁵ “O trabalhador produz o capital, o capital produz o trabalhador.” (MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 111.)

⁶ “Tudo numa sociedade de consumo é uma questão de escolha, exceto a compulsão da escolha – a compulsão que evolui até se tornar um vício e assim não é mais percebida como compulsão - é a atividade de comprar....O código em que nossa “política de vida” está escrito deriva da pragmática do comprar.” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 87.)

⁷ Em conformidade aos ensinamentos de Thomas Kuhn, da sua análise científica de superação dos paradigmas, verifica-se que um paradigma dominante gera crises, e estas crises demonstram a vulnerabilidade deste modelo que gerará a necessidade de suplantação por outro paradigma. (KUHN, S. Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 9ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. 107-123.) No mesmo sentido Fritjof Capra define a substituição do paradigma dominante por um novo, “durante o doloroso processo de desintegração, a criatividade da sociedade – sua capacidade de resposta a desafios – não se acha completamente perdida. Embora a corrente cultural principal tenha se petrificado após insistir em idéias fixas e padrões rígidos de comportamento, minorias criativas aparecerão em cena e darão prosseguimento ao processo de desafio-e-resposta. As instituições sociais dominantes recusar-se-ão a entregar seus papéis de protagonistas a essas novas forças culturais, mas continuarão inevitavelmente a declinar e a desintegrar-se, e as minorias criativas poderão estar aptas a transformar alguns dos antigos elementos, dando-lhes uma nova configuração. O processo de evolução cultural continuará então, mas em novas circunstâncias em com novos protagonistas.” (CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutaçao*. São Paulo: Cultrix, 1990. p. 26.)

⁸ “Ponto de ruptura de enormes conseqüências, que, poderíamos argumentar, mereceria o nome de revolução consumista, com a passagem do consumo ao “consumismo”, quando aquele, tornou-se “especialmente importante senão central para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito de existência. E quando nossa capacidade de querer, desejar, ansiar por e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 38-39.)

⁹ Ibid., p. 41.

vinculada na modernidade sólida¹⁰ (de produtores)¹¹ para a modernidade líquida¹² (de consumidores).¹³

Atualmente, constata-se a superação do modelo da sociedade de produtores fundada nas tradições, na durabilidade, na pessoalidade e na territorialidade. O modelo da sociedade de consumidores, em sentido contrário, é fluida, volátil, transitória, informatizada, acelerada, impessoal e universalizante. Tem como agente central o consumidor que possui a “força propulsora da prosperidade econômica”.¹⁴ A economia é voltada para o consumidor, pois o consumo é que lhe proporcionou o seu desenvolvimento.

¹⁰ Modernidade sólida seria aquela fundada na preservação das tradições, de costumes, de regras de conduta, de relações leais, confiáveis, padronizadas, duráveis e seguras, uma sociedade estática, rotinizada, previsível, territorializada. Descreve Bauman que para construir uma nova ordem seria necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores, por isso o derretimento do sólido, da muralha fortificada, se fazia imprescindível para se chegar a sociedade líquida. Esse autor tomou como parâmetros cinco conceitos básicos da condição humana: emancipação, individualidade, o tempo/espço, o trabalho e a comunidade. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 9-22.)

¹¹ “A sociedade de produtores, principal modelo societário da fase “sólida” da modernidade, foi basicamente orientada para a segurança. Nessa busca, apostou no desejo humano de um ambiente confiável, ordenado, regular, transparente e, como prova disso, duradouro, resistente ao tempo e seguro...os bens adquiridos não se destinavam ao consumo imediato – pelo contrário, deviam ser protegidos da depreciação ou dispersão e permanecer intactos...eles deviam ser resguardados do desgaste e da possibilidade de caírem prematuramente em desuso...a função de continuar em serviço enquanto pudesse surgir a necessidade de usá-los (praticamente “até que a morte nos separe”). Apenas bens de fato duráveis, resistentes e imunes ao tempo poderiam oferecer a segurança desejada...e só eles prometiam basear as expectativas de um futuro seguro em alicerces mais duráveis e confiáveis, apresentando seus donos como dignos de confiança e crédito.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 42-43.)

¹² Modernidade líquida seria a nova ordem descrita por Bauman, que viria suplantando a antiga e solidificada veste da modernidade pela fluidez das relações humanas, sociais, econômicas e políticas da contemporaneidade. Esta é mais leve, dinâmica, mobilizada, veloz, impessoal, coletiva, transitória, comunicativa, insegura, imprevisível, descartável e extraterritorial. Os poderes se liquefazem e passaram do sistema para a sociedade, da política para as políticas da vida, do nível macro para o nível micro do convívio social, uma verdadeira liquefação dos padrões de dependência e interação, que agora são maleáveis, que não conseguem manter-se num formato. Dar-lhes forma é mais fácil que mantê-los nela. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 9-22.)

¹³ “A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel. Naturalmente, a diferença entre viver na nossa sociedade ou na sociedade que imediatamente a antecedeu não é tão radical quanto abandonar um papel e assumir outro. A diferença entre os dois estágios da modernidade é “apenas” de ênfase e prioridades – mas essa mudança de ênfase faz uma enorme diferença em praticamente todos os aspectos da sociedade, da cultura e da vida individual....O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui...o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome.” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as Conseqüências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 88.)

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada – Vidas Contadas e Histórias Vivas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 100.

Tal arranjo social e econômico se sedimentou após a Segunda Guerra Mundial¹⁵. A sociedade dominante da fase moderna sólida, ou seja, dos produtores de mercadorias, foi sobreposta a dos consumidores¹⁶, sendo implantadas as especificidades do sistema produtivo que intencionam o consumo em massa¹⁷, através de processos de produção massificada: extração, produção, marketing, distribuição, consumo e descarte.

Diante deste sistema social-econômico, pode-se dizer que o consumidor assumiu o papel de protagonista. A identificação social se dá pelo consumo. Tal fato é determinante na geração de uma transformação histórica:

*El consumidor tiene un modo de vida y una estructura de pensamiento que lo identifican; es a quien se há dado en llamar “el títere estratégico” y a quien hacemos referencia desde un momento histórico determinado y desde un sistema de producción específico; el proceso de industrialización contemporáneo ha sido la palanca fundamental de la mayor transformación que ha experimentado la humanidad a lo largo de toda su historia.*¹⁸

O mercado, nessa mudança da paisagem social-econômica após II Guerra Mundial, necessitava se expandir para sobreviver. Assim, formou a sociedade de consumidores. A economia produtiva, naquele momento histórico, exigia e reclamava pelo consumo e fez com que este se identificasse na forma de vida e de cultura das pessoas.¹⁹

Isto foi determinante para a guinada havida na sociedade, que se sedimentou na expansão do consumo como a válvula motriz, um elemento essencial, no intuito de incutir as necessidades do setor produtivo na manutenção do seu poder econômico espalhado na cadeia consumista da produção e consumo massificados.

¹⁵ “À Segunda Guerra Mundial, a chamada Terceira Revolução Industrial traduziu-se na afirmação da ciência (talvez melhor: do homem) como força produtiva de primeira importância, ao mesmo tempo que a tecnologia se converteu no elemento fundamental da produção industrial.” (NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.)

¹⁶ “A sociedade pós-moderna envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores, e não de produtores. A diferença é fundamental.” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 90.)

¹⁷ “O consumo de massas é uma necessidade, resultante do próprio desenvolvimento tecnológico proporcionado pela ‘civilização burguesa’.” (NUNES, op. cit., p. 32.)

¹⁸ LOVECE, Graciela. *Mercadotecnia y Marketing en la Captación del Consumidor*. In: GHERSI, Carlos A. (dir). *Tutela del Consumidor*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. p. 36.

¹⁹ “Um ponto de ruptura de enormes consequências, que, poderíamos argumentar, mereceria o nome de “revolução consumista”, ocorreu...com a passagem do consumo ao “consumismo”, quando aquele, como afirma Colin Campbell, tornou-se “especialmente importante, se não central” para a vida da maioria das pessoas, “o verdadeiro propósito da existência”. E quando “nossa capacidade de ‘querer’, ‘desejar’, ‘ansiar por’ e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia” do convívio humano.” (BAUMAN, op. cit., p. 38.)

Essa articulação da sociedade de produtores jungida com os avanços da tecnologia, aplicados ao setor de produção do mercado de bens e serviços, se estendeu a toda trama social do consumismo, potencializando o mercado de massas. O consumo irrompeu na estrutura organizacional como um fenômeno social²⁰.

Desta forma ocorreu a atração do consumidor para o centro do sistema econômico produtivo. É ele o alvo do mercado, pois impulsiona o desenvolvimento econômico²¹. Por este motivo é considerado como sujeito econômico da contemporaneidade, o que é bem percebido por Pietro Barcellona, ao demonstrar a evolução do sujeito central de outrora, o proprietário, para o sujeito central da atualidade, o consumidor:

*A través de un proceso complejo, que precisamente nos proponemos analizar y descifrar, la cualidad del sujeto viene luego transformada en principio de organización del sistema. El sistema há pasado a ser, si es posible utilizar la expresión sin suscitar equívocos, sistema propietario. Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible y reproducible, como principio organizativo y “razon” y “regra” del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su “ciclo vital”, nos devuelve un sujeto en relación com el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor.*²²

Essa posição assumida pelo consumidor, de centralidade no sistema econômico, não aconteceu de forma inconsciente. Foi programada pelo setor produtivo, que a utilizou como instrumento para realização de seus objetivos (lucratividade).²³ Há necessidade constante da expansão do consumo massificado,

²⁰ FORTUNY, Maria Alejandra. *O Direito do Consumidor: A Emergência de um Novo Paradigma no Direito Moderno*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 153.

²¹ “A não-satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato visando a satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado – são esses os volantes da economia que tem por alvo o consumidor.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 106.)

²² BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 91.

²³ Neste sentido Maria Alejandra Fortuny, afirma que “na história do mercado capitalista, o consumo foi desvinculado das análises teóricas como elemento substancial, que dá continuidade e viabilidade à produção do mercado. Dessa forma, a escolha do “que produzir”, ou seja, quais os bens e serviços que serão postos no mercado, depende das grandes estruturas de administração do capital que agem pelo “lucro”, e não das necessidades ou preferências do indivíduo.” FORTUNY, Maria Alejandra. *O Direito do Consumidor: A Emergência de um Novo Paradigma no Direito Moderno*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 153.

pois o sistema “*ha producido un inmenso proceso de homologación con la lógica del acceso cada vez más dilatado al consumo de massa*”²⁴.

Por detrás deste fato, desta trama urdida pelo mercado, encontra-se enraizada a finalidade precípua dos detentores dos meios de produção da sociedade consumista: o aumento do capital por meio do lucro. Não há medida limitadora para este evento, o que muitas vezes pode ser danoso à pessoa do consumidor: pela falta de segurança, de qualidade e de informação.²⁵

Para que essa relação de produção e de consumo se materializasse, o mercado se infiltrou na vida das pessoas, o que acarretou a banalização do consumo, o consumir por consumir:

*las nuevas jerarquias sociales de los consumidores supérfluos y en los símbolos de status de la sociedad de massas. Un gran imperativo parece dominar sin discusión: “soy porque consumo”; “consumo porque todo está al alcance de mi mano, de mi deseo ilimitado de poseer”.[...] El ânsia por la cantidad, por los objetos consumibles.*²⁶

O consumo desenfreado de coisas desnecessárias é uma característica da sociedade contemporânea e está inserido na vida cotidiana. O lema de consumir para proporcionar melhorias nas condições de vida, de conforto e bem-estar das pessoas é um discurso do mercado, para fazer valer sua necessidade de produção massificada de bens e serviços e, conseqüentemente, gerar maior riqueza e lucratividade.

O mercado, para a consecução de seus objetivos primordiais, coloca o consumidor no centro de seu sistema econômico, mas ao mesmo tempo, o deixa à margem, uma vez que promove a mercantilização da vida por meio da identificação desta com o consumo.

O consumidor é instigado a consumir cada vez mais, e de maneira desproporcional às suas reais necessidades. Assim, o mercado quer um consumidor que compre, usufrua, goze, descarte e por fim substitua o bem ou serviço,

²⁴ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 145.

²⁵ “*La indeterminación del consumo ilimitado, en una falta absoluta de límites y media: en la época de la mercancia absoluta el individuo consigue lo infinito.*” (Ibid., p. 21.)

²⁶ Ibid., p. 146.

refazendo, rapidamente, o ciclo do consumismo. Tudo isto se dá de forma sistemática e alienada.

Pietro Barcelona refere-se à sociedade atual como *“una masa amorfa de individuos que persiguen febrilmente una identidad imposible: el mundo de los objetos consumibles gobierna ya sus vidas según una lógica puramente cuantitativa.”*²⁷

E Bauman aperfeiçoa este entendimento:

A sociedade de consumidores sustenta a conjunção dos muitos impulsos, intuições e propensões diferentes que contém e eleva o todo agregado ao status de plano de vida coerente – a síndrome consumista degradou a duração e promoveu a transitoriedade. Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência. Abreviou drasticamente o lapso de tempo que separa não apenas o querer obter, mas também o surgimento do anseio pelo seu desaparecimento. Os consumidores aceitam a curta duração das coisas e seu desaparecimento predeterminado com tranquilidade...Numa sociedade de consumidores, a perfeição só pode ser a qualidade coletiva da massa, a multiplicidade de objetos de desejo.²⁸

Em consonância com o acima descrito, identifica-se que o mercado cumpriu com sua meta de transformar uma sociedade baseada no consumo durável para a atual, cuja marca é a transitoriedade dos bens. Este modelo perdurará enquanto o grau de insatisfação dos consumidores continuar²⁹. É no desejo da novidade do produto ou do serviço que a sociedade de consumo se funda, por gerar um descontentamento de seus membros. O que acarreta maior consumo, pois o consumidor satisfeito não irá desempenhar o seu papel³⁰.

²⁷ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 20.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 110-111.

²⁹ “É exatamente a não-satisfação dos desejos e a convicção inquebrantável, a toda hora renovada e reforçada, de que cada tentativa sucessiva de satisfazê-los fracassou no todo ou em parte que constituem os verdadeiros volantes da economia voltada para o consumidor. A sociedade de consumo prospera enquanto tornar perpétua a não satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar a desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 64.)

³⁰ “A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.”(BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 88.)

Para incutir esse nível de identificação comportamental na sociedade de consumidores³¹, o mercado se vale da imagem e da mídia³² como instrumento primordial, em vista que o seu desenvolvimento se baseia no reconhecimento do consumo como um investimento de valor social, de auto-estima e de afirmação da pessoa na sociedade.

O consumo, além de uma característica do *modus vivendi*³³ contemporâneo, é uma ocupação dos seres humanos. É um atributo da sociedade hodierna o consumismo, tal qual a capacidade para o trabalho na sociedade de produtores.

A sociedade de consumidores mantém o seu curso como forma específica de convívio humano imposta pelo mercado, através de suas estratégias econômicas, parâmetros eficazes de manipulação das condutas e probabilidades de escolha³⁴.

Diante destes argumentos, é passível de constatação a existência de uma cadeia social do consumismo. O consumo é o componente essencial do mercado, na medida em que representa a última etapa da cadeia produtiva. É o motor fundamental por fazer girar a máquina do sistema econômico globalizado “o destino final de toda mercadoria colocada à venda é ser consumida por compradores”.³⁵

A cadeia social do consumismo é utilizada pelo mercado para sua manutenção e crescimento. Para tanto, o mercado cria, por meio de imagens e apelos sensoriais, desejos e insatisfações permanentes nos consumidores, sendo este um de seus

³¹ Isleide Fontenelle descreve o comportamento dos consumidores na sociedade contemporânea, enfatizando: que há uma onipotência da marca, como uma seita multinacional, que atua através do marketing como manipuladora simbólica da fantasia do consumo absoluto, uma endemia do “desejo da marca”, que é, no final das contas, o do próprio capitalismo comportamental, o de criar um estado de dependência absoluta do sujeito. (FONTENELLE, Isleide Arruda. *O Nome da Marca – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável*. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006. p. 14.)

³² A mesma autora foi buscar na realidade social efetiva, concreta da vida em sociedade, a inserção da mercantilização da cultura e sua massificação, pelo “império das imagens” da marca de consumo, onde as imagens que hoje são dispostas/mostradas pretendem ser consumidas, não sendo mais, objetos de contemplação e reflexão. Cada dia fica mais irresistível a necessidade de possuir o objeto, mesmo que através da imagem. (Ibid., p. 22).

³³ “A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 71.)

³⁴ “A colonização da vida pelo mercado de bens e consumo.[...]Para entrar na sociedade de consumidores e receber um visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado.” (Ibid., p. 82.)

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 18.

alicerces³⁶. É a rede de marketing, de imagens que vão desencadear o desejo (comprar) e a insatisfação (descartar para comprar novamente).

A combinação do desejo e da insatisfação do consumidor é vital para o mercado³⁷. Aquilo que não é mais desejado ou que não satisfaça o consumidor é descartado. A relação do consumidor com o seu objeto é fugaz, dura enquanto perdurar a satisfação por seu uso, como bem frisa Bauman.³⁸

O mercado intenciona gerar no consumidor o desejo por um objeto e, ao mesmo tempo, a insatisfação no uso dele. Seria o binômio propulsor para que consumidor exerça o seu papel no sistema. A satisfação é a primeira intenção de oferta que o mercado dispõe ao consumidor: satisfazer seu anseio, sua vontade imediata, que é transitória. O mercado é estimulado por uma incongruência: a satisfação que nunca é satisfeita. Este fato movimentava a cadeia do consumismo, fazendo-a girar:

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda, quando o cliente não está “plenamente insatisfeito” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeiramente e totalmente realizados.[...]Sem a repetida frustração dos desejos, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumidor ficaria sem combustível.³⁹

³⁶ “Abrir espaço rapidamente para outros objetos de desejo, do contrário a caça global de lucros e mais lucros (rebatizada de “crescimento econômico”) irá parar. A indústria atual funciona cada vez mais para produção de atrações e tentações. E é da natureza das atrações tentar e seduzir...a tentação não pode sobreviver muito tempo à rendição do tentado, assim como o desejo nunca sobrevive a sua satisfação.” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 86.)

³⁷ “O consumismo não se refere à satisfação dos desejos, mas à incitação do desejo por outros desejos, sempre renovados – preferencialmente do tipo que se pode, em princípio, saciar. Para o consumidor, um desejo satisfeito deve ser quase tão prazeroso e excitante quanto uma flor murcha ou uma garrafa plástica vazia; para o mercado de consumo, um desejo satisfeito seria também o prenúncio de uma catástrofe iminente.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 121.)

³⁸ “Todos os objetos de consumo, algo que se espera satisfação imediata, que é rejeitado se não for desta forma e que se guarda e usa apenas enquanto (e não mais que isto) continue a nos dar satisfação.” (BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada – Vidas Contadas e Histórias Vidas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 199.)

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 63-64.

Com relação aos desejos e as (in)satisfações proporcionadas pelo mercado ao consumidor, têm-se como metáfora o personagem Don Juan⁴⁰. Esse conquistador é o consumidor, com desejos nunca satisfeitos, mas sempre na busca incessante de satisfazê-los.⁴¹

Essa insatisfação do sujeito consumidor é externada na sociedade de consumidores pelo desvalor da durabilidade⁴², que iguala o *velho ao defasado*⁴³ impróprio para continuar sendo utilizado. O seu destino é o descarte, a lata de lixo⁴⁴.

O sistema da produção em massa tem como uma de suas características fundamentais a obsolescência dos bens e serviços. A insatisfação do consumidor por aquilo que foi adquirido recentemente é necessária para fomentar o consumo em massa.

A insatisfação gerada pelo mercado no consumidor é permanente, fazendo-o adquirir bens e serviços de forma desmesurada, que logo serão considerados inúteis e destinados ao descarte, potencializando a obsolescência.

A obsolescência cria a cultura do descarte de produtos, o que fomenta a produção massificada e desenfreada de coisas desnecessárias. Ela foi engendrada

⁴⁰ “Sören Kierkegaard provavelmente acharia uma grande afinidade entre o tipo de vida que atrai os bem-sucedidos à secessão e o tipo de patologia que entreviu no caráter do Don Giovanni, tal como retratado no libreto da ópera de Mozart. O prazer de Don Juan, como Kierkegaard o via, não era a posse das mulheres, mas a sedução delas; Don Giovanni não tinha interesse pelas mulheres já conquistadas – seu prazer terminava no momento do triunfo.” (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – A Busca por Segurança no Mundo Atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 51.)

⁴¹ “A sociedade de consumo induz às paixões por objetos, mas ao mesmo tempo fraciona nosso entusiasmo; ela nos obriga a desejar e rapidamente acaba com nosso desejo para nos excitar sobre outro objeto. Ela faz de cada consumidor um Don Juan sempre em busca de uma outra, sempre ardente, sempre insatisfeito.” (PADILHA, Valquíria. *Reflexões sobre Cultura, Tempo Livre e Consumo na Pós-Modernidade*. In Revista Cultura Vozes. Petrópolis: Editora Vozes, n. 2, vol. 94, 2000. p. 55.)

⁴² “Na hierarquia herdada dos valores reconhecidos, a síndrome consumista degradou a duração e promoveu a transitoriedade. Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência. Abreviou drasticamente o lapso de tempo que separa não apenas o querer do obter, mas também o surgimento do anseio pelo seu desaparecimento.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 110.)

⁴³ Expressão utilizada para designar a desvalorização da durabilidade pela insatisfação dos consumidores que levará ao descarte. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 31.)

⁴⁴ Bauman demonstra isto enfatizando o estado de obsolescência que o sistema produtivo impõe ao consumidor: “Nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser percebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem)...É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar de um desejo, que fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito... A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria do lixo.” (Ibid., p. 31.)

pelo mercado no intuito de garantir-lhe lucratividade cada vez maior. A obsolescência é planejada pelo mercado para que as mercadorias se tornem inúteis no menor tempo possível, considerado o ciclo da aquisição, uso e descarte. O que fará o consumidor adquirir novas mercadorias e continuar, assim, a participar como inocente útil no jogo imposto pelos detentores do capital.

O mercado dita a relação entre consumidores e mercadorias, impondo a exigência de substituir desnecessariamente objetos de consumo por outros. Bauman retrata esse fenômeno como obsolescência embutida.⁴⁵

A obsolescência da sociedade de consumidores possui uma capital fictícia: é a cidade invisível de Ítalo Calvino chamada Leônia:

A cidade de Leônia refaz a si própria todos os dias: a população acorda todas as manhãs em lençóis frescos, lava-se com sabonetes recém-tirados da embalagem, veste roupões novíssimos, extrai das mais avançadas geladeiras latas ainda intactas, escutando as últimas lengalengas do último modelo de rádio. Nas calçadas, envoltos em límpidos sacos plásticos, os restos de Leônia de ontem aguardam a carroça do lixeiro. Não só tubos retorcidos de pasta de dente, lâmpadas queimadas, jornais, recipientes, materiais de embalagem, mas também aquecedores, enciclopédias, pianos, aparelhos de jantar de porcelana: mais do que pelas coisas que todos os dias são fabricadas vendidas compradas, a opulência de Leônia se mede pelas coisas que todos os dias são jogadas fora para dar lugar às novas.⁴⁶

Leônia é um retrato vivo da sociedade do consumo, que é marcada pelo excesso, desperdício e descarte. A cidade invisível de Ítalo Calvino se torna atual e real, como enfatiza Bauman:

Quando os objetos dos desejos de ontem e os antigos investimentos da esperança quebram a promessa e deixam de proporcionar a esperada satisfação instantânea e completa, eles devem ser abandonados. [...]

⁴⁵ “O consumismo em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades, mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-lo. Ele combina...a insaciabilidade dos desejos com a urgência e o imperativo de sempre procurar mercadorias para se satisfazer. Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de “obsolescência embutida” dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo. A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a resultante tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea, de seus objetos, harmonizam-se bem com nova fluidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro previsível.” (BAUMAN, Zigmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 44-45.)

⁴⁶ CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 109

A economia consumista se alimenta do movimento das mercadorias e é considerada em alta quando o dinheiro mais muda de mãos; e sempre que isso acontece, alguns produtos de consumo estão viajando para o depósito de lixo...Os consumidores da sociedade consumista precisam seguir os curiosos hábitos dos habitantes de Leonia, uma das cidades invisíveis de Ítalo Calvino.⁴⁷

A obsolescência é uma marca da sociedade de consumidores, pois “*el descarte es precisamente una operación típica de todo proceso productivo*”.⁴⁸ A ideologia do mercado induz a obsolescência para manter seu sistema:

o princípio econômico dominante é o de que produzamos cada vez mais, o consumidor deve estar preparado para querer, isto é, para consumir – cada vez mais. A indústria não depende dos desejos espontâneos, mas do consumidor de quantidade cada vez maior de mercadorias. Fabricando objetos que devem cair em desuso, ela o força a comprar coisas novas quando as velhas poderiam durar muito mais.⁴⁹

A instauração da obsolescência pelo mercado só foi possível devido ao emprego do marketing publicitário invasivo.⁵⁰ Este tem como objetivo construir um valor positivo na mente dos consumidores, ligando-o a um produto. Isto levará um contingente maior de pessoas a comprá-lo, o que confirma a sedução do consumidor pela imagem⁵¹.

A mídia impulsiona o desejo do consumidor na apropriação de outro produto ou serviço com melhorias, ou até mesmo, pelo simples fato de alteração de aparência. Assim, a obsolescência é semeada de forma perceptiva, por meio da imagem. O

⁴⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 51-52.

⁴⁸ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 144.

⁴⁹ PADILHA, Valquíria. *Reflexões sobre Cultura, Tempo Livre e Consumo na Pós-Modernidade*. In Revista Vozes. São Paulo: Editora Vozes. Revista Vozes. 2000. p. 55.

⁵⁰ “Marketing é uma atividade estratégica que tem a ver com venda de produtos. Marketing não tem a ver, somente, com criação de imagem. Ter uma imagem significa apenas que eu sei quem você é, mas isso não me leva a fazer coisa alguma. Marketing tampouco significa criar comerciais que ganhem prêmios. Marketing tem a ver com lucro, com resultados.[...] A razão do marketing é levar ao consumo e gerar lucro. Nesse sentido, o enorme desafio dos criadores de imagem é construir uma imagem de marca que gere percepção de valor para o consumidor...”[Daí por que marketing tem tudo a ver com a criação de valor na mente dos consumidores. Isso significa construir marcas pela identificação de uma base comum entre o consumidor e um produto ou serviço.” (FONTENELLE, Isleide Arruda. *O Nome da Marca – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável*. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006. p. 162.)

⁵¹ A imagem publicitária determina o vínculo do consumidor com o produto ou serviço, com a marca, com histórias, com personagens, visa capturar o olhar da pessoa e convencê-la dos seus atributos e benefícios, incitando-a ao desejo de consumir. (Ibid., p. 236.)

mercado atinge o seu objetivo de convencer o consumidor da necessidade de substituição do objeto por outro⁵², levando ao desperdício pelo descarte.

O sistema econômico-produtivo cria a sua norma e faz com que o consumidor contribua para a sua efetivação. É na troca dos produtos, mesmo que ainda utilizáveis, que o consumidor tem valor para o sistema. A sociedade de consumidores é ditada pelo mercado, que incute nas pessoas o consumo desenfreado, um verdadeiro rodízio de comprar, descartar e comprar.⁵³

O consumo massificado e desenfreado encontra-se disseminado por toda cadeia social do consumo, tornado-a, nas palavras de Paolo Grossi, “a linfa vital subjacente”⁵⁴ da sociedade dos consumidores, que não é isonômica, pois a elegibilidade do que comprar depende das imposições do mercado, que incute a criação de necessidades nos consumidores, podendo alterar o *modus vivendi* das pessoas na sociedade.⁵⁵

O mercado atua como uma ditadura⁵⁶ frente à pessoa consumidora, impele o ser humano a viver na sociedade segundo as suas normas. O consumidor não detém a liberdade real, a autonomia para decidir o que deve e o que não deve comprar.

⁵² “Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham.” (BAUMAN, Zigmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 71.)

⁵³ “El sistema social funciona según el sentido que viene dado precisamente por el principio de la absoluta disponibilidad de todas las cosas para su producción y su destrucción ilimitada.” (BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 89.)

⁵⁴ GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

⁵⁵ “A sociedade de consumidores, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas.” (BAUMAN, op. cit., p. 71.)

⁵⁶ “Como se não houvesse nada além da opção entre a ditadura do mercado e a do governo sobre as nossas necessidades – como se não houvesse lugar para a cidadania fora do consumismo. É nessa e só nessa forma que os mercados financeiro e mercantil toleram a cidadania.” (BAUMAN, Zigmunt. *Em Busca da Política*. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2000. p. 12.) Esta expressão, também é referida por Avelãs Nunes: “Por isso muitos vêm clamando a necessidade de lutar contra os perigos desta “ditadura dos mercados”. NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

CAPÍTULO I.2 - A Reificação do Consumidor pelo Mercado

Diante da constatação de que a sociedade contemporânea, dominada pelo mercado, impõe aos seus membros o papel de consumidores, torna-se imprescindível analisar o seu desenvolvimento - que é orquestrado pelo mercado para impor o seu domínio, fragilizando e objetificando o consumidor.

A sociedade de consumo funda-se na construção ordinária dos objetivos da sociedade capitalista,⁵⁷ quais sejam: a acumulação do capital, a alta taxa de lucratividade, a tecnologia avançadíssima no processo de produção em massa, a informatização, a minimização dos custos, a manipulação e a indução na mentação dos indivíduos e da coletividade da cultura do consumo. Por meio do marketing, o mercado consagra o consumo como elemento essencial para o seu fortalecimento, tendo como ator principal do seu espetáculo o consumidor.

Para serem alcançados, os objetivos do mercado não consideram a pessoa do consumidor, o ser humano desta cadeia social. Apenas cálculo, números⁵⁸ e lucro⁵⁹ é que são levados em conta. O consumidor é arrebanhado e incitado a consumir por força das necessidades do mercado em obter lucro. Nem que para isto tenha que modificar hábitos e condutas: “Aumento da produtividade, a necessidade de escoamento dessa produção em massa.[...]viria atrelar o conceito de abundância ao bem-estar material, ao consumo também em excesso e, mais importante, formatar um padrão de vida, um modelo para ser e se viver em sociedade”.⁶⁰

⁵⁷ “Nas economias capitalistas a circulação se faz segundo o modelo marxista D-M-D’ (quem tem capital-dinheiro acumulado, vai comprar mercadorias, incluindo a força do trabalho, com as quais promove a produção de outras mercadorias para vender no mercado, com o objectivo de obter mais dinheiro.” (NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.)

⁵⁸ “Es el sistema el que produce ilimitadamente para el consumo y fuera de esto no conoce ningún otro critério de organización de las relaciones humanas. La lógica de la cantidad, la prevalência de los números, la carrera desenfreada hacia la cantidad: ése es el mundo del consumo de masas...un individualismo en el que la única posibilidad de identificación del hombre es mediante el consumo. La propiedad se há transformado de poder en consumo: el individualismo moderno es el individualismo del consumo.” (BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 134.)

⁵⁹ “Não existe nenhuma garantia de que o argumento ético fará muita diferença numa sociedade em que a competitividade, os cálculos de custo-benefício, a lucratividade e outros mandamentos do livre mercado reinam supremos.” (BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada* – Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 100.)

⁶⁰ FONTENELLE, Isleide Arruda. *O Nome da Marca* – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006. p. 54.

Constata-se que nessa sociedade de consumidores, comportamentos são impostos ao consumidor por um padrão determinado e sustentado pelo mercado. Inconscientemente o consumidor participa do jogo e não raro, gosta de ser seduzido:

É dito com frequência que o mercado de consumo seduz os consumidores. Mas para fazê-lo ele precisa de consumidores que queiram ser seduzidos....Numa sociedade de consumo que funcione de forma adequada os consumidores buscam com todo empenho ser seduzidos.[...] Essa pressão internalizada, essa impossibilidade de viver a vida de qualquer outra forma, revela-se para esses consumidores sob o disfarce de um livre exercício da vontade. O mercado pode já tê-los selecionado como consumidores e assim retirado a sua liberdade de ignorar as lisonjas; mas a cada visita a um ponto de compra os consumidores encontram todas as razões para se sentir como se estivessem no comando. Eles são os juízes, os críticos e os que escolhem. Eles podem, afinal, recusar fidelidade a qualquer das infinitas opções em exposição. Exceto a opção de escolher entre uma delas, isto é, essa opção que não parece ser uma opção.⁶¹

A dinâmica do consumo se dá pelas necessidades que o mercado escolhe por intermédio de seus comandos atuariais econômicos e não existenciais. O mercado sabe que o consumidor não tem alternativa a não ser consumir e este acaba se amoldando à formatação dada pelo mercado⁶². Essa formatação desvincula a subjetividade do consumidor colimando na objetificação deste agente epicentral⁶³.

As relações na sociedade de consumidores são centralizadas em torno do consumidor (sujeito) com a mercadoria (objeto) e com o agente que promove a circulação das riquezas (fornecedores dos objetos). Estas relações são

⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização e as Conseqüências Humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 88.

⁶² “A colonização da vida pelo mercado de bens de consumo.[...]Para entrar na sociedade de consumidores e receber um visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 82.)

⁶³ “En la época de la mercancía absoluta, la forma posible de la identificación es la del hombre consumidor, que paradójicamente es una no-determinación, una ausencia de determinación. Como afirma Napoleoni citando Ruggenini, la productibilidad de todo también ha transformado al sujeto en objeto producible (y producido): “Por ello ya no hay “un” sujeto, el sujeto, sino tantos como pueden producirse; y éstos no son cualitativamente distintos de los objetos, sino sujetos-objetos predispuestos para ciertas operaciones con objetos-sujetos y, por tanto, productos capaces a su vez de funcionar en el lugar y el modo que les pide. En un mundo en el que todo se ha hecho producible, el sujeto y el objeto cumplen, y consuman, su virtud dialéctica de convertirse el uno en el outro; sin embargo, también se desvela el secreto de estas “prodigiosas” prestaciones: subversiones, vuelcos, inversiones son la apariencia extraordinaria que presenta el necesario transcurrir del sujeto al objeto y del objeto al sujeto una vez que uno y outro van distribuyéndose continuamente los distintos roles de la organización del dominio”. (BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 95.)

massificadas,⁶⁴ de forma que não há como escapar do consumo na sociedade de consumidores. É como se houvesse um estado de dependência dos membros da sociedade de consumidores no consumo.⁶⁵

A pessoa do consumidor se depara com uma enormidade de objetos espaciais e imagens. Tem a indelével missão de lhes atribuir valor e de apropriar-se de tais objetos, bem como de usá-los e depois descartá-los o mais rapidamente possível. Esse sujeito da contemporaneidade é incitado, atraído, seduzido, impelido, manobrado e por vezes ludibriado,⁶⁶ para que o mercado atinja os seus fins.

O instrumento para a concretização da incitação, atração e sedução do consumidor pelo mercado, consoante já explicitado no capítulo anterior, é a mídia que fornece imagens para serem consumidas e permanecerem nos corações e mentes dos consumidores.⁶⁷

A dualidade sujeito-objeto⁶⁸ na sociedade de consumidores é a dualidade consumidor-mercadoria. Nas relações humanas, a soberania do sujeito é reclassificada como soberania do consumidor. Todavia, é um mito a expressão de que o consumidor é o soberano do sistema. A soberania é exercida pelo mercado⁶⁹ e

⁶⁴ “La difusión del bienestar, pero há producido un inmenso proceso de homologación con la lógica del acceso cada vez dilatado al consumo de massa.” (Ibid., p. 145.)

⁶⁵ “O desejo da marca, que é, no final das contas o do próprio capital, é criar um estado de dependência absoluta do sujeito que, do ponto de vista de um “tipo ideal”, constituiria o mesmo que acontece com a toxicomania: “o fato de que existe um objeto, um objeto fabricado, suscetível de anular todo gozo outro que não aquele que ele oferece, suscetível, por outro lado, de provocar o que se chama ‘esse estado de dependência’ que faz com que não seja mais possível prescindir dele...isso é muito exatamente o ideal..de todos aqueles que se arriscam a lançar produtos no dito mercado ou seja, a encontrar o que seria suscetível de tomar esse lugar.” (FONTENELLE, Isleide Arruda. O Nome da Marca – McDonald’s, Fetichismo e Cultura Descartável. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006. p. 259.)

⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 19.

⁶⁷ Na sociedade midiática de consumidores no mundo atual estar na imagem é existir e, fora disso, não dá para fazer parte dele. A mídia fornece as imagens, os modelos, a legitimação do que seja a realidade. E é exatamente nisso que se transforma a realidade.[...] todas as pessoas que, ao consumir imagens, se tornam meios pelos quais essas imagens circulam e proliferam. Por isso, o conceito de “sociedade midiática”. (FONTENELLE, op. cit., p. 271.)

⁶⁸ “Lo descartado, el resíduo, es la cara de una nueva alienación: pero de una alienación no construída sobre la dialéctica metafísica de la praxis cotidiana del individuo condenado, por su mismo proyecto, al individualismo masificado del consumo. El resíduo es el signo de que el dualismo no há sido anulado y de que más Allá del sistema hay um “irreductible” no relegable en su totalidad al mundo de lo contingente.” (BARCELONA, op. cit., p. 147.)

⁶⁹ O verdadeiro detentor do poder soberano na sociedade de consumidores é o mercado de bens de consumo. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 85.)

de forma absolutista, pois é este quem dita as normas⁷⁰ e molda a cultura do consumo⁷¹ excessivo e do desperdício⁷².

O objetivo crucial do consumo na sociedade de consumidores não é a satisfação das necessidades vitais e reais da pessoa. Mas a fabricação de necessidades dos bens supérfluos, luxuosos, de desejos e vontades extravagantes dos consumidores, modelados à semelhança do mercado. Diante desta constatação, Zigmunt Bauman polemiza:

Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade.[...] O mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem escolhidas e os que as escolhem, ou seja, as mercadorias e seus consumidores, entre as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Na sociedade de consumo, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, desta forma, é que a característica mais proeminente da sociedade de consumidores, ainda que disfarçada e encoberta, é a transformação dos consumidores em mercadorias, a constatação de que a sociedade é governada pelo consumismo, e que os indivíduos se tornaram a grande mercadoria do mercado que os absorve.⁷³

⁷⁰ “A elevação das leis escritas e não escritas do mercado à categoria de preceitos de vida; o tipo de preceito que só pode ser ignorado por conta e risco de quem quebra a norma, e que tende a ser punido com a exclusão. As leis do mercado se aplicam, de forma equitativa, às coisas escolhidas e aos selecionadores. Só as mercadorias podem entrar nos templos de consumo por direito, seja pela entrada dos “produtos”, seja pela dos “clientes”. Dentro desses templos, tanto os objetos de adoração como seu adoradores são mercadorias. Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios produtos de comodificação.” (Ibid., p. 82.)

⁷¹ A cultura consumista é o modo peculiar pelo qual os membros de uma sociedade de consumidores pensam em seus comportamentos ou pela qual se comportam “de forma irrefletida”, sem pensar no que consideram ser seu objeto de vida e o que acreditam ser os meios corretos de alcançá-los, sobre como separam as coisas e os atos relevantes par esse fim das coisas e atos que descartam como irrelevante, acerca de o que os excita e o que os deixa sem entusiasmo ou indiferentes, o que os atrai e o que os repele, o que os estimula a agir e o que os incita a fugir, o que desejam, o que temem e em que ponto temores e desejos se equilibram mutuamente, então a sociedade de consumidores representa um conjunto peculiar de condições existenciais em que é elevada a probabilidade de que a maioria dos homens e das mulheres venha a abraçar a cultura consumista em vez de qualquer outra, e de que na maior parte do tempo obedeçam aos preceitos dela com máxima dedicação. (Ibid., p. 70.)

⁷² “A síndrome consumista é uma questão de velocidade, excesso e desperdício. Os consumidores experientes não se incomodam em destinar as coisas para o lixo – aceitam a curta duração das coisas e seu desaparecimento predeterminado com tranqüilidade.[...] regozijar por se livrar de coisas que ultrapassaram o tempo de uso (leia-se: desfrute). O valor de cada objeto está igualmente em suas virtudes e limitações: os defeitos já conhecidos e aqueles que ainda serão (inevitavelmente) revelados prometem renovação e rejuvenescimento iminentes, novas aventuras, novas sensações, novas alegrias. Numa sociedade de consumidores, a perfeição só pode ser a qualidade coletiva da massa, a multiplicidade de objetos de desejo.[...] A sociedade de consumo não é nada além de uma sociedade do excesso e da fatura.[...] O excesso aumenta a incerteza das escolhas que se espera que eliminasse, e assim o excesso nunca é suficientemente excessivo.” (Ibid., p. 111.)

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 122.

O mercado promoveu o consumo a princípio de organização e regulação do sistema econômico e social. A sociedade concede a qualidade de sujeito da contemporaneidade ao consumidor, em virtude que é este quem movimenta a economia, a serviço do mercado. É na exacerbação da aquisição e rejeição de bens e serviços de consumo que o sujeito cumpre sua função primordial: *“es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación, y, al final de su ciclo vital, nos devuelve un sujeto en relación com el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor”*.⁷⁴

Pietro Barcellona traduz essa transformação, de sujeito proprietário a sujeito consumidor, da seguinte forma:

*la clase propietaria se transforma, de titular del derecho a la propiedad, en destinatario potencial de los productos que circulan en el mercado. No es una transformación pequeña: con una fórmula, se podría decir que de la propiedad-poder se pasa, mediante el desarrollo de la economía de mercado, a la propiedad-consumo.[...] la apropiabilidad de los productos, la abstracta accesibilidad a los bienes que circulan en el mercado, se ha convertido en una prerrogativa general. Del propietario titular de un poder hemos pasado al propietario consumidor. [...] De la identificación del sujeto propietario se pasa a la identificación del sujeto consumidor mediante una estrategia de objetivación que ha incluido el principio de la disponibilidad ilimitada de los bienes en la misma lógica de funcionamiento del sistema.*⁷⁵

A evolução do sujeito proprietário para sujeito consumidor ocorreu pela transformação deste como sujeito central do sistema econômico atual, como outrora este papel relevante era desempenhado pelo sujeito proprietário. Nesta perspectiva, verifica-se que o consumidor e o proprietário possuem características comuns em vista da contextualização histórica que cada sujeito desempenhava na sociedade.

Ultrapassado este sentido evolutivo do sujeito central da sociedade, reconhece-se como objetivo fulcral do mercado, na sociedade de consumidores, a *comodificação* do consumidor, para rebaixar este à condição de mercadoria: “Não há consumidor sem mercadoria. A comodificação precede o consumo e controla o acesso ao mundo dos consumidores. É preciso primeiro se tornar uma mercadoria

⁷⁴ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 91.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 116.

para ter a chance razoável de exercer os direitos e cumprir os deveres de consumidor.”⁷⁶

A *comodificação* dos consumidores é a transformação destes em objetos⁷⁷. São mercadorias que consomem, é desta forma que desempenham a sua utilidade para o mercado:

O objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis. É, em última instância, por essa razão que passar no teste do consumidor é condição inegociável para a admissão na sociedade que foi remodelada à semelhança do mercado. Passar no teste é précondição de todas as relações contratuais que tecem a rede de relacionamentos chamada “sociedade de consumidores” e que nela são tecidas. É essa précondição, sem exceção ou possibilidade de recusa, que consolida o agregado das transações de compra e venda numa totalidade imaginada...permite que esse agregado seja experimentado como uma totalidade chamada “sociedade” – entidade a que se pode atribuir a capacidade de “fazer demandas” e coagir os atores a obedecer.⁷⁸

O consumidor, ao se tornar uma mercadoria, é o mais poderoso instrumento para o mercado se manter e se expandir. Os potenciais objetos de desejo dos consumidores é que desencadeiam as ações de consumo planejadas pelo mercado. Inconscientemente, em virtude da atração exercida pelos bens de consumo, o consumidor faz de si mesmo uma mercadoria.⁷⁹

A objetificação do sujeito é constatada quando a pessoa não possui liberdade de escolha⁸⁰, mas é obrigada a escolher. O consumidor precisa consumir subordinado às opções eleitas pelo mercado:

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 88.

⁷⁷ “Os consumidores são levados pela necessidade de se “comodificarem” – de se transformarem em mercadorias atraentes...Obrigados a encontrar um nicho de mercado para as coisas valiosas que possam vir a obter ou esperar desenvolver, devem observar com atenção as oscilações do que é demandado e do que é oferecido, e seguir as tendências do mercado, dada a notória volatilidade dos mercados de consumo.” (Ibid., p. 142.)

⁷⁸ Ibid., p. 76.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ “La idea de abrir de par en par las puertas de la libertad es preciso entenderla de forma adecuada. Se trata de descubrir aquello que verdaderamente hace progresar al hombre, de modo que su proyecto como persona sea lo más rico y positivo posible. Dado que el ser humano es perfectible y defectible, el uso adecuado de la libertad y la voluntad serán las velas que empujen su navegación a buen puerto. Por el contrario, permisividad significa que uno ya no tiene prohibiciones, ni territorios vedados ni impedimentos que lo frenen, salvo las coordenadas externas de las leyes cívicas, de por sí muy generales. La permisividad se sustenta sobre una tolerancia total, que considera todo válido y lícito, con tal de que a la instancia subjetiva le parezca bien.” (ROJAS, Enrique. *El Hombre Light – Una Vida Sin Valores*. Madrid: Temas de Hoy, 1992. p. 46.)

Tomando como base este desdoblamiento entre sujeto libre e individuo obligado, cuando el proceso de economización de la vida ha alcanzado su punto culminante en la época de la mercancía absoluta (cuando, diría Marx, la subordinación formal ha pasado a ser subordinación real), es posible “eliminar” el fetiche del “sujeto libre” como figura autónoma y resolver la libertad en la estructura del ordenamiento social.⁸¹

A objetificação do sujeito consagra o fetichismo da subjetividade do consumidor, “onde as pessoas deixam de se referir às coisas e passam a se referir às imagens sobre as quais essas próprias coisas se constroem”.⁸²

Tal objetificação da subjetividade do consumidor se dá pelo fato de que a sociedade é governada pelo consumismo.⁸³ Este retira a liberdade real do consumidor, em vista que lhe resta apenas a opção de escolher aquilo que é determinado para ser escolhido; há um déficit de autodeterminação por ordem do mercado.

O mercado, este ente a rigor invisível e ao mesmo tempo onipresente, retém a sociedade por aquilo que consumimos. Só consumimos aquilo que consumimos por meio do mercado, “que tende a ser uma realidade que invade a sociedade inteira e todas as sociedades.”⁸⁴

Neste mercado, a liberdade da pessoa não é real, visto que está subordinada à vontade dos objetivos econômicos. Por isso, o consumidor é relegado a simples valor de troca, o que expõe os sujeitos vulneráveis à exploração e os reifica:

⁸¹ BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 141.

⁸² FONTENELLE, Isleide Arruda. *O Nome da Marca – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável*. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006. p. 285.

⁸³ O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho.[...] O consumismo é um atributo da sociedade. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 41.)

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 501. À parte o predomínio do consumo na sociedade hodierna, é importante frisar que existem comunidades com culturas preservadas, em que o convívio social não está formatado pelo consumismo. Como por exemplo, as populações indígenas e comunidades quilombolas e de ribeirinhos existentes em nosso país. Além disto, deve ser ressaltado que coexistem na sociedade pessoas que ainda estão vinculadas às características do consumo da sociedade de produtores, com ênfase na durabilidade e confiabilidade da mercadoria.

*La reificación general, la reducción de todo a valor de cambio, es precisamente “el mundo que se convierte en fábula”; es un debilitamiento de la fuerza apremiante de la realidad. En el mundo del valor de cambio generalizado todo viene dado como relato. Ya no hay necesidad de un centro de referencia. Las imágenes se suceden los mensajes de los medios de comunicación de masas se convierten en una declinación vertiginosa de las relaciones entre el presente y la misma tradición.*⁸⁵

O mercado anula a capacidade crítica das pessoas⁸⁶ e acaba por dominar as relações sociais, atuando como uma verdadeira nova ordem de absolutização da era contemporânea incidente sobre a cultura consumista de massa.

A expressão de Henry Ford I: “*comprino quello che vogliono purché sai una Ford e di colore Nero*”,⁸⁷ apesar de se referir a outro contexto histórico-social, é atual, no sentido de que é o mercado quem dita as regras daquilo que será consumido. Suas necessidades é que devem ser satisfeitas, não a vontade dos consumidores.

Constata-se no mercado a sua natureza excludente de acordo com a capacidade econômica do agente. Este deve ser capaz de pagar o preço corrente da mercadoria⁸⁸. O consumidor tem que estar disposto a fazê-lo e ser estimulado a agir de acordo com essa disposição. Para tanto o mercado estimula e atrai os potenciais compradores das mercadorias, normalmente assalariados⁸⁹, encorajando-os a gastarem seu dinheiro, numa verdadeira cadeia social entre mercado, trabalho e consumo⁹⁰.

⁸⁵ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 37.

⁸⁶ “*Un hombre hedonista, consumista y relativista es un hombre si referentes, sin puntos de apoyo, envilecido, rebajado, codificado, convertido en un ser libre que se mueve or todas partes, pero que no sabe donde va; un hombre que, en vez de ser brújula, es veleta.*” (ROJAS, Enrique. *El Hombre Light – Una Vida Sin Valores*. Madrid: Temas de Hoy, 1992. p. 47.)

⁸⁷ “*comprem o que quiserem, desde que seja um Ford e de cor preta*” (RODOTÁ, Stefano. *Persona-Consumatore*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1994. vol. 51. p. 20. In: STANZIONE, Pasquale. (a cura di) *La Tutela del Consumatore tra Liberismo e Solidarismo*), quando se referiu à produção em série da indústria automobilística, em que os carros só eram produzidos na cor preta, não havendo opção de escolha pelo consumidor.

⁸⁸ “Em nossa sociedade regida pelo mercado, cada necessidade, desejo ou vontade traz um preço afixado. Não se pode ter coisas a não ser comprando-as.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. p. 136.)

⁸⁹ “Não seria possível produzir capital e também não se poderia integralizar o ciclo reprodutivo por meio do consumo, uma vez que é uma abstração imaginar consumo sem assalariados. A articulação entre trabalho vivo e trabalho morto é condição para que o sistema produtivo do capital se mantenha.” (ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho – Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*. 9ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. p. 120.)

⁹⁰ “A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente.” (COMPARATO, Fabio Konder. *A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. In *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano XIII, 1974. p. 89.)

É necessário um controle sobre a força invasiva do mercado, que tende a criar necessidades para os consumidores conforme seus objetivos de produção de mercadorias. Isso pode acarretar a coisificação do consumidor pela manipulação das escolhas e condutas individuais.

É possível utilizar, de forma analógica, os ensinamentos de Marx quanto ao trabalho mas aqui voltados ao consumo: “Com a valorização do mundo das coisas, aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens. O trabalho não produz apenas mercadorias; produz-se também a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e justamente na mesma proporção com que produz bens.”⁹¹ Esclarece John Holloway:

Se a humanidade é definida como atividade – pressuposto básico de Marx – então alienação significa que a humanidade existe sob a forma de inumanidade, que os sujeitos humanos existem como objetos. Alienação é objetificação do sujeito. Sujeito (homem ou mulher) aliena a sua subjetividade, e essa subjetividade é apropriada por outros (...) Ao mesmo tempo, como sujeito é transformado em objeto, o objeto que o sujeito produz, o capital, é transformado no sujeito da sociedade. A objetificação do sujeito implica também a subjetificação do objeto.⁹²

Ou seja, o homem (consumidor) assume o papel de coisa perante o mercado. Já a coisa, o objeto a ser consumido, torna-se praticamente sujeito. Identifica-se similitude entre o trabalhador e o consumidor, apesar de suas diferenças específicas. Ambos são sujeitos estranhados, pois não detém o domínio sobre as suas atividades, são coisificados⁹³, pois o primeiro não tem uma realidade real de trabalho e o segundo não tem uma real liberdade de escolha, é manipulado, forjando-se à imagem do mercado, concretizando o fetichismo da subjetividade⁹⁴.

⁹¹ MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 111.

⁹² HOLLOWAY, John, apud ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*. 9ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. p. 132.

⁹³ Não só como o trabalhador, pois, o homem é coisificado no capitalismo – tomado este como modelo de sociedade sistematicamente complexa -: isto também, ocorre quando atua como consumidor, como cliente dos serviços do Estado.” (PRADO, Eleutério. *Desmedida do Valor: Crítica da Pós-Grande Indústria*. São Paulo: Xamã, 2005. p. 28.)

⁹⁴ Se foi o fetichismo da mercadoria ocultar das visões a substância demasiada humana da sociedade de produtores, é papel do fetichismo da subjetividade ocultar a realidade demasiado comodificada da sociedade de consumidores.[...] No caso da mercadoria na sociedade de produtores, foi o ato de comprar e vender sua capacidade de trabalho que, ao dotá-la de um valor de mercado, transformou o produto do trabalho numa mercadoria, - de uma forma não visível (e sendo oculta) na aparência de uma interação autônoma de mercadorias. No caso da subjetividade na sociedade de consumidores, é a vez de comprar e vender os símbolos empregados na construção da identidade. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 23.)

Esta condição de reificado/coisificado é fundante para uma maior atuação na tutela dos direitos deste sujeito fragilizado. Apesar de ser o agente nuclear do sistema econômico-social, encontra-se à margem por sua fraqueza inquestionável na relação de consumo. Há um freio de autodeterminação para a pessoa do consumidor no interior do sistema, que denota a sua debilidade e a necessidade da sua defesa no seio da sociedade pelo ordenamento jurídico.

Capítulo I.3 - A Debilidade do Sujeito Contemporâneo

A sociedade de consumo reifica o indivíduo de acordo com o modelo padronizado pelo mercado. Tal reificação ocorre pela falta de autodeterminação do consumidor frente à soberania do mercado, o que redundará na debilidade do sujeito contemporâneo.

Para possibilitar uma análise da pessoa do consumidor, “o novo sujeito de direitos, ou sujeito pós-moderno⁹⁵”, necessário se faz uma contextualização da sociedade de consumo para avaliar como se dá a relação entre o consumidor (sujeito debilitado) e o mercado (sujeito fortificado). Como enaltecido por Claudia Lima Marques, “seria ilusório, pois, analisar estes direitos do consumidor fora de seu contexto atual final de século XX.”⁹⁶

A sociedade contemporânea no pós II Guerra Mundial se fundou na consolidação do fenômeno social cultural das relações de consumo massificadas⁹⁷, que se apóia no processo industrial de produção ilimitada, redundando no crescente aumento de oferta de produtos e serviços no mercado consumidor. Para escoar toda produção o mercado utiliza-se do marketing e da propaganda (comunicação televisiva, radiofônica, virtual e impressa), e do crédito ao consumidor como fomentador do desenvolvimento econômico⁹⁸.

Diante desta situação de desrespeito à autonomia do consumidor e de abusos praticados pelo mercado, surgiu o consumerismo: “Movimento dos consumidores norte americanos, na década de 60, contra a produção e a comunicação em massa, os abusos das técnicas de marketing e propaganda, a periculosidade, qualidade e

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços*: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, 2000. p. 65.

⁹⁶ Ibid., p. 62.

⁹⁷ “Assim como a revolução industrial do século XVIII marca uma das grandes descontinuidades da história, assim também o faz, do meu ponto de vista, a revolução correlata no consumo. Por que a revolução do consumidor foi o análogo necessário da revolução industrial, a convulsão necessária, no lado da demanda, da equação que tinha, no outro lado, a convulsão da oferta.” (TACHNER, Gisela. *Raízes da Cultura do Consumo*. Revista USP. São Paulo, 1997. p.143.)

⁹⁸ “O desenvolvimento econômico, com alto grau de industrialização/sofisticação tecnológica e grande concentração da atividade empresarial e de capitais, constitui fator decisivo na formação em larga escala, a abundância de produtos e serviços precisa ser absorvida pelo mercado como condição de sua própria realimentação.” (RIOS, Josué. *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 7.)

confiabilidade dos produtos e serviços postos no mercado, as informações fornecidas pelos fabricantes e distribuidores.”⁹⁹

Com relação a este panorama que deu ensejo ao consumerismo, Stiglitz reforça a necessidade de proteção do consumidor débil, ao afirmar que:

*La gigantesca fabricación en serie y en gran escala, a menudo carente de los recaudos de calidad y seguridad adecuados para la protección de la salud y el patrimonio del cliente. La creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de inmensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor hacia el acrecentamiento de su propensión a adquisición.*¹⁰⁰

O mercado não apenas cria produtos destinados ao consumo. Ele cria necessidades. Estas serão absorvidas, de forma inconsciente, pelos consumidores. Vários são os mecanismos utilizados pelo mercado para atingir este fim: a produção massificada de bens e serviços, os avanços tecnológicos industriais e a ampliação das informações em massa pelos meios de comunicação da cultura do consumo, que irão refletir sobremaneira na grande oferta daquilo que se consumirá¹⁰¹.

A sociedade dos consumidores é massificada, no entanto, paradoxalmente, sua marca é o individualismo. Este é utilizado pelo mercado para amoldar a pessoa no padrão de vida social que lhe convém, lhe proporcionando uma identidade de consumidor:

*La preciosidad reluciente y estandarizada del producto funciona como sucedáneo de la necesidad de identidad y de la demanda de sentido.[...] Las nuevas jerarquías sociales de los consumidores supérfluos y en los símbolos de status de la sociedad de masas. Un gran imperativo parece dominar sin discusión: “soy porque consumo”; “consumo porque todo está al alcance de mi mano, de mi deseo ilimitado de poseer”*¹⁰²

O mercado aduz que o sujeito contemporâneo é o soberano da relação de consumo¹⁰³, em vista que o consumidor tem o poder de escolha no momento de

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. *A Proteção do Consumidor na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 28.

¹⁰⁰ STIGLITZ, Rubén; STIGLITZ, Gabriel A.. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. p. 3.

¹⁰¹ “Un mundo marcado exclusivamente por la dimensión do posible. Pero esta apertura ao mundo de lo posible es también el signo de la debilidad estructural del hombre frente al exceso de posibilidades que el ambiente naturale le ofrece.” (BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 136.)

¹⁰² Ibid., p. 145-146.

¹⁰³ “O capitalismo é uma economia de mercado livre, na qual a soberania do consumismo (a liberdade para escolher de que fala Milton Friedman) determina todas as escolhas – feitas livremente no

adquirir ou de substituir objetos de consumo que não mais o satisfaçam. Contudo, o poder de escolha do consumidor é relativizado pela elegibilidade do que consumir pelo próprio mercado, fragilizando a pessoa do consumidor.

*En este triunfo de la mercancía absoluta se realiza la desaparición del sujeto, que ya no puede arriesgar ni su fragilidad ni su muerte por la simple razón de que há sido inventado para defenderse de ellas, mientras que, por outro lado, no sabe defenderse de la seducción del objeto que lo arrastra a la ruína frente a la objetividad de la mercancía, la posición de sujeto simplemente se há hecho insostenible.*¹⁰⁴

Quem dita as regras do consumo é o mercado, e quanto a estas o consumidor não é consultado. Milton Santos enfatiza que “o mercado vai impondo, com maior ou menor força, aqui e ali, elementos mais ou menos maciços da cultura de massa, indispensável, como ela é, ao reino do mercado, e a expansão paralela das formas de globalização econômica, financeira, técnica e cultural.”¹⁰⁵

O consumidor tem o poder de exercitar livremente o arbítrio do que vai consumir ou é submetido “a interesses econômicos maiores que se escondem por trás do marketing e da propaganda. Será o consumo uma arena de liberdade de escolha ou de manipulação e indução? Terá o consumidor efetivamente escolha? Ele é súdito ou soberano?”¹⁰⁶

Numa análise socioeconômica, Claudia Lima Marques crítica a afirmação de que o consumidor é soberano com relação ao mercado: “Aquele que era considerado o centro, o ‘rei’ do mercado, perdeu a centralidade, desconstruíram e manipularam sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e de marketing globalizados dos dias de hoje”.¹⁰⁷

mercado por cada um dos indivíduos que nele actuam –, decidindo, em último termo, à escala da economia como um todo, o quê, como e para quem se vai produzir.” (NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57).

¹⁰⁴ BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 136.

¹⁰⁵ SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização – do Pensamento Único à Consciência Universal*. 6ª. ed, Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 143.

¹⁰⁶ BARBOSA, Lívia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 35.

¹⁰⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 38. A autora fundamenta esta análise na obra de Peter V. Zima, *Theorie des Subjekts*, p. 216-276, da seguinte forma: “Mister destacar que o atual discurso do sujeito, na economia e na sociologia, é cheio de subjetividades, destaca falsas individualidades e identidades culturais, regionais e globais (basta pensar no marketing individualizado e regionalizado), e acabou por esclarecer que o (in)diví (duo), aquele que não é divisível na modernidade, o “rei” (l’homme n’est pás ici maître chez lui), perdeu a centralidade (Lacan-sujet décentré), tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem,

Não se pode avaliar o consumidor numa visão econômica de sujeito no mercado, pois há necessidade de considerar o marketing com métodos agressivos e sentimentais para efetivar a comercialização de produtos e a contratação de serviços. Fato que demonstra não serem os consumidores os soberanos do mercado, falácia que este utiliza largamente para promover a adesão de novos consumidores.¹⁰⁸

Albert O. Hirschman, ao analisar a ingerência do mercado para adaptar o consumidor às suas estratégias, alerta:

o conceito de “soberania do consumidor” com suas implicações de que os consumidores adquirem seus gostos independentemente e podem fazer com que os produtores se ajustem aos seus desejos através do destino que dão aos seus dólares no mercado, tem sido consideravelmente ridicularizada por John Kenneth Galbraith e outros, que destacam que os gostos dos consumidores são moldados pelas decisões de produção e propaganda das grandes empresas. A realidade primária, a ser levada em consideração, na análise do mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados.¹⁰⁹

Ressalta-se que a escolha do que será produzido, daquilo que será colocado à venda no mercado, depende das grandes estruturas do capital que agem pelo lucro e não pelas necessidades ou preferências das pessoas.¹¹⁰ Então, os consumidores não são soberanos, mas súditos do mercado¹¹¹.

É o consumidor manipulado pelo mercado, por isso debilitado na sua liberdade. O mercado se faz em torno do consumidor e acaba recrutando-o para consecução

imaginário, no jogo do mercado, foi descontruído (“das dezentrierte subjekt als Unterworfenen und Zerfallendes”).

¹⁰⁸ Ibid., p. 35.

¹⁰⁹ HIRSCHMAN, Albert. *De Consumidor a Cidadão*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. p. 14.

¹¹⁰ “A realidade primária, a ser levada em consideração, na análise do mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados.” (COMPARATO, Fabio Konder. *A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. In *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XIII, 1974, p. 89.)

¹¹¹ “O Consumidor não é hoje ‘soberano’ em qualquer sentido útil.[...] Por isso Galbraith propõe que a ciência econômica abandone a óptica da soberania do consumidor e adote a óptica da soberania do produtor. Por isso, contra a lógica perversa da sociedade de consumo (em que as necessidades das pessoas e o consumo destinado a satisfazê-las são mero pretexto para proporcionar abundantes lucros aos grupos monopolistas market makers), muitos autores sustentam hoje que os direitos dos consumidores devem ser direitos constitucionalmente protegidos (o que já se verifica, aliás, em várias Constituições), porque por aqui passa a liberdade e o bem-estar das pessoas e a própria vida democrática.” (NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.)

de seus fins. Como salienta Gherzi “a estrutura do consumo que foi organizada com base na publicidade indutiva, de tal forma que a produção, indução e consumo conformam uma trilogia indivisível, destinada à dominação do consumidor, daí a transcendência da defesa de seus direitos”.¹¹² Por óbvio, o sentido tutelar do direito, neste campo, deve dirigir-se ao economicamente fraco.¹¹³

A debilidade do consumidor no mercado de consumo dá ensejo ao resgate histórico-evolutivo do instituto de direito privado *favor debilis*.¹¹⁴ Tal é descrito por Claudia Lima Marques, como ponto fundamental para a proteção do sujeito da contemporaneidade:

Esta evolução só pôde ser feita limitando-se os poderes do credor e do crédito, em um novo equilíbrio entre direitos e deveres oriundos dos contratos, limitando a liberdade de atuação de uns na sociedade, os credores, e assegurando direitos mínimos aos outros, os devedores. Aparece assim uma nova definição de igualdade dos mais fracos no direito privado, igualdade não apenas formal (na lei ou frente à lei), mas material ou total, uma igualdade dos desiguais (tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais).[...]a re-equilibrar esta relação intrinsecamente desequilibrada, assegurando direitos para os mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado.¹¹⁵

A debilidade do sujeito consumidor nas relações de consumo é flagrante. Contudo, é o próprio mercado que o debilita, mascarando sua liberdade, pois o consumidor a possui apenas para escolher aquilo que lhe foi criado e imposto.¹¹⁶

O mercado impinge as mercadorias e serviços aos consumidores sem que haja igualdade. Por isso o resgate do princípio do *favor debilis* como meio de suplantar estas agruras do sujeito débil da contemporaneidade.¹¹⁷

¹¹² GHERSI, Carlos A.. *A Sociedade de Consumo como Processo Sócio-Econômico*. Revista Tribunal Regional Federal 3ª. Região. São Paulo, Maio e Junho, 2006. p. 28.

¹¹³ COMPARATO, op. cit., p. 90.

¹¹⁴ “Os critérios jurídicos atuais pregam a proteção do contratante débil, através da invalidez de cláusulas e a interpretação favor debilis.[...]A noção de consumidor se relaciona com o ato de consumo. Leva em consideração especificamente a posição de debilidade estrutural do mercado.[...] uma posição permanente.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 140.)

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 32.

¹¹⁶ “A lógica da sociedade de consumo em que as necessidades são um mero pretexto para vender aquilo que se produz: se não há necessidades, inventam-se, e os desejos ‘produzem-se’ ao mesmo tempo que os bens.” (NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.)

¹¹⁷ “O favor debilis é, pois, a superação da idéia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal que todos sejam iguais na sociedade, é o reconhecimento (presunção de

A debilidade do sujeito consumidor é identificada por Barcellona¹¹⁸ como a fraqueza da liberdade e dos direitos humanos. O sujeito central fica à margem, perde valor, não possui autodeterminação, apenas a liberdade de eleição do que é ofertado para o consumo.¹¹⁹

Este autor, ao analisar a evolução do sujeito na sociedade, de proprietário a consumidor, considera-o, respectivamente, como originário e débil, uma vez que a visão clássica de proprietário foi substituída pela propriedade de objetos de consumo:

Es un proyecto reconducible a una especie de metamorfosis del “sujeto originario”- en este caso, el burgués propietario – que, por así decir, imprime al proceso la dirección en la que debe marchar y después se deja absorber e incluir en los mecanismos de la objetivación, para ser restituído finalmente en términos aparentemente distintos y sin embargo marcados por aquel origen (en términos que lo hacen aparecer como más “débil”, que el sujeto originário).¹²⁰

Verifica-se que o consumidor é o agente central da sociedade contemporânea, e que o mercado gira em torno dele. Todavia, o mercado o formata e o relega a patamar de mercadoria – a reificação do consumidor consumada está. Fica em evidência que este sujeito social-econômico é débil, é carente nas suas relações.

vulnerabilidade – veja art. 4º, I, do CDC) de que alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica mais forte (em alemão, Machtposition), detêm mais informações, são experts ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros, reconhecimento de que os “outros” geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas da contratação de massa ou os materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são pois mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos. É a vulnerabilidade que aqui chamaremos de vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica (ou econômica), vulnerabilidade fática (ou monopolística) e vulnerabilidade informacional.” (MARQUES, op. cit., p 33.)

¹¹⁸ “Paradójicamente, en la época en la que parece conseguirse el máximo reconocimiento de la libertad y los derechos humanos, el individuo que debería ser su titular parece reducirse a un residuo externo a la trama de las cualificaciones y determinaciones positivas, a algo “descartado” del sistema de los modelos y los roles.” (BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 90.)

¹¹⁹ “De este modo, la sociedad ha producido un hecho nuevo, por decirlo en términos sintéticos, ha eliminado la contingencia fuerte, há hecho posible una enorme contingencia débil, difusa en el sistema; porque es un sistema flexible, elástico, móvil, y trae a la mente la persecución por los pasillos de el año pasado en Marienbad: una totalidad sin punto arquimédico, sin centro. [...]Paradójicamente, el sistema social basado en la diferenciación funcional consigue el máximo de libertad pensable precisamente porque niega cualquier posibilidad de concebir al hombre o a la persona como valor y reduce la libertad a mera contingencia: el individuo vivo es pura realidad factual frente a la cual se sitúa un sistema de acciones, de roles y de funciones, con el que el individuo puede entrar en relación alternativa y simultáneamente.[...] La libertad individual parece definirse en términos de libertad de elección entre más objetos a consumir.” (Ibid., p. 127-132.)

¹²⁰ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 90.

Para suprir esta vulnerabilidade frente ao mercado é que se constituiu pelo ordenamento jurídico um direito fundamental para defesa do consumidor. Na intenção precípua de impor limites ao livre mercado, aos detentores do capital econômico.¹²¹

Uma forma de exemplificar a fragilizada relação do consumidor frente ao mercado é o contrato de consumo, que se dá por adesão. Neste as condições são impostas unilateralmente pelo fornecedor, obstando a liberdade de contratação do consumidor. Para amenizar esta desigualdade real há que ser assegurada à parte débil a aplicação de mecanismos que possam equilibrar a relação contratual para efetivar a aplicação de um tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Não se pode olvidar que o objetivo do mercado é puramente econômico, o que leva o consumidor a consumir cada vez mais, e de forma sistemática, bens de consumo supérfluos, não vitais para o seu cotidiano, ocasionando a sua *comodificação* e alimentando o mercado econômico. Mas não é por isso que se pode expor o sujeito vulnerável, relegando sua dignidade pessoal ao simples valor de troca.

Diante deste quadro analisar-se-á as exigências necessárias de limitação do processo social-econômico do consumo para a proteção e defesa dos direitos da pessoa do consumidor¹²² como uma forma de atenuar os abusos e excessos irrazoáveis perpetrados pelo mercado, que impõe o modelo de vida em sociedade ao seu talante.

¹²¹ “Uma liberdade que é sempre subordinada aos objetivos econômicos do mercado. [...] A desenfredda liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar “na água gélida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa” e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 502-503.)

¹²² “O consumidor, antes mesmo de ser agente econômico, é pessoa e como tal deve ser tutelada.” (CICCO, Maria Cristina de. *A Pessoa e o Mercado*. In TEPEPINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 107.)

Desta forma, para que não seja afetada a dignidade humana da pessoa do consumidor¹²³, foi consagrado o direito fundamental para que este seja protegido e defendido.

¹²³ “A vulnerabilidade da contraparte do predisponente se traduz não só em termos econômicos, intelectuais ou técnicos, mas também na necessidade de satisfazer exigências e necessidades no mais das vezes criadas artificialmente “pelo martelar publicitário” incessante dos meios de comunicação que, através de campanhas publicitárias perversas, induz os consumidores a perseguir sistemas de vida freqüentemente inalcançáveis pela média, gerando problemas de superendividamento. A publicidade nesse caso incide sobre a dignidade da pessoa com o objetivo de induzi-lo a comprar.” (Ibid., p. 111.)

PARTE II - O DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PARTICULARES

Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.¹²⁴

Desenvolvidas as ideias anteriores como premissas de contextualização do consumo se abre, neste passo, a necessidade de introduzir as alavancas explicativas da defesa do consumidor como direito fundamental.

Isso será feito a seguir, iniciando-se pela tutela do consumidor e mirando a eficácia desse direito fundamental nas relações interprivadas.

¹²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5.

CAPÍTULO II.1 – A Defesa do Consumidor Constitucional

Tomando como premissa de contextualização uma sociedade essencialmente fundada no consumo, nela as relações têm como partes o consumidor e o fornecedor; este é o detentor dos meios de produção e dos instrumentos para a circulação das riquezas, e aquele se reduz a estar à margem das imposições do processo mercantil contemporâneo que reifica e debilita a pessoa de ‘carne e osso’ que está por detrás do liame consumista.

Nesse contexto, o consumo informa a construção do tecido social e, por isso mesmo, os poderes constituídos no âmbito do Estado, nomeadamente na seara legislativa, edificam um direito que emerge como fundamental a esse *modus vivendi*.

Tal direito é configurado na própria esfera do consumo e, como soa vital a existência de um sujeito que, por ação ou omissão, movimenta as relações de consumo, é a sua defesa elemento nuclear desse modelo social. Daí nasce uma das possibilidades de compreender como, na Constituição Federal de 1988, proclamou-se, na ordem econômica do mercado, a promoção da defesa do consumidor.

Como meio de atuar na relação de consumo, o Direito, através da Constituição Federal, firmou a defesa do consumidor como um direito fundamental. Para que o consumidor, sujeito débil da relação jurídica, não sofra por demais, com a sua sujeição ao mercado. Uma das prerrogativas do direito fundamental é impor limites ao mercado, por intermédio de valores aos quais devem se submeter às partes privilegiadas, no intuito de amenizar as desigualdades e a falta de liberdade do agente social e econômico da atualidade.

Nesse sentido, se faz necessário auferir do direito fundamental de defesa e proteção do consumidor uma análise conforme a teoria dos direitos fundamentais, para fazê-lo expandir sua reflexividade normativa por todo ordenamento jurídico. É possível colher a sua legitimidade por seu conteúdo formal e material, bem como por sua perspectiva objetiva e subjetiva, além da qualidade de norma definidora de direitos.

A fundamentalidade da defesa do consumidor vem em consonância com o aspecto marcante da atual sociedade, qual seja, o consumo de bens e serviços ditados pelos interesses econômicos do mercado, o que pode repercutir na reificação do consumidor e na sua debilidade permanente. Para minorar os efeitos deste fato social em prol da pessoa e da coletividade é que a defesa do consumidor se justifica como um direito fundamental, primordial ao equilíbrio dessas relações sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet, que dentre nós aprofundou a teoria dos direitos fundamentais, consagra a legitimidade desses direitos vinculando-os

às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.¹²⁵

Identifica-se a intenção do constituinte brasileiro de erigir a norma fundamental de defesa do consumidor, fixando-a no centro de nosso ordenamento como um instrumento jurídico que possui a finalidade de amenizar e de atenuar as agruras da desigualdade e da falta de liberdade ou de autodeterminação¹²⁶ que os consumidores enfrentam no seu cotidiano.

Verifica-se que a defesa do consumidor é um direito fundamental. Este reconhecimento advém “da efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.”¹²⁷

O ato de consumir nunca ostentou o destaque na sociedade como na atualidade. Passou a ser quase ou praticamente uma condição humana.¹²⁸ Por isso

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39.

¹²⁶ “Os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam a proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados.” (Ibid., p. 76).

¹²⁷ Ibid., p. 57.

¹²⁸ “Nessa perspectiva, a característica dos direitos do consumidor como direitos humanos revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade do consumo.” (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências Jurídicas de um Conceito*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 43, 2002. p. 121.)

foi realçada a direito fundamental do indivíduo e da coletividade¹²⁹. Tal direito atua no exercício de proteção da dignidade da pessoa¹³⁰ que pratica o consumo, para impor limites ao livre mercado.

Neste diapasão de idéias reconhece-se a defesa do consumidor como um direito fundamental vital para a sociedade hodierna. A sua formalização no texto constitucional externa a sua legitimação, em vista da necessidade que o ser humano tem de consumir bens e serviços e de ser protegido contra os atentados que podem ser praticados pelo mercado, que visa o lucro e o aumento do capital. Tal direito fundamental tem como objetivo atenuar o desnível de igualdade e de liberdade adstritos à relação de consumo.

Desta forma se dá o reconhecimento legítimo da defesa do consumidor como um direito fundamental, em vista que consumir tornou-se uma necessidade básica do ser humano. Além disto, esse assento de fundamentalidade é necessário para o fim de mitigar a ingerência do mercado, que detém os meios de produção para o desenvolvimento econômico na vida dos consumidores.

A formalização do princípio de defesa e proteção do consumidor tem espaço na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

O consumidor em destaque no enunciado constitucional é a pessoa que consome. A sua dignidade, à parte os ditames econômicos do mercado, deve ser preservada e concretizada por intermédio deste direito fundamental.

O direito fundamental de defesa do consumidor no ordenamento jurídico é revelado por sua supremacia normativa, quer no campo da positivação

¹²⁹ “O termo “direitos fundamentais” se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.)

¹³⁰ “Os direitos fundamentais são, em verdade, a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.” (Ibid., p. 75.)

(fundamentalidade formal)¹³¹, como também na seara do seu conteúdo essencial (fundamentalidade material)¹³².

Em sede de argumentação, tem-se que o aspecto formal dos direitos fundamentais foi consagrado quando pela primeira vez constou no texto constitucional um rol de direitos naturais neste patamar jurídico. Assim foram destacados os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade do ser humano vinculado aquele Estado.¹³³

Para que o elemento formal de tais direitos se efetive é imprescindível a fundamentalidade material que exprime parâmetros axiológicos vinculantes na ordem constitucional, garantindo a força ativa deste direito fundamental, conforme salientado por Konrad Hesse:

A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida.¹³⁴

¹³¹ Quanto à fundamentalidade em sentido formal, Ingo Wolfgang Sarlet giza “que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 34.)

¹³² “Neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico. [...] somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.” (Ibid., p. 63-81).

¹³³ “Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade no sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791.” (Ibid., p. 47.)

¹³⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

A defesa do consumidor possui um conteúdo essencial¹³⁵, que se exprime através da sua fundamentalidade material, como sendo o reconhecimento da debilidade do consumidor para impor ao mercado a ética nas relações consumo; bem como procedimentos adequados e suficientes para ensejar uma melhor informação, segurança, qualidade, publicidade e confiabilidade.

Emerge com relevo a vinculação entre dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da defesa do consumidor, tendo em vista que a Constituição Federal foi basilada pelo Estado Social Democrático de Direito, que por sua vez tem como fundamento mor o princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁶; esse princípio permeia todo o sistema de direitos fundamentais, que não podem ser desvinculados à dignidade da pessoa, pois são inerentes a ela, por serem instrumentos de sua concretização.¹³⁷

¹³⁵ Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva o conteúdo essencial dos direitos fundamentais detém duas dimensões. Uma é a objetiva: “O conteúdo essencial de um direito fundamental, na dimensão objetiva, deve ser definido a partir do significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o torne sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.” A outra é a subjetiva: “visa proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais contra uma excessiva restrição, pois os direitos fundamentais, ao menos numa função de defesa, tem como escopo proteger condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção ocorresse apenas no plano objetivo. Isso porque uma restrição ou uma eliminação da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete a sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto, mas permanece o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual.” Além disto, tem um caráter absoluto: “deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que possam haver em sua restrição. O conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito fundamental.”; Outro caráter absoluto dinâmico: “é o fator de que o seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo, ou seja, apesar de ser absoluto ele não imutável, o absoluto implica que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências.” E um caráter absoluto vinculado à dignidade da pessoa humana: “possui uma inserção como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais, e segundo Vieira de Andrade, o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais seria a dignidade da pessoa humana, isso porque a dignidade seria a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material.” (SILVA, Luis Virgílio Afonso. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 244-249.)

¹³⁶ Art. 1º. – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados Membros e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana;

¹³⁷ “Verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos

O direito fundamental da defesa do consumidor encontra-se no ápice normativo de nosso ordenamento jurídico.¹³⁸ Seu conteúdo essencial não pode ser aviltado, por exprimir valores constitucionais que integram a sua fundamentalidade material; consagrando-o como norma definidora de direitos e garantias, ao teor do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.¹³⁹

A defesa do consumidor constitucional, por sua condição de norma definidora de direitos e garantias, possui aplicabilidade imediata em nosso ordenamento. Tem capacidade, por si só, de gerar efeitos jurídicos com eficácia direta e plena. Assim, resta descartada a possibilidade da programaticidade desta norma de direito fundamental,¹⁴⁰ que se enraíza em nosso ordenamento com uma força visceral, erigindo-se como uma cláusula pétrea¹⁴¹ em conformidade com o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Lei Fundamental.¹⁴²

Essa condição da defesa do consumidor como norma de direito fundamental, com inserção direta e imediata em nosso ordenamento jurídico, abre um embate doutrinário quanto à sua eficácia. Em vista que o dispositivo do inciso refere-se à defesa do consumidor como um dos objetivos a serem promovidos pelo Estado, na forma da lei. Por isto não poderia ser auto-aplicável para produzir efeitos jurídicos.

O direito fundamental de defesa do consumidor seria assim uma norma-tarefa, uma norma-programa. Todavia, não se pode colher de um direito fundamental a caracterização de norma programática, pois isto feriria o conteúdo normativo do § 1º,

fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.)

¹³⁸ “Os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica.” (Ibid., p. 71.)

¹³⁹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”

¹⁴⁰ “Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo como o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.)

¹⁴¹ “Como primeiro efeito desta localização topográfica do direito do consumidor no texto constitucional, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional neste setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído.” (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 35.)

¹⁴² “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...] IV – os direitos e garantias fundamentais.”

do artigo 5º, da Constituição Federal. Gomes Canotilho afirma que nenhuma norma constitucional pode ser considerada programática:

Marcando uma decidida ruptura com a doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõe uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas.... Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória.[...] Todas as normas são actuais, isto é, tem uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, simples declarações a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor. ¹⁴³

Isto significa que a defesa do consumidor que o Estado promoverá, na forma da lei, não retira a altivez jurídica deste direito fundamental. Ingo W. Sarlet esclarece de forma apropriada que os direitos fundamentais podem ser considerados garantias fundamentais. Nesse sentido, a defesa do consumidor seria um direito-garantia fundamental:

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista a proteção de outros direitos...É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido. É importante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva) podem ser consideradas autêntico.¹⁴⁴

¹⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1140.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 183.

Comprova-se que a defesa do consumidor é um direito fundamental e uma garantia que se tornará instrumentalizada via processo legiferante, na forma do artigo 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias.¹⁴⁵

Essa garantia da feitura legislativa não absorve a eficácia plena e direta deste direito fundamental, que possui a qualidade de norma definidora de direitos com aplicabilidade direta e imediata e valores com efeitos vinculantes em toda a normatividade.

Buscando, ainda, afirmar a defesa do consumidor como um direito fundamental, tem-se as perspectivas objetiva e subjetiva de sua fundamentalidade, que é mister serem observadas, pois trazem consigo, por meio do princípio da unidade constitucional¹⁴⁶, um aparato de valores dirigentes da sociedade e do Estado, ligados à dignidade da pessoa humana, à solidariedade, à liberdade e à igualdade, nos quais a defesa do consumidor esta adstrita¹⁴⁷.

Os direitos fundamentais manifestam duplo caráter: um subjetivo individual atado aos direitos individuais de defesa e sociais, e outro objetivo que transcende aqueles por conter princípios axiológicos,¹⁴⁸ que transitam por toda unidade do sistema.¹⁴⁹

¹⁴⁵ “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborar à código de defesa do consumidor.”

¹⁴⁶ “O objetivo primordial do princípio da unidade da Constituição é o de evitar ou equilibrar discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais. A interpretação constitucional, ao ser balizada pelo princípio da unidade da Constituição, tem por fundamento a consideração de que todas as antinomias eventualmente determinadas serão sempre aparentes e solucionáveis, tendo em vista a busca do equilíbrio entre as diversas normas constitucionais. As normas constitucionais em tensão têm de ser harmonizadas, equilibradas. A busca do equilíbrio dentro do sistema constitucional tem por objetivo primordial que todos os seus preceitos obtenham efetividade.” (BERCOVICI, Gilberto. *O Princípio da Unidade da Constituição*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 37, n. 145, 2000. p. 97.)

¹⁴⁷ “Os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte.” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os Chamados Microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: UERJ, n. 6-7, 1998-1999.)

¹⁴⁸ “O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que “na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa”. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205.)

¹⁴⁹ “Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais se revela nos direitos de defesa dos interesses do indivíduo em face dos poderes públicos. São os direitos civis à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade. Mas, também, encontra-se presente nos direitos sociais, que exigem uma atuação positiva dos entes estatais.

Já a perspectiva objetiva está para além da subjetivação dos direitos fundamentais, pois carrega consigo elementos axiológicos, os quais norteiam a ordem de valores fundamentais constitucionais e mais uma força jurídica, com eficácia irradiante¹⁵⁰, que expande seu alcance por toda normatividade infraconstitucional¹⁵¹.

Essa face objetiva dos direitos fundamentais transcende a perspectiva subjetiva, pois reconhece conteúdos valorativos que se vinculam aos direitos subjetivos individuais: “A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado.”¹⁵²

Vê-se, desta forma, que o direito fundamental de defesa e proteção do consumidor é um direito subjetivo da pessoa, mas também é um valor que se insere no seio da sociedade, permeando todas as relações de consumo.

natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos....passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 143.)

¹⁵⁰ Termo utilizado pela doutrina alemã para enfatizar a força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, “no sentido que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148.)

¹⁵¹ “Como uma das implicações associadas a dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmos os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.[...]Os direitos fundamentais na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis demais atos normativos estatais.” (Ibid., p. 146-147.)

¹⁵² Ibid., p. 146.

Proteger o desigual é o princípio que governa a defesa do consumidor pela sua vulnerabilidade, donde se extrai direitos básicos como os relativos à informação, à segurança, à qualidade dos produtos e serviços, à boa-fé, à publicidade não atentatória, à inversão do *onus probandi*, dentre outros.

Após a análise da fundamentalidade formal e material, e da dimensão subjetiva e objetiva do alcance do direito fundamental da defesa do consumidor em nosso ordenamento, faz-se necessário identificar em que dimensão dos direitos fundamentais encontra-se arraigada a defesa do consumidor.

Impende registrar que as fases evolutivas dos direitos fundamentais estão vinculadas às transformações havidas no Estado moderno. Sua fundação de Estado liberal até sua passagem a Estado Social.

Essas transformações repercutiram na sociedade civil, com os reconhecimentos dos direitos individuais e sociais. Além disto, é bom frisar, os avanços tecnológicos aplicados nos processos industriais redundaram em mudanças na organização da economia e da vida social. Marcando, assim, o reconhecimento de novas necessidades básicas do homem, no seu viver em sociedade.

Diante disto, tem-se que os critérios fundamentais podem ser apresentados, sem embargos de outros critérios, em três dimensões: 1ª - os direitos civis e políticos¹⁵³; 2ª- Os direitos sociais (trabalho, assistência social, saúde e educação), econômicos e culturais¹⁵⁴; 3ª - os direitos coletivos e difusos¹⁵⁵. Ressalta-se que as

¹⁵³ “De marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder....Mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significados diferenciados.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.)

¹⁵⁴ “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado...Caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais....estes direitos fundamentais, não se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material.” (Ibid., p. 51.)

¹⁵⁵ “Também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos...sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. [...] Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo.” (Ibid., p. 54.)

três dimensões atuam entre si não de forma antagônica ou sobreposta, mas de forma integrada e cumulativa.¹⁵⁶

A primeira dimensão é baseada no constitucionalismo liberal burguês do séc. XVIII, de caráter individualista e remarca a afirmação dos direitos do indivíduo frente ao Estado. Atua como direitos de defesa, de não intervenção do Estado em face da autonomia individual, de abstenção do poder estatal e não de uma conduta positiva, por isso são chamados de direitos negativos, por serem de resistência perante o Estado. Elenca-se nesta primeira dimensão os direitos civis e políticos: à vida, à propriedade, às liberdades, à igualdade e à participação eleitoral (votar e ser votado).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais configura-se na participação ativa do Estado para a realização dos fins sociais e da justiça social. Nesta geração o poder estatal intervém, de forma positiva, na esfera das liberdades individuais para o bem estar social. Outorga direitos prestacionais do Estado aos indivíduos, como por exemplo: à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho e a economia.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais se desprende do homem-indivíduo como seu titular. Destina-se a proteção de grupos humanos com direitos de titularidade coletiva ou difusa. Todavia, não deixa de ser o gênero humano o seu destinatário precípua, pois se vincula às novas reivindicações do homem de caráter transindividual, atuando contra a ingerência do Estado e de particulares, e neste passo são considerados direitos fundamentais defensivos. Dizem respeito ao povo, nação, família, meio ambiente, qualidade de vida.

Dentre tais dimensões, se ajusta o direito fundamental de defesa do consumidor na terceira dimensão, em vista de tratar-se da defesa e proteção de um grupo de pessoas, de uma coletividade¹⁵⁷. Todavia, é de notar-se que a defesa do consumidor possui algumas similitudes com os direitos fundamentais da segunda dimensão, por se tratar de uma intervenção estatal em benefício da pessoa do consumidor, e dos consumidores na sua coletividade, para limitar a livre iniciativa.¹⁵⁸

¹⁵⁶ “Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância.” (Ibid., p. 49.)

¹⁵⁷ “Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais. Poder-se-ia cogitar também do art. 5º, inciso XXXII (prevê a proteção do consumidor).” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.)

¹⁵⁸ “Constata-se que no capítulo dos direitos individuais e coletivos é possível encontrar até mesmo normas de conteúdo impositivo, como demonstra o exemplo da proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII).” (Ibid., p.162.)

É possível constatar, nessa linha de raciocínio, que as dimensões dos direitos fundamentais interagem e se integram mutuamente, ou seja, uma não anula a outra.¹⁵⁹ No caso da defesa do consumidor, este direito fundamental é destinado não tão somente à proteção da pessoa, mas à proteção do gênero humano em sua titularidade coletiva, determinável ou não.¹⁶⁰ Também carrega consigo uma ação positiva do Estado, a de intervir na relação de consumo em prol do consumidor, sujeito fraco do liame consumista, pois como dito na norma fundamental é o Estado que promoverá a defesa do consumidor, por intermédio de lei. Esta é uma prestação normativa-jurídica e fática-material de proteção¹⁶¹, destacada nos direitos de segunda dimensão.

Para exemplificar esta nuance da defesa do consumidor como integrante da segunda dimensão dos direitos fundamentais, tem-se a expressão da garantia fundamental descrita no inciso XXXII, do artigo 5º: “o Estado promoverá, na forma da lei”. Esta se configura na prestação do poder público em elaborar lei que propicie a defesa e proteção do consumidor frente aos abusos praticados pelo mercado (prestação jurídica); como também determina ao Estado promover, através de uma atuação positiva, a defesa do consumidor em vista da desigualdade que impera na relação de consumo (prestação fática)¹⁶².

¹⁵⁹ “Não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente.” (Ibid., p.203.)

¹⁶⁰ “Os assim denominados direitos coletivos não podem ser usufruídos pelo indivíduo isoladamente, na medida que pressupõem uma atuação conjunta de mais de uma pessoa individual, continuando a ser, neste sentido, direitos individuais, de tal sorte que a coletividade passa a ser apenas um instrumento para o exercício do respectivo direito coletivo. Algo diferente ocorre, contudo, quando nos deparamos com os assim chamados direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade), os quais efetivamente tiveram sua titularidade, ao menos em princípio, outorgada à coletividade (ou entes coletivos), e não à pessoa individual, como demonstram os exemplos do direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo justamente esta titularidade coletiva que costuma ser utilizada como critério básico para estabelecer a distinção entre estes direitos e o das duas dimensões anteriores.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 174.)

¹⁶¹ “Primeira e importante classificação distingue os direitos prestacionais conforme o seu objeto, dividindo-se em direitos à prestações jurídicas (ou normativas) e direitos à prestações fáticas (ou materiais).[...] Englobando também a categoria dos direitos de proteção de posições jurídicas fundamentais de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado.” (Ibid., p. 191.)

¹⁶² “O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma

A promoção da defesa do consumidor pelo Estado tem por fim coibir abusos, excessos, atos desleais praticados pelos fornecedores contra os consumidores face ao desequilíbrio inerente desta relação. Para demonstrar esta atuação (conduta positiva) do ente estatal em prol da defesa dos consumidores, foram criadas agências reguladoras para regular, controlar e fiscalizar alguns setores da economia de consumo. Dentre elas destacamos a ANATEL (Agência Nacional da Telefonia), a ANEL (Agência Nacional da Energia Elétrica), a ANS (Agência Nacional de Saúde) e a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil).

O Procon (procuradoria do consumidor) é o órgão do Poder Executivo, dos Estados e municípios, que visa exercer uma atuação efetiva, no âmbito administrativo e judicial, de interesse individual e coletivo dos consumidores, para incutir nos fornecedores a prática de atos em conformidade às normas protetivas do consumidor¹⁶³.

É ressaltada, neste aspecto, a relevância social do direito fundamental de defesa do consumidor – o que é fator determinante para aclamar o Estado como seu promotor - pois o modelo da vida social contemporânea é permeado pelo consumismo em massa, que tem caráter coletivo e difuso.

Denota-se, assim, que a defesa do consumidor detém especificidades tanto da segunda como da terceira dimensão dos direitos fundamentais. Há um caráter híbrido na defesa constitucional do consumidor, em vista que também se pode haurir de seu conteúdo essencial direitos subjetivos da primeira dimensão. Importa frisar que este direito fundamental, apesar da inter-relação com as demais dimensões, se sobressai como de terceira dimensão pela repercussão que o consumo tem na vida em sociedade.

igualdade sem liberdade.” (Ibid., p.202.)

¹⁶³ “Alguns dos dispositivos processuais oferecidos ao consumidor contribuem sobremaneira a emprestar maior eficácia social à norma. Há de se destacar nessa seara os dispositivos reguladores das ações coletivas que permitem a dedução em juízo de questões que a princípio não teriam como ser levadas ao conhecimento do judiciário pela via tradicional. Na medida que a lei legitima determinados entes para a defesa dos interesses transindividuais permite que, através do judiciário, uma gama maior de normas seja implementada...Ou seja, na medida em que as normas se tornam realidades sociais é que os fornecedores atuarão no sentido de mitigar os efeitos negativos da implementação normativa, assumindo uma postura de prevenção, mas coerente e menos onerosa do que uma postura de reparação.” (ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos do Consumidor: Um Caminho para a Eficácia Social da Norma dentro de um Modelo Garantista*. In: GARCA, Emerson (coord). *Efetividade dos Direitos Sociais*. GARCIA. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 267.)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, promulgou o parâmetro garantidor da defesa dos consumidores como um direito fundamental que possui um conteúdo essencial vinculado à dignidade da pessoa humana. Expressando valores e princípios para proteção da pessoa (sujeito débil) das relações de consumo, que pela sua supremacia, penetra em todo ordenamento jurídico.

A proteção plena da pessoa do consumidor no mercado de consumo, por meio da irradiação do conjunto de valores e princípios constitucionais, vigora para dirimir a desigualdade inerente neste liame, o que legitima a fundamentalidade deste direito.

CAPÍTULO II.2 - A Eficácia do Direito Fundamental de Defesa do Consumidor

A proteção do consumidor é adstrita à terceira dimensão dos direitos fundamentais, e se caracteriza como direito de proteção coletiva. A positivação do direito fundamental de defesa e proteção do consumidor fez surgir um direito novo, formalmente prescrito no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, o que vem a demonstrar, em vista do contexto atual social, a premente necessidade de amparar o sujeito da contemporaneidade e a massa destes sujeitos.

É necessário aferir em que medida a eficácia do direito fundamental de defesa do consumidor se manifesta em nosso ordenamento. A doutrina desenvolveu teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais, classificando-a como plena ou limitada (direta ou indireta).

O direito fundamental de defesa do consumidor constitucional, sob à ótica da eficácia limitada, só teria efetividade por meio da intervenção do processo legislante. Por ser considerada norma-programa, não possui, assim, eficácia plena (conteúdo eficaz pleno por intermédio de legislação infraconstitucional).

Todavia, no intuito de buscar a efetividade jurídica do direito fundamental de defesa do consumidor, no plano concreto da vida em sociedade, é importante frisar que este postulado contém valores e princípios da unidade constitucional. Essa força normativa só será devidamente exercida com a eficácia plena de seu comando.

A inscrição da defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade na Constituição Federal tem por escopo a proteção da pessoa. Por sua centralidade no ordenamento, exerce uma força motriz, própria dos direitos fundamentais, que determina a sua dimensão objetiva de valores e princípios em benefício do consumidor.

O consumidor da atualidade passou de ser considerado mero indivíduo para tornar-se, também, um integrante da coletividade. Mas, de maneira alguma, perdeu sua personalidade humana e sua subjetividade - o que enfatiza a necessidade de

uma maior força normativa do direito fundamental, para a efetivação de sua fundamentalidade material¹⁶⁴.

A eficácia do direito fundamental de defesa do consumidor não deve ser guiada apenas pela forma de sua positivação, mas, prevalentemente por sua fundamentalidade material. O artigo 5º, inciso XXXII, estabelece: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Essa descrição ‘*na forma da lei*’ poderia denotar que a defesa do consumidor não é definidora de direitos e garantias fundamentais, caracterizando-se como norma programática¹⁶⁵, e assim não teria aplicabilidade imediata e eficácia plena. Nesse caso, a eficácia seria limitada, ficando subordinada ao trabalho legislativo¹⁶⁶.

Deriva desta análise que o direito fundamental de defesa do consumidor é a própria lei que o instrumentaliza (Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal n. 8.078/90); não é uma norma definidora de direitos, ficando adstrito aos conteúdos da norma-código.

Isso seria inadmissível num sistema constitucional que prioriza a aplicabilidade imediata e a eficácia plena dos direitos fundamentais:

O art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-

¹⁶⁴ “Pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente as demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 250.)

¹⁶⁵ “As normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam...uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.” (Ibid., p.269.)

¹⁶⁶ “A Constituição, ao determinar no art. 48 do ADCT a realização de um Código de Defesa do Consumidor, estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficaz da norma constitucional consagradora do direito fundamental (art. 5º, XXXII), que tinha seus efeitos integrais condicionados a produção da lei – portanto, norma de eficácia limitada.” (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências Jurídicas de um Conceito*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, 2002. p. 123.)

se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente as demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia. [...] Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade.¹⁶⁷

A eficácia da defesa do consumidor constitucional deve se pautar no conteúdo material deste direito. Este exprime a dimensão objetiva que visa dirimir uma desigualdade intrínseca na relação consumista, em vista que o fornecedor de produtos e serviços encontra-se numa posição vantajosa, o que ocasiona a fragilidade e a vulnerabilidade da pessoa consumidora.¹⁶⁸

O Direito fundamental de defesa do consumidor anuncia um dever estatal de erradicar a desigualdade entre as partes da relação de consumo, em vista da evidente desproporção das forças atuantes e sua relevância social. É uma tarefa do Estado implementar a proteção do consumidor, por meio de intervenções normativas e fáticas. Não é por isso que se deve negar a aplicabilidade e a eficácia plena deste direito fundamental.

A defesa do consumidor constitucional descrita no rol do catálogo dos direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata por ser uma norma definidora de direitos e garantias, de acordo com o disposto no § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de um direito subjetivo que é fortalecido pela dimensão objetiva, que traz consigo um conjunto de valores e princípios constitucionais que se agregam ao direito fundamental e se expandem por todo o ordenamento.

Desta forma, a lei infraconstitucional de defesa do consumidor é uma garantia que tem a função de concretizar o direito fundamental de defesa do consumidor. Assim, o Código de Defesa do Consumidor se constitui em norma acessória que se encontra vinculado ao direito fundamental que o governa¹⁶⁹.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 251.

¹⁶⁸ “Consumidor é em regra, aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 280.)

¹⁶⁹ “Verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para a defesa dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 183.)

A descrição “*na forma da lei*” do inciso XXXII, do artigo 5º da Constituição se configura, também, em garantia individual e coletiva, pela prestação estatal de elaborar um produto legislativo com regras de direito material, administrativo, penal, procedimental e processual. Tais instrumentos visam materializar o direito fundamental da pessoa consumidora.

A independência do direito fundamental quanto ao Código de Defesa do Consumidor ocorre, também, no plano da eficácia. Caso contrário, estar-se-ia mitigando a força da fundamentalidade material deste direito, ao lhe conceder eficácia limitada que só seria plena por intermédio de lei infraconstitucional, no caso o Código de Defesa do Consumidor.

Deve haver uma eficácia que melhor retrate o sentido e alcance do objeto do direito fundamental, que é uma ferramenta jurídica protecionista do sujeito deficitário da relação de consumo, para uma real consecução da defesa da pessoa consumidora.

Para maximizar a eficácia da fundamentalidade da defesa do consumidor constitucional é necessária a aplicação imediata deste direito fundamental, em vista de seu caráter de norma definidora de direitos e garantias. Claro está, a proteção e defesa do sujeito débil da relação de consumo terá maior alcance em nosso ordenamento se a sua eficácia for plena e direta.

No intuito de demonstrar esta assertiva, é importante analisar a eficácia dos direitos fundamentais em consonância com os dois grandes grupos de direitos, de defesa e prestacionais; para então vislumbrar a possibilidade de consagrar a adequada eficácia do direito fundamental de defesa do consumidor.

Os direitos fundamentais de defesa, chamados negativos¹⁷⁰, determinam ao Estado abster-se de atuar em face da autonomia privada dos indivíduos. Nestes encontram-se os clássicos direitos subjetivos à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade frente à lei. Tais são considerados normas definidoras de direitos e garantias, possuindo aplicabilidade imediata e eficácia plena, não havendo

¹⁷⁰ “Os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal.” (Ibid., p. 261.)

necessidade para sua concretização a intermediação de legislação infraconstitucional¹⁷¹. Em sentido contrário, os direitos fundamentais a prestações

têm por objeto uma conduta positiva por parte de seu destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. É precisamente em função do objeto precípua destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições de maior ou menor concretude) que travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.¹⁷²

A eficácia do direito fundamental de defesa do consumidor decorre diretamente da Constituição. Não necessita de atuação legislativa para tornar-se plena e concreta. Vigora e se vincula em todo ordenamento jurídico de forma imediata e plena, não havendo necessidade de elaboração de lei para tanto. Contém um caráter objetivo que transcende os direitos subjetivos, valores e princípios que integram toda ordem constitucional.

Vale frisar, com efeito, que a norma constitucional estipulou um rol não exauriente de direitos fundamentais, conforme se infere do texto insculpido no artigo 5º, § 2º¹⁷³. Desta forma, os direitos fundamentais podem ser extraídos de outra parte da norma constitucional. A defesa do consumidor encontra-se inserida, também, como princípio fundante da livre iniciativa, no artigo 170, inciso V¹⁷⁴, e neste caso, sem a expressão '*na forma da lei*'.

Diante desta constatação, tem-se que o sentido e o alcance do direito fundamental de defesa do consumidor é proteger o desvalido na relação de consumo frente ao fornecedor de produtos e serviços. No intuito de impor limites àqueles que possuem um patamar privilegiado na relação de consumo. Por isso, o tratamento diferenciado para tutelar os direitos da pessoa por detrás do ato de

¹⁷¹ "Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo." (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 254.)

¹⁷² Ibid., p. 259.

¹⁷³ "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

¹⁷⁴ "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 – a defesa do consumidor;"

consumir, ficando este aspecto exaltado na norma do inciso V, do artigo 170, onde colhe-se a fundamentalidade deste direito em relação à livre iniciativa.

Desta forma, evidencia-se que não se pode restringir a eficácia do direito fundamental da defesa do consumidor pelo fato de que o seu conteúdo é aberto ou vago, e por isso necessita ser delimitado por meio de regulamentação legislativa específica.

É inadmissível que a eficácia plena da norma de direito fundamental fique submetida a uma *interpositio legislatoris*,¹⁷⁵ pela forma de positivação da norma fundamental de defesa do consumidor. Isto pode tolher o seu objeto, sentido e alcance.

A eficácia plena ou limitada está vinculada na relação entre o indivíduo e o Estado¹⁷⁶, chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Não incide na esfera privada, entre os particulares. A doutrina identificou a possibilidade de que os direitos fundamentais devam recair nas relações privadas, entre os particulares, de forma direta (eficácia horizontal), mesmo existindo legislação infraconstitucional pertinente à matéria.

Os direitos fundamentais se qualificam como princípios constitucionais, em vista de sua vinculação umbilical com o princípio unificador do ordenamento jurídico. Aplicam-se a toda ordem normativa jurídica, inclusive a privada, visando proteger os particulares de atos que atentam contra os direitos fundamentais.¹⁷⁷

¹⁷⁵ “Importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 271.)

¹⁷⁶ “Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos 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 o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na 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.” (Ibid., p. 339.)

¹⁷⁷ “Uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.” (Ibid., p. 340.)

A incidência do direito fundamental nas relações entre particulares é oportuna para a defesa do consumidor. Neste compasso a atividade econômica e a sua liberdade para o desenvolvimento se fundam na pessoa do consumidor, e o ordenamento deve buscar a máxima efetivação de seus direitos protetivos, por meio da aplicabilidade e eficácia plena.

Ressalta-se que consumidor é o sujeito débil, e a outra parte, os fornecedores dos produtos e serviços são os detentores do poder social e econômico.¹⁷⁸ Por isso, retira-se do conteúdo do direito fundamental um caráter discriminatório/compensatório na relação de consumo.

Identifica-se que o direito fundamental de defesa do consumidor atua como pilar estrutural, regulador da ordem privada de consumo, consolidando-se como uma norma diretriz orientadora e afirmativa para a consecução da proteção do consumidor¹⁷⁹.

As normas com vigência anterior ou posterior ao texto constitucional não podem ser antagônicas ao conteúdo da norma axiológica de direito fundamental, sob pena de sofrerem revogação ou declaração de inconstitucionalidade. A defesa do consumidor constitui-se em norma definidora de direitos e garantias, tendo aplicabilidade imediata e eficácia plena nas relações de consumo.

¹⁷⁸ “No que tange os destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais seja, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores do poder social....constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos a eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares as que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 342.)

¹⁷⁹ “Pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) que governam a ordem constitucional.” (Ibid., p. 251.)

CAPÍTULO II. 3 - A Incidência Direta nas Relações entre Particulares

Identificado o direito fundamental de defesa do consumidor como legítimo instrumento jurídico protetivo do sujeito da contemporaneidade, com aplicação imediata e eficácia plena, necessita-se, neste momento, abordar sua vinculação direta nas relações entre particulares.

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais sofreu alterações de conformidade com as transformações do Estado. No primeiro momento, o Estado era liberal-burguês, de uma sociedade individualista e patrimonialista. A autonomia privada e a liberdade e a igualdade formal eram um imperativo categórico, em que se firmaram os direitos subjetivos fundamentais frente à lei. O Estado tinha de se abster de praticar atos, não podia interferir nos interesses da vida privada. Neste modelo de Estado é que foram consolidados os direitos fundamentais subjetivos de defesa.

No segundo momento um Estado social de cunho intervencionista tem que atuar positivamente para implantar melhorias no viver em sociedade. Havia um cunho prestacional estatal. Isto gerou uma transformação vertiginosa na razão de ser dos direitos fundamentais. Apesar de conterem direitos subjetivos, agora estes teriam um significado socializante. A liberdade e igualdade não são formais, passam a ser materiais.

Neste caso, as pessoas podem exigir atitudes dos órgãos estatais para defender seus direitos fundamentais perante o Estado, em vista do critério que o objeto dos direitos fundamentais sociais prestacionais é a concretização dos mesmos por meio da administração pública. Os direitos fundamentais tornaram-se referência no ordenamento jurídico, com aplicabilidade e eficácia (direta ou indireta), mas tão somente frente ao Estado. Não se cogitava a aplicação destes postulados na ordem privada.

Mas, como bem realçado por Canotilho: "A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição"¹⁸⁰. O resultado desta breve sentença, é, na expressão, já sedimentada entre nós por Luiz Edson Fachin, a *virada de Copérnico*¹⁸¹ do direito privado. As normas constitucionais passaram a irradiar os seus valores e princípios por toda a normatividade, atingindo os postulados básicos do direito privado, repersonalizando-os, trazendo-lhes outros significados vinculados à ordem de valores objetiva constitucional¹⁸².

Os direitos fundamentais são os instrumentos normativos constitucionais que referendam esta mudança copernicana, pois deles é que são expandidos valores e princípios constitucionais por todo o ordenamento¹⁸³.

Como os direitos de defesa e proteção do consumidor encontram-se demarcados na seara do direito privado, a este também cabe a influência objetiva material do direito fundamental de defesa do consumidor. A questão a saber é se este direito fundamental é oponível somente em face do Estado, ou se é passível de ser utilizado nas relações entre os particulares. Ou seja, a possibilidade do particular opor-se diretamente a violação do direito fundamental de defesa do consumidor praticada por outro particular¹⁸⁴.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pos-Moderno*. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

¹⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, nota explicativa.

¹⁸² "De reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 119.)

¹⁸³ "O fundamento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode ser retirado da concepção desses enquanto valores que emergem por todo o ordenamento, ou seja, como uma decorrência inevitável do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição. Um dos fatores que mais contribuiu para a criação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi a concepção de uma Constituição normativa democrática, a qual deveria preconizar pela supremacia de uma série de princípios e valores emergentes na sociedade. Desse modo, a força normativa da constituição, consubstanciada em sua fundamentalidade e supremacia, jamais poderia conceber que a ordem jurídica-privada ficasse alheia às normas jusfundamentais." (SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas - A Identificação do Contrato como Ponto de Encontro dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 182.)

¹⁸⁴ "A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã vinculem apenas o Estado,

Na busca da proteção efetiva do sujeito fragilizado, na tutela da pessoa no seu *status* de consumidor, é que se manifesta imprescindível a incidência direta do direito fundamental nas relações entre particulares pelo seu caráter de proteção que reclama a intervenção do Estado frente a terceiros¹⁸⁵. Tendo em vista a desproporção das forças atuantes na relação de consumo, em que sobressai o poder econômico do mercado, o direito fundamental de defesa do consumidor deve incidir de forma direta nas relações entre estes agentes privados¹⁸⁶.

Nesta concepção, quando há uma relação envolvendo um particular e um ente privado com poder social, haverá uma relação desigual. Para dirimir tal discrepância de poder nas posições jurídicas, a incidência direta do direito fundamental é necessária para acobertar o direito do mais fraco.

A defesa do consumidor constitucional é um direito fundamental que tem como objeto salvaguardar o direito do mais fraco no liame jurídico de consumo, um instrumento para efetivar a proteção do particular lesado por atos atentatórios praticados por outro particular.

O direito fundamental da defesa do consumidor é uma norma vinculante em todo ordenamento jurídico, que atua como princípio axiológico constitucional. Rege toda a normatividade consumista. É oportuno identificar a eficácia normativa deste

outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade erga omnes. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento da realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 204.)

¹⁸⁵ “Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-los como espécies de direitos de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Neste sentido o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados.” (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 35.)

¹⁸⁶ “Com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 118.)

instrumento nas relações entre particulares. Ou seja, se sua incidência é direta (imediate) ou indireta (mediate).

A teoria da eficácia mediate contesta a utilização de forma direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que isto redundaria numa estatização do direito privado e num esvaziamento da autonomia privada, mesmo acatando a idéia de que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetivos constitucionais com reflexo em todo ordenamento.

Os adeptos desta teoria se opõem à eficácia direta por entender que os direitos subjetivos¹⁸⁷ envolvidos na relação entre particulares merecem uma intermediação a ser efetuada pelo poder legislativo. E no caso de ausência de normas legais privadas pelos órgãos judiciais através de uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais.¹⁸⁸

Para os simpatizantes da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, esta ocorre no momento em que o legislador intervém para concretizar a norma constitucional ou quando o juiz interpreta o direito privado à luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais:

A dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado. Há sempre a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado.¹⁸⁹

¹⁸⁷ “Para a teoria da eficácia mediate, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Durig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.[...] Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva a impregnação das leis civis por valores constitucionais.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198.)

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 122.

¹⁸⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 467.

A teoria da eficácia direta¹⁹⁰ se opõe à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afirma que os direitos fundamentais, por constituírem normas que expressam valores aplicáveis em toda a ordem jurídica, devem incidir nas relações privadas em decorrência do princípio da unicidade do sistema.

É inconcebível a aplicação dos direitos fundamentais somente aos atos do poder público, pois isto afetaria o significado e a função destes, em especial pelas ameaças oriundas dos poderes sociais insertos nas relações privadas.

A defesa do consumidor como direito fundamental incide de forma direta na relação de consumo como um mecanismo essencial para correção das desigualdades:

No contexto do Estado Social, onde os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, torna-se fundamental vinculá-los diretamente aos direitos fundamentais e à Constituição. Ademais, a concepção da Constituição como norma jurídica, que consagra os relevantes valores da sociedade, exige a sua incidência sobre as relações privadas, estando superada a visão que restringia a incidência da Lei Maior às relações entre cidadão e Estado.¹⁹¹

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode ser eximida de nosso ordenamento, em vista que é um avanço jurídico em prol da justiça social e do sistema de valores e princípios constitucionais. Estes vigoram e se vinculam com eficácia direta e *erga omnes* nas relações entre particulares, e não somente nas relações entre particulares e Estado.¹⁹²

¹⁹⁰ “Os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 122.)

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 206.

¹⁹² “Los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.” (CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 215.)

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais não assegura a concreção do núcleo essencial destes, pois a intermediação legislativa poderá contrariá-lo ou restringi-lo. No caso de o direito fundamental incidir de forma direta, este conteúdo essencial não poderá ser mitigado. Representará a máxima efetividade deste direito e plenitude de sua fundamentalidade.

A incidência direta ou imediata, também denominada eficácia horizontal (*drittwirkung*) dos direitos fundamentais, pode dar-se tanto nos casos em que a lei infraconstitucional contrariar estes ou for insuficiente e também pode incidir em conjunto com a lei infraconstitucional, atuando como suporte normativo para a sua aplicação, e ainda, nos casos em que não haja legislação específica.¹⁹³

Neste compasso, a hipótese de um contrato de consumo firmado no lapso temporal entre a data de promulgação da Constituição Federal e a vigência do Código de Defesa do Consumidor (11 de março de 1991) confirma que a norma constitucional poderia ser aplicada de forma direta nas relações entre particulares. Caso contrário, esse contrato ficaria à mercê dos dispositivos do direito privado que vigiam à época (Código Civil Brasileiro de 1916) que não assimilava os novos significados enfatizados no núcleo essencial do direito fundamental de defesa do consumidor.

Da mesma forma a Lei Federal 9656/98, que regula os planos de saúde privados, não possui aplicabilidade nos contratos realizados antes de sua vigência (02/09/1998). Pela alegação da irretroatividade da lei. Contudo, se o contrato estiver em desacordo com a defesa do consumidor, poder-se-ia aplicar, nestes casos, de forma direta o direito fundamental para proteger o consumidor do plano de saúde que aderiu ao contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares anteriormente a promulgação da lei.

Depreende-se, assim, que as relações entre particulares são acolhidas pela norma principiológica constitucional de defesa do consumidor. Determinando, assim, às relações de consumo uma proteção constitucional fundamental para impor limites aos detentores dos meios de produção e comercialização, que se

¹⁹³ “O direito fundamental deve ser aplicado como razão primária e justificadora de uma determinada decisão, havendo ou não regulação normativa. Os Direitos fundamentais deixam de ser critérios hermenêuticos para se transformarem em normas constitucionais diretamente aplicáveis nas relações privadas, deles emergindo direitos subjetivos para o indivíduo, que podem ser imediatamente invocados nas relações com outros particulares.” (VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 150.)

utilizam de sua situação privilegiada para praticar abusos e atos desleais em desfavor dos consumidores por meio dos contratos de adesão.

A incidência do direito fundamental de defesa do consumidor de forma direta nas relações entre particulares é um dever obrigatório de nosso ordenamento jurídico.

Claudia Lima Marques enfatiza, ao comentar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 2591, dois aspectos importantes deste embate jurídico travado pelas instituições financeiras, que tinham a intenção de declarar inconstitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações bancárias. A decisão da Corte Constitucional determinou a incidência da norma principiológica fundamental na seara privada dos direitos dos consumidores, o que ensejou a abertura em nosso ordenamento para a eficácia horizontal do direito fundamental de defesa do consumidor nas relações entre particulares.¹⁹⁴

Diante disto, não há como se negar a incidência direta e imediata do direito fundamental de defesa do consumidor, em vista que este é protegido constitucionalmente.¹⁹⁵

A defesa do consumidor, elencada como direito fundamental, deve servir como instrumento para a concretização dos direitos do consumidor frente às contingências da sociedade de consumo, o que motiva a incidência deste direito de forma direta

¹⁹⁴ “O primeiro é o aspecto formal, sistemático, valorativo e institucional desta decisão do STF, que afirmou a nova garantia institucional do direito do consumidor... O STF reconheceu que o direito do consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, “é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado sui generis brasileiro.[...] O segundo aspecto da transcendência desta decisão “é substantivo, sistemático, valorativo e eficaz, referindo-se a um aspecto importante da constitucionalização do direito dos contratos, no caso contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários ou relações de consumo que envolvem direitos humanos ou fundamentais do contratante mais fraco, o consumidor, que “é a análise do efeito horizontal (ou entre dois contratantes privados) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de *Drittwirkung* no direito do consumidor constitucionalizado.” (MARQUES, Claudia Lima. *O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591)*: observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 44.)

¹⁹⁵ “Face ao mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art. 5º, XXXII da CF/88), também nas relações civis.[...] A proteção do consumidor por mandamento fundamental da Constituição influencia todas as relações privadas em que este sujeito (pós-moderno) de direitos esteja presente. Em outras palavras, se o contrato é o instrumento de circulação de riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro.” (MARQUES, Claudia Lima. *O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591)*: observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 52.)

nas relações entre particulares¹⁹⁶ para que o sistema de valores e princípios constitucionais se efetive.

¹⁹⁶ Paolo Comanducci seguindo o estabelecido por Ricardo Guastini destaca as principais condições para que o constitucionalismo se concretize: “1) *La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.* 2) *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* 3) *La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).* 4) *La “sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).* 5) *La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.* 6) *La interpretación adecuadora de las leyes.”* (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Analisis Metateorico.* In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 81.)

PARTE III - DIMENSÃO EMANCIPATÓRIA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

*Ci troviamo in un'età di transizione, in uno di quei periodi di mezzo, dove scopi e forme di ieri non ci sono piú, e scopi e forme di domani non ci sono ancora.*¹⁹⁷

A essa altura da pesquisa cujo resultado sistematizado aqui se apresenta, emerge imprescindível suscitar, no paradoxo que há entre consumo, sociedade e sujeitos, o caráter emancipatório da defesa do consumidor.

É sob esse viés que a presente (e última) parte desta dissertação versará sobre os temas à sustentação desse perfil de emancipação.

¹⁹⁷ IRTI, Natalino. *La Formazione del Giurista*. Revista Trimestrali di Diritto Pubblico. Milano: Giufrè Editore, anno LIV, Fasc. 3, 2004. p. 647. “Encontramo-nos numa época de transição, em um daqueles períodos do meio, onde objetivos e formas de ontem não existem mais, e objetivos e formas de amanhã não existem ainda.” Tradução Geraldo Polla.

CAPÍTULO III.1 – A Fonte codificadora de Defesa do Consumidor: Sob o olhar da forma *código* ou do Diálogo das Fontes?

A Constituição Federal contribuiu decisivamente para o surgimento da defesa do consumidor em nosso ordenamento, enaltecendo esse direito como fundamental, e, por conseguinte, atrelando-o à condição humana e ao desenvolvimento da sociedade. O constituinte originário consagrou, ainda, a elaboração legislativa de um Código de Defesa do Consumidor, no prazo de cento e vinte dias após a promulgação da Lei Fundamental (art. 48 – ADCT).

Assim, exsurge a codificação da defesa do consumidor em nossa ordem jurídica. Contudo, é possível reduzir a completude das relações de consumo numa moldura legislativa? Para que o alcance desta indagação seja compreendido, é importante avaliar os momentos históricos que derivaram do processo de codificação das relações privadas e a sua pretensão, enquanto instrumento jurídico-político do Estado,¹⁹⁸ de modelar a vida social.¹⁹⁹

Primeiramente, tem-se que a codificação foi o instrumento jurídico que implantou a racionalidade burguesa liberal na sociedade nova que se formava na Europa no fim do século XVIII e início do século XIX, que sucedeu a aristocracia e seu absolutismo político.

O absolutismo que advinha da vontade soberana do Rei, passou a ser o absolutismo jurídico, o Direito derivado da Lei, num contexto onde não havia mais espaço para que este fosse construído historicamente pela mentalidade dos costumes da sociedade, modelo que vigorava até a Idade Média²⁰⁰.

¹⁹⁸ “Todo o direito interessa ao detentor do poder político e que está no monopólio da produção jurídica a garantia primeira e mais válida para aquele poder. Diante de um direito já todo identificado na vontade estatal contentou-se com fontes certas e claras, límpidas na linguagem, robustamente pensadas (por exemplo o Code Civil).” (GROSSI, Paolo. *Absolutismo Jurídico* (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. In História da Propriedade e Outros Ensaio. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 126.)

¹⁹⁹ “A paisagem, que os inteligentes juristas burgueses tinham estabelecido nas admiráveis harmonias do Código Civil, parece já um daqueles panos de fundo de teatro onde são pintados cenários artificiosos e irreais...E o fundo de papel pintado começa a sofrer rasgos, e os rasgos permitem aos vários fatos que estão nos bastidores invadirem a cena.” (GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57.)

²⁰⁰ “O direito não é a voz do poder, não leva a sua marca, não sofre os seus inevitáveis empobrecimentos, os inevitáveis particularismos....A razão civil chamada a regulamentar a vida cotidiana dos homens, toma a sua forma direta e imediatamente pelo social e sobre as suas forças se desenha. Seus canais são: geneticamente, um denso florescer de costumes, em medida prevalente a

Com a modernidade o Direito é a Lei. O Estado intervêm para regular a vida privada por meio da Lei, do pacto social. Esta descontinuidade é operada pela Revolução Francesa, que implantou o Estado Nação, o Estado Liberal, a divisão dos Poderes e a democracia representativa.

A consolidação destas estruturas do Estado ocorreu por intermédio do monopólio da produção jurídica, o monismo normativo estatal que derivou no processo de codificação de 1804, com objetivo de oferecer uma unidade do sistema jurídico privado, modelando a completude das relações entre indivíduos na sociedade.

A questão central do Código é demonstrada pela cultura jurídica nova que se impõe, rompendo com a cultura e a experiência jurídica do passado – no caso, o ordenamento medieval é sobreposto pela cultura jurídica moderna que é retratada pelas leis e pelos Códigos. Isto representou uma inovação fundamental na produção do direito no que diz respeito ao problema das fontes e à conexão entre ordem jurídica e poder político.

Diante disto, foi apresentada a forma *código* na cultura jurídica ocidental, como objeto de regulação do Direito, projetada e realizada na França e que teve em 1804 o início de seu desenho legislativo, concretizando-se numa novidade absoluta no plano das fontes, oferecendo uma solução nova e simplista ao problema da produção jurídica.

GROSSI²⁰¹ questiona se teria ocorrido aqui uma verdadeira codificação ou consolidação de um material histórico profundamente desomogêneo. Indica que, embora o projeto napoleônico afirmasse a rejeição do direito calcado nos costumes, uma aproximação entre este e o *Code civil* revelaria uma continuidade de seus institutos, em especial porque os legisladores receberam sua formação justamente no Antigo Regime, trazendo sobre “a pele os sinais da própria velhice”.²⁰² O que

respeito das poucas intervenções autoritárias dos Príncipes; sistematicamente, um rico ordenamento operado, mais do que por legisladores, por mestres teorizadores, juízes, tabeliões ou simples mercadores imersos na prática dos negócios e intérpretes das exigências que essa impõe.” (GROSSI, Paulo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 29.)

²⁰¹ GROSSI, Paulo. *Code civil: uma fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*. In Atti dei convegni Lincei 221 (convegno “Il bicentenario del codice napoleônico”, Roma, dicembre 2004). Roma: Bardi, p. 19-42.

²⁰² GROSSI, Paulo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2007. p. 119.

demonstra uma codificação enraizada justamente nos costumes repudiados, “a história nunca realiza saltos improvisados, e o futuro sempre tem um vulto antigo.”²⁰³

Importante salientar os elementos característicos do momento que antecedeu a revolução, em que a produção jurídica era transbordante, pautada na reiteração de opiniões comuns dos integrantes da sociedade, sem particularizações artificialmente construídas. Era extra-estatal, ou seja, tinha por fonte os costumes, reservando-se a atuação estatal às esferas afetas ao exercício da soberania.

São justamente estas características que são apagadas pela obstinação codificadora, não sendo um acaso a tentativa totalizante do *Code Civil* de Napoleão I, que ousou legislar acerca da razão civil. A partir deste momento a regulamentação da esfera privada ficou reduzida a 2.281 artigos, onde todo o direito civil passou a ser previsto.

Por isso, a forma *código* aniquilou um riquíssimo e valioso senso comum do Direito. Engessou-o no modelo imposto pelo soberano codificador, nos seus Códigos, pela sua característica preponderante, a indiscutibilidade. O Direito se afastou do povo, das pessoas e foi utilizado como mecanismo de preservação e hegemonia dos ascendentes a detentores do poder, a classe burguesa.

O fundamento *jusnaturalista* traduz a mitificação do Código como leitura da “natureza das coisas”. Surge uma antítese jusnaturalista: quem possui legitimidade para ler a “natureza das coisas” e extrair regras normativas? A vontade popular é reduzida à vontade do legislador, onde o povo deve aceitar sem discutir as normas, pelo pacto social firmado, e pela legitimidade única da produção das normas pelo Poder Legislativo.

A lei surge como pedra fundamental do sistema, inaugurando-se um rígido monismo estatal no plano do poder político e das fontes jurídicas, que acaba por desencadear grandes mudanças na sociedade da época.

Esta a característica principal da era codificadora, o rompimento com a tradição jurídica pretérita. Napoleão I percebe a importância da construção de uma base jurídica uniforme e controlada pelo poder estatal para o fim de regular a vida social,

²⁰³ Ibid., p. 108.

deixá-la sob a égide do Estado e das Leis que são promulgadas pelo aparato estatal.²⁰⁴

Identifica-se, assim, um vínculo histórico entre Código e inovação político-jurídica revolucionária, como peça angular do poder napoleônico - o *Code Civil* como projeto político, em vista que o direito se resolve em um sistema legislativo, valorizando o aspecto potestativo que é o fundo de origem do rígido legalismo jurídico.

O Código Civil representa o triunfo do legalismo positivista, refletido na exigência do controle de todo o direito pelo poder político, “o Código é uma operação ideológica e cultural notavelmente compacta, e bastaria, para confirmar o seu relevo acerca do território do qual toma início a operação, o direito civil plasmado por costumes seculares e a esse reservado.”²⁰⁵

Para abordar mais detidamente os elementos afetos ao tema da codificação, HESPANHA²⁰⁶ nos traduz algumas de suas características essenciais. O Código é o instrumento de redução da complexidade, pautada em uma sistematização comum da análise semiótica tripartida em níveis: 1º. simplificação sintática relativa à relação entre o Código e as demais fontes (monismo e pluralismo); 2º. simplificação semântica ligada à valoração jurídica e ao processo de estatalização e legalismo ocorridos no direito; e 3º. simplificação pragmática, que é definidora da relação do Código com os operadores e utentes.

A reflexão trazida por HESPANHA está calcada em uma analogia entre direito (no contexto da codificação tendo por objetivo a redução da complexidade) e a sistematização característica da ciência. Nesta esteira, o Código seria distinto das compilações, destinando-se estas a uma mera simplificação do manuseio das fontes.

²⁰⁴ “A garantia mais sólida consistia na estatalização do direito privado, em vinculá-lo à voz do Estado, à sua voz mais direta: a lei. E começou a aviar à construção do mito da lei como norma de qualidade superior, hierarquicamente primária: a expressão autoritária e centralista da soberania do Estado vem taxada como a única expressão possível da vontade geral...E o direito franziu-se em lei.” (GROSSI, Paolo. *Absolutismo Jurídico* (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. *In* História da Propriedade e Outros Ensaio. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 128.)

²⁰⁵ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 120.

²⁰⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *Código y complejidad*. *In*: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio* (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè, 2002. p. 149/164.

No nível sintático a codificação corresponde a um afastamento do direito das demais esferas normativas da sociedade, excluindo, portanto, momentos normativos não legais (moral e/ou religião), denotando o fenômeno correspondente na Europa a laicização e racionalização do direito.

São estabelecidos critérios de validação dos costumes, reduzindo-se as fontes e, em consequência, ocorrendo uma redução sintática que terá correspondente redução em nível pragmático, vez que, ao ser cancelado o pluralismo, reduzem-se todas as esferas normativas da sociedade a um sistema de vontade potestativa da lei, inserindo a forma *código* no quadro do monismo que coloca a lei acima de qualquer outra fonte do direito.

Essa é a diferença básica entre os Códigos e o direito comum, que representava a relação secular entre direitos e fatos – o direito mais próximo da efetividade, nascendo com os Códigos a ideia de completude e reducionismo simplista, distante da realidade social. A codificação, com a sua simplificação semântica das regras, opera a redução dos princípios e dos valores jurídicos que antes eram exaltados como parâmetros coerentes e axiomáticos vinculados à moldura da vida em sociedade.

No nível pragmático, o Código instaura uma relação assimétrica entre indivíduos inseridos em uma dada sociedade e o direito. Nascendo um espaço unilateral, sem interatividade, com a pretensão de falar pela totalidade do corpo social, como se este fosse um elemento estático, não dinâmico, o que acarreta um reducionismo da vida social às leis e códigos.

Nos adverte GROSSI que “não podemos esquecer a maquinação de um Código: pretende realizar a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis.”²⁰⁷

O mestre italiano ainda assevera que o rígido monismo empobrece o direito ao limitar uma visão “pluriordenamental e pluricultural” ²⁰⁸ a um único canal histórico,

²⁰⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 119.

²⁰⁸ GROSSI, Paolo. *Absolutismo Jurídico* (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. *In* História da Propriedade e Outros Ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.

criado para evitar as manifestações vindas do exterior. Todo o resto, o que não está na norma, passa a ser ilícito ou irrelevante.

O universo jurídico é simplificado e está à mercê do Estado, no controle da pluralidade social. O absolutismo jurídico²⁰⁹ impede a percepção da complexidade, sendo insensível ao devir e às modificações demandadas pela dinamicidade da vida em sociedade.

A presunção codicista de redução da complexidade social a um sistema fechado onde o mundo dos fatos não penetra, traz consigo os seus protagonistas, afastando-os veementemente da historicidade, são sujeitos abstratos e imersos em uma ficção de liberdade e igualdade jurídica formais.

Denota-se que a codificação tem como características precípua a completude de ingerência na vida privada, a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica para os possuidores de direitos.

A sociedade, as pessoas e os juristas ficam enclausurados à lei, pela sua prerrogativa de indiscutibilidade. A norma em abstrato é para um indivíduo abstrato, a norma não possui um conteúdo valorativo-histórico, é pura e formal.

Tal fenômeno, nas palavras de Paolo Grossi é o ressecamento do Direito: “o rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública impede uma visão pluriordenamental, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior.”²¹⁰ O direito privado vincula-se à voz do Estado, e a voz é a lei, pois o direito fica adstrito à lei.

Assim, o positivismo jurídico passou a ser o paradigma a ser seguido, o Código inspira a tradicional teoria pura kelseniana do século XX, que buscava na abstração da norma a subsunção dos fatos para gerar a validade do Direito e não a efetividade

²⁰⁹ “O direito se identificava a esta altura só com o direito oficial, e, como tal, tendia sempre mais a formalizar-se, enquanto uma fronteira compacta se erguia entre o território do direito e o dos fatos; a sociedade civil continuava a ser depositária da produção jurídica somente na fábula-ficção da democracia indireta proclamada pelo obsessionante apologia filo-parlamentar, mas na realidade dela (produção jurídica) restava clamorosamente expropriada. O direito era desenraizado da complexa riqueza do social para ligar-se a uma só cultura, empobrecer-se e identificar-se desagradavelmente na expressão do poder e da classe dele detentora.” (*Absolutismo Jurídico* (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. *In* História da Propriedade e Outros Ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.)

²¹⁰ *Ibid.*, p. 128.

que era marca do *ancién regime*, havendo uma simplificação do universo jurídico pelo absolutismo jurídico.²¹¹

É neste ponto que colocamos a veste atual do nosso direito privado, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil Brasileiro, com a pergunta feita por Grossi: “a ideia de Código é atual?”²¹² E, com isto, nos reportamos à indagação inicial, se é possível reduzir as relações de consumo a uma moldura codicista.

O código napoleônico foi fundador de uma nova mentalidade jurídica privada, pois construiu uma legislação civil para ser eternizada. Assentou as bases liberais do Estado sobre a propriedade, a família e a circulação das riquezas, numa moldura estática e incomunicável com o social. Isto determinou uma ruptura com o passado:

descontinuidade radical, sendo o marco fronteiro um antes e um depois, pois o Código irrompe em um determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico... o Código quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade a amplitude da velha *ordonnance* real; trata-se, ao contrário, de um modo novo de conceber a produção do direito²¹³

Este ato de descontinuidade rompe irreversivelmente com o passado, é um elemento intrínseco à forma *código* (forma de legislar por intermédio de um código), no intuito de albergar neste todas as relações do direito a ser codificado.

Neste ponto, o Código Civil de 1916 foi revolucionário, pois rompeu com a cultura jurídica antecedente. E o Código Civil de 2002 celebrou uma descontinuidade com o passado? Cotejando o texto do novo Código Civil com os dispositivos constantes no Código antigo, verifica-se que 2.070 disposições legais, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas, são correspondentes às do Código de 1916. Fato a evidenciar que o Código Civil de 2002 não acarretou uma ruptura ou

²¹¹ “Devemos derrubar o ‘legislador’ de um Olimpo por muitas vezes não merecido e analisá-lo impiedosamente nas suas misérias; devemos sobretudo liberar-nos da idéia nefasta do valor taumatúrgico da lei, ou seja de uma juridicidade pensada e resolvida como legalidade....pretendo, dar voz ao desconforto em vista de um papel desmedido da lei, ocasionado pelo trabalho incontrolado do legislador, este personagem ideal do nosso palco jurídico, inconveniente e onipresente.” (*Absolutismo Jurídico* (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. In. História da Propriedade e Outros Ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 130.)

²¹² GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 114.

²¹³ *Ibid.*, p. 89.

descontinuidade com a ordem pretérita, pois uma grande parcela de seus enunciados legais é idêntica aos anteriores.

O mesmo não ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, cuja vigência concretizou uma ruptura/descontinuidade com a cultura jurídica do direito privado tradicional, é o Código, que irrompe em um determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico.²¹⁴

O Código de Defesa do Consumidor rompeu os dogmas da liberdade contratual e igualdade formal, incrementou-as materialmente em nosso ordenamento, relativizou o instituto do *pacta sunt servanda* nos contratos e introduziu valores e cláusulas gerais no seio de nosso ordenamento privado.

No intuito de demonstrar que na atualidade a forma *código* não é mais adequada para abranger a completude das relações privadas, tem-se a necessidade de visualizar o contexto histórico do processo de codificação. Com Napoleão I, o príncipe pós-revolucionário, o cenário político e sócio-econômico apresentou a afirmação do Estado Liberal. Este utilizou o código como instrumento para regulação da vida social e privada, nelas inserindo um caráter de previsibilidade²¹⁵ e de certeza. Para homologar um direito privado em consonância aos interesses da classe burguesa.

O modelo codificado reduziu a riqueza dos fatos sociais ao emaranhado de artigos, parágrafos, incisos e alíneas, e a racionalidade por detrás deste Código elevou o patrimônio/coisa ao centro do projeto codificador, ficando acima do sujeito, do ser humano de carne e osso. O sujeito acobertado por este ordenamento era o indivíduo proprietário, possuidor de liberdade e igualdade puramente formais. Assim,

²¹⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 89.

²¹⁵ “L'esigenza di stabilità (cioè, di assoluta prevedibilità dei contegni dei soggetti pubblici e privati) è certo alle radici delle codificazioni del secolo decimo-nono. Il diritto se resolve nelle leggi dello Stato; le leggi dello Stato si chiudono nelle strutture, fisse e durevoli, dei codici civili: momenti diversi de um processo storico, che, transcendendo la dispersa frammentarietà dei gruppi sociali e delle fonti giuridiche, sale verso più alte unità politiche e normative.” (IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 23.) “A exigência de estabilidade (isto é, de absoluta previsibilidade do comportamento dos sujeitos, público e privado) está certamente nas raízes das codificações do século XIX. O direito se resolve nas leis do Estado, as leis do Estado se fecham nas estruturas fixas e duráveis dos códigos civis: momentos diversos de um processo histórico que, transcendendo a dispersa fragmentação dos grupos sociais e das fontes jurídicas, sobe para mais elevadas unidades políticas e normativas.” Tradução Geraldo Polla.

quem não era proprietário estava à margem do sistema legal, o código é excludente por sua limitação conceitual e simplista.

Estes fatores são relevantes para analisar o Código de Defesa do Consumidor. Não é possível ver com os olhos no passado o que agora não se procede efetivar, pois não há como atingir a completude das relações de consumo numa geometria de sistema código.

O consumidor refoge a forma, a moldura não absorve as demandas do cotidiano consumista. Um exemplo do engessamento que poderia advir é a conceituação de consumidor, descrita no artigo 2º do Código.²¹⁶ Tal é absoluta, fechada e imobilizada. Para acompanhar o dinamismo da sociedade de nossos dias é necessária a maximização do conceito de consumidor conforme prevê o § único do artigo 2º; e artigos 17, 29²¹⁷.

O Código de Defesa do Consumidor é o instrumento pelo qual se manifesta o direito fundamental de defesa do consumidor. Este não pode ser restringido pela norma infraconstitucional, sob pena de ferir os valores e princípios inerentes à fundamentalidade de tal direito. Foi com esta força principiológica constitucional que o CDC foi consumado, uma ordem cogente de interesse social; contudo, na forma código e com a característica de descontinuidade.

Vale a pena frisar que um Código visa modelar a vida social; no caso, o Código de Defesa do Consumidor regula as relações de consumo, efetivando a sua completude, sua certeza, sua previsibilidade. No entanto, a sociedade atual é multifacetada, complexa, plural, dinâmica, tecnológica, massificada e desigual. Esta é a linfa subjetiva da sociedade de consumidores, que não pode ficar apreendida numa moldura legislativa.²¹⁸

²¹⁶ Art. 2º. - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

²¹⁷ Art. 2º. § único.- Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17 -Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29 - Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

²¹⁸ “Colher o nascimento do direito na incandescência das forças sociais, culturais e econômicas, previne para forte risco que se acena cada vez mais, qual seja o de uma separação das vestes jurídicas do fluxo histórico, tendo como resultado a sua redução a uma casca ressecada, separada da linfa vital subjacente.” (GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.)

Paolo Grossi destaca considerações que permitem demonstrar que o presente não é mais o momento apropriado para a codificação, ao menos a codificação como outrora:

A primeira concerne à rapidez da transformação social na civilização moderna. A transformação de ontem era extremamente lenta e podia prestar-se, também, a ser ordenada em categorias não elásticas, enquanto hoje a mesma rapidez frequentemente obriga o legislador a uma atividade febril....

A segunda concerne à complexidade da civilização contemporânea. Se é verdade que a codificação inaugurada em 1804 foi tentativa de redução da complexidade, é também verdade que se tratava de uma complexidade reduzível....Hoje, a situação é inacreditavelmente diferente, com fronteiras das dimensões econômicas e tecnológicas que continuamente alargam-se, modificam-se, complicam-se...a atual complexidade dificilmente pode ser reduzível.²¹⁹

De acordo com os apontamentos acima, verifica-se que não é mais apropriada hodiernamente uma regulação completa do direito privado por um código. A sociedade contemporânea é, por sua essência, dinâmica. Os avanços científicos e tecnológicos são costumeiros. A moldura da forma *código*, que carrega consigo a ideia de completude e de redução dos fatos, não se adequa ao quadro social da contemporaneidade.

O processo de derrocada da racionalidade da completude dos velhos códigos com conceitos pré-determinados²²⁰ e fechados se consuma, e dá espaço para a constituição de novos sentidos, novos significados para o direito privado, pela irradiação dos valores e princípios fundantes da ordem constitucional. Este é o caso do direito fundamental de defesa do consumidor, muito mais sintonizado à dinâmica do mundo contemporâneo, que está vinculada aos avanços tecnológicos, à produção e ao consumo massificados.

Diante disto, constata-se que a forma de um modelo codificador para regular as relações privadas na atualidade tornou-se anacrônica. Em virtude disto, é necessária a descodificação, com a utilização de microssistemas, ou códigos especializados.

²¹⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2ª. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 115.

²²⁰ “Todo o sistema jurídico positivo residia, a priori, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida, mutáveis e várias.” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito de Obrigações*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 4.)

Este é o norte atual para a regulação do direito privado. Sem embargo da observância das normas e princípios vinculantes da Constituição Federal.

Deve haver entre estes comandos normativos um diálogo, qualificado como um diálogo de fontes normativas.²²¹ Ou seja, o microssistema não é uma ilha isolada do todo, nele está inserido e deve conviver em harmonia com este todo, que é o sistema unitário constitucional. Essas fontes normativas devem atuar interagindo umas com as outras e não podem ser excluídas por antinomias, na forma clássica de Norberto Bobbio: temporalidade, especialidade e hierarquia.²²²

O diálogo das fontes do Direito deve ser perscrutado à luz das junções normativas que interagem²²³ e se complementam.²²⁴ Um fato não pode ser visto sob o prisma de um único enunciado legal, mas sim de todos aos quais o fato se vincula. À guisa de exemplo, as junções das normas que regulam os planos de saúde, as telecomunicações, o estatuto do torcedor e do idoso, e tantas outras legislações com as normas do CDC, do CCB/2002 e as normas da Constituição Federal de 1988.

A existência do Código do Consumidor tem a finalidade de instrumentalizar e tornar eficaz o princípio constitucional de defesa do consumidor, e na seara do direito privado de consumo exerce o papel de força motriz na interação e

²²¹ “Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o “conflito” leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o “monólogo” de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a “antinomia” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitando, assim, a “incompatibilidade” total (“conflito de normas” ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos “reais” ou “aparentes”), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a “não-coerência” do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, ou seja, os consumidores.” (MARQUES, Claudia Lima. *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, 2004. p. 57.)

²²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 92.

²²³ “Na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, incompleto materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade.” (MARQUES, op. cit., p. 60).

²²⁴ “O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser consideradas diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.” (TEPEDINO, Gustavo. *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento*. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, 2005. p. 10.) No mesmo sentido de diálogo de fontes que se complementa enfatiza Claudia Lima Marques: “Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios.” (MARQUES, op. cit., p. 60.)

complementação com as demais legislações que se referem ao consumo, pois, é a *lei central do sistema* no tocante à proteção dos direitos dos consumidores.

Diante disto é que se pode auferir de uma formulação a indagação inicial questionando se é possível, na atualidade, reduzir as relações de consumo a uma moldura codicista. O sistema do ordenamento jurídico é fundado na unidade constitucional, não pode estar fechado numa moldura codificada – caso contrário, poderia deixar de corresponder às exigências daqueles a quem deveria servir, e acabar por engessar a dinamicidade dos direitos dos consumidores.

A aplicação do diálogo das fontes normativas abrange uma multiplicidade de fontes. Sempre conterà normas constitucionais que revestem este diálogo, pois possuem aplicação com eficácia direta nas relações entre particulares. No caso específico, o princípio tutelar constitucional de defesa da pessoa do consumidor, atuará em conjunto e permeando o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e demais normas infraconstitucionais, uma verdadeira cláusula geral que vigora em todos os atos praticados na relação de consumo (arts. 5º, inciso XXXII; 170, inciso V).

É a partir desta constatação que se pode pré-compreender para compreender os fatos sociais que envolvem as relações privadas de consumo. O *status* da pessoa consumidora detém o patamar de direito fundamental no nosso ordenamento. Os direitos do consumidor não podem ficar adstritos à forma *código*, fundada no monismo da fonte, na completude de sua vinculação. Deve se apoiar no diálogo das fontes normativas, permeadas pela unidade constitucional e seus princípios e valores fundamentais.²²⁵

Nota-se que a regulação das relações sociais de consumo por um texto codificado, quer pela sua dinâmica, pela sua impessoalidade e nítida desigualdade de força social, não consegue concretizar o seu feito. Não pode ser limitada pela moldura legislativa, ao menos a da forma *código* clássica. Como bem nos ensina Luiz Edson Fachin: “celebra-se um novo chamamento, histórica e socialmente

²²⁵ “O Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado *sui generis* brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo de várias fontes legislativas de direito privado (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e leis dos sistema financeiro e securitário) sob a luz e orientação do sistema de valores da Constituição.” (MARQUES, Claudia Lima. *O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591)*: observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 45.)

contextualizado, germinado na morada cujo mobiliário científico não se aquieta na rígida moldura codificada ou no pouso pretensamente seguro da exegese estrita”.²²⁶

A busca da emancipação do sujeito consumidor, do *status* da pessoa do consumidor, está além do modelo estampado no Código de Defesa do Consumidor. Este pode, inclusive, legitimar a debilidade do consumidor dentro de sua medida.

Destarte, desponta a tutela de defesa da pessoa do consumidor constitucional como direito fundamental que possui aplicabilidade e eficácia direta entre os particulares.

²²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Transformação do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. In* Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro:Renovar, 2002. p. 44.

CAPÍTULO III.2 – Pessoa, Consumidor e Mercado no Sistema de Princípios e Valores Constitucionais

A sociedade não se pode reduzir somente ao mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita normas que o legitime e o regule.²²⁷

Na contextualização da codificação sob a influência do positivismo, percebe-se que o direito abstrato apresenta-se como fenômeno puro, sem a inclusão de valores. O processo da constitucionalização do direito privado, no qual a norma foi invadida pelos valores e princípios constitucionais, determinou uma clivagem normativa do privado para o público. Acarretando a repersonalização²²⁸ dos institutos basilares do direito privado (personalidade, propriedade, família, contrato e responsabilidade civil). O Direito passou a se vincular, de forma estreita, com a moral.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a supremacia de suas normas e fundou um sistema de valores e princípios que norteiam todo ordenamento privado, tendo no topo deste sistema a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais elencados no rol do artigo 5º, que pode ser ampliado ao teor do § 2º do mesmo artigo.

Nas Cartas Constitucionais liberais as normas constitucionais não adentravam a seara do direito privado, por isso a expressão: o *Código Civil é a Constituição do direito privado*; os direitos fundamentais detinham, tão somente, a dimensão subjetiva do titular do direito em face de uma abstenção de conduta estatal.

As Constituições sociais elencaram normas de direito privado, por meio da inclusão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como

²²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 506.

²²⁸ “A “repersonalização” do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum parti-pris filosófico jusnaturalista ou “personalista”...é pura e simplesmente de...repor “o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação jure civile”, não apenas, “como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação.” (CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*. 2ª. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1982. p. 10.)

princípios estruturantes. Esses exercem uma dimensão objetiva com conteúdo axiológico que se expandem por todo o ordenamento.²²⁹

É nesta dimensão material e objetiva que o sistema unitário constitucional implementa por meio de uma ordem de valores e princípios, que se faz necessário analisar a simbiose entre a pessoa, o seu *status* de consumidor e o mercado.

Como já identificado, na primeira parte do presente trabalho, a sociedade contemporânea é eminentemente consumista - fator que exalta a relação jurídica existente entre a pessoa (centralidade do ordenamento) consumidor (*status* da pessoa pelo ato de consumir) e mercado (agente econômico que produz o consumo).

Essa é uma relação jurídica de forças desiguais, pela condição de detentor dos meios de produção e do capital econômico aliado ao conhecimento técnico, que faz determinante a imposição deste “*ser*” mercado frente à pessoa do consumidor. Para amenizar este déficit de forças na relação de consumo, em prol do consumidor, é que o sistema de valores e princípios constitucionais se faz um instrumento impreterível no intuito de bitolar a ingerência do mercado e sua livre iniciativa.

O direito fundamental de proteção da pessoa do consumidor atua como um legítimo limitador da iniciativa econômica, conforme se infere da redação do inciso V, do artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Esse consagra a defesa do consumidor como um direito fundamental do indivíduo, da coletividade e da ordem econômica.

O sentido do direito fundamental de defesa do consumidor no âmbito da atividade econômica significa um atuar em prol de defender a pessoa do consumidor. No intuito de que esta não seja malograda no seu agir cotidiano, ou tratada de forma desleal pelo mercado de produção de bens e serviços que visa à obtenção do lucro, seu objetivo crucial, todavia com limitações, como bem enfatiza Pietro Perlingieri: “A defesa do mercado se encontra na defesa da empresa privada,

²²⁹ “Esse ponto de vista levou ao reconhecimento de um duplo caráter (dimensão ou função) dos direitos fundamentais: estes, ao mesmo tempo em que asseguram posições jurídicas subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem de valores objetiva, que há de comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos.[...] Os catálogos de direitos fundamentais deixam de ser entendidos como meras enumerações de posições jurídicas que os indivíduos podem opor ao Estado, passando a representar, também, o código de valores e fins que a sociedade visa a efetivar.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 458.)

como ato qualificado de iniciativa econômica que, para subsistir, inevitavelmente tem necessidade de normas que impeçam que a atividade se desenvolva em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana.”²³⁰

Na dimensão objetiva os direitos fundamentais são ordenadores do sistema de valores. O princípio constitucional de defesa do consumidor percorre o ordenamento jurídico irradiando seu objetivo de proporcionar um tratamento compensador e protetivo na desigualdade inerente na relação de consumo. Para tanto, é necessário defender o consumidor e limitar a livre iniciativa²³¹ por meio da aplicação direta e plena do direito fundamental.

A ordem constitucional traz consigo um sistema de valores e princípios fundamentais.²³² A tutela da pessoa encontra-se no centro desta ordem.²³³ Por isso,

²³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 520.

²³¹ “*In questi ultimi anni, Il diritto dei consumi, ha attraversato una fase progressiva, non solo per la proliferazione di decisioni normative, quanto per il cambiamento nel modo di concepire la figura del consumatore e quindi dei suoi diritti. Si è verificata, in altri termini, una vera mutazione genetica nel concepire il ruolo della persona-consumatore nell'ambito del mercato, non più considerato entro una prospettiva rivendicazionistica, ma mettendo in campo, per l'appunto, norme e valori. Questo aspetto, una volta tematizzato, consente di cogliere nella tutela del contraente debole il contesto assiologico che ne costituisce l'architettura normativa. Quella dialettica norme-valori, che è stata descritta in più occasioni da Pietro Perlingieri, trova qui un approccio, non meramente teoretico, ma volutamente ancorato allà scena del diritto. Il contraente, non è più considerato uno status, confinato nella letteratura giuridico-economica, il cui comportamento resta l'oggetto di studi sociologici, ma diventa invece un modo d'essere della persona umana, allorché interpreta il suo ruolo nel mercato e nella società più in generale*” (CALABRÒ, Gian Pietro. *Tutela del Contraente Debole e Mercato: La Dialettica tra Norme e Valori*. In: PERLINGIERI, Pietro; CATERINI, Enrico (a cura di). *Il Diritto dei Consumi*. Rende: Edizione Scientifiche Calabresi, vol. I, 2004. p. 35-36. “Nesses últimos anos, o direito dos consumidores, atravessou uma fase progressiva, não só pela proliferação de decisões normativas, quanto pela mudança no modo de conceber a figura do consumidor e, portanto dos seus direitos. Verificou-se, em outros termos, uma verdadeira mutação genética ao conceber o papel da pessoa-consumidor no âmbito do mercado, não mais considerado dentro de uma perspectiva reivindicacionista, mas colocando em campo, precisamente, normas e valores. Este aspecto, uma vez tematizado, consente de colher na tutela do contraente fraco o contexto axiológico que constitui a arquitetura normativa. Aquela dialética normas-valores, que foi descrita em várias ocasiões por Pietro Perlingieri, encontra aqui uma abordagem, não meramente teórica, mas intencionalmente ancorada à cena do direito. O contraente, não é mais considerado um status, confinado na literatura jurídico/econômica, cujo comportamento permanece o objeto de estudos sociológicos, mas torna-se ao invés um modo de ser da pessoa humana, quando interpreta o seu papel no mercado e na sociedade mais em geral” Tradução Geraldo Polla.

²³² “A idéia central inerente a essa visão é a de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que hão de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Nessa perspectiva, as escolhas valorativas postas na Constituição – e que são exprimidas no rol de direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 457.)

²³³ “A tutela da pessoa, a dignidade humana estão posicionadas no ápice da hierarquia dos valores previstos pela Constituição. Vale dizer, que estão no centro do sistema e representam o eixo em torno do qual gira todo o ordenamento, com a conseqüente subordinação das relações patrimoniais aos valores existenciais.” (CICCO, Maria Cristina de. *A Pessoa e o Mercado*. In: TEPEDINO, Gustavo

a pessoa, ao praticar o ato de consumo torna-se o consumidor protegido pelo manto do direito fundamental. Isto não significa reduzir a pessoa a consumidor, pois este é uma qualidade (*status*) daquela, por meio da qual realiza e satisfaz as necessidades vitais.

Ressalta-se, todavia, que ser consumidor, numa sociedade de massa, não é ser consumidor sozinho, isolado. O consumidor é ligado, inexoravelmente, com os outros consumidores de produtos ou serviços colocados no mercado, o que gera uma socialização de seus direitos.

Denota-se que a relação de consumo possui uma relevância social, que refoge a visão jurídica privada tradicional individualista para os direitos dos consumidores:

En interes del consumidor no encaja en el mismo esquema. Y por eso el derecho y la justicia, que no pueden ser imaginados sin sus notas de efectividad, habrán de avanzar hacia una dimensión social en el encuadramiento jurídico de estos derechos, para el fiel cumplimiento de aquel mandato constitucional de tutela. En efecto, las agresiones a los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables, y entoces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional (exclusivas o diferenciadas com relación al sujeto) Se despliegan sobre la comunidad, expuesta del mismo modo, coincidente e indiferentemente a ciertos riesgos, sin perjuicio de que un daño efectivo pueda recaer sobre algunos más que otros. El interés de “todos los consumidores” está sujeto a una posibilidad inmanente de conflicto social com los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad.”²³⁴

O interesse do consumidor, sujeito da contemporaneidade, não se fixa, tão somente na individualidade, mas também, na coletividade, determinada ou não. Ou seja, deve-se vislumbrar os direitos dos consumidores como um direito social, coletivo, difuso, mas sem deixar de fulcrar a sua proteção na pessoa humana. Esta que se configura no cerne do ordenamento, como elemento irradiador de força constitucional no sistema de valores e princípios.²³⁵

(org). Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 103.)

²³⁴ STIGLITZ, Rubén; STIGLITZ, Gabriel A.. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. p. 13.

²³⁵ “A pessoa e o mercado, esses termos são usados e colocados na ordem em que aparecem no título da minha intervenção, isto é, pessoa, em primeiro lugar, e mercado em segundo, querendo assim ressaltar que a pessoa representa, como dissemos, o valor máximo do ordenamento.[...] O Caminho em direção à subordinação das relações patrimoniais aos valores econômicos.[...] Quando se examina a relação mercado-pessoa, acaba-se sempre por fazer referência ao consumidor. Não devemos esquecer, contudo, que existe uma diferença fundamental entre pessoa e consumidor na medida em que os dois termos não se confundem. O consumidor, como bem evidencia o Prof. Perlingieri, é um aspecto da pessoa. O consumidor é, antes de tudo, o homem, a pessoa, que por

Para extrairmos uma defesa e proteção efetiva, é necessário resgatar a pessoa humana e a sua dignidade, e a coletividade de pessoas que está por detrás do consumo, para impor limites ao livre mercado na relação de consumo, concretizando o tratamento desigual - igualdade substancial - no intuito de defender a pessoa menos favorecida do liame jurídico-privado de consumo. É neste diapasão que se encontra enraizado o direito fundamental de defesa do consumidor e a sua inserção e vinculação com a dignidade da pessoa humana, como valores e princípios vinculantes em nosso ordenamento.²³⁶

O princípio normativo constitucional de defesa do consumidor se perfaz num direito fundamental. Violá-lo é ferir a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o ato de consumir deve se refletir na condição de viver dignamente, o que consagra a relevância do consumo na vida das pessoas, pois muitas das necessidades existenciais do sujeito são atendidas pelo consumo.²³⁷

Verifica-se a necessidade de implementar a defesa do consumidor constitucional, vinculada à dignidade da pessoa humana e à primazia dos direitos

vezes age como consumidor.[...] O CDC elevou o consumidor a sujeito de direitos que passou então a ser visto como agente econômico, titular de posições garantidas pela ordem jurídica, conforme os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. O fulcro da questão está justamente aqui. O consumidor, antes de ser agente econômico, é pessoa e como tal deve ser tutelada. (CICCO, Maria Cristina de. *A Pessoa e o Mercado*. In: TEPEIDINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 104-107.)

²³⁶ “Os direitos fundamentais, que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 considera invioláveis, são inerentes à dignidade humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível...A dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). O ordenamento jurídico moderno, a partir da Constituição, fixa vários princípios fundamentais espelhando valores nele consagrados a serem observados.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 193.)

²³⁷ “Passando a centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.[...] O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.[...] Em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 26.)

fundamentais²³⁸, através do princípio constitucional da defesa do consumidor aplicável de forma direta no âmbito das relações privadas, pois “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, constituindo, por conseguinte, mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades reais e jurídicas.”²³⁹

A defesa do consumidor configura-se em norma central de nosso ordenamento pelo seu conteúdo valorativo, fazendo parte do sistema de princípios constitucionais, exercendo, assim um papel fundamental²⁴⁰.

A proteção e defesa da pessoa do consumidor, baseada no sistema de valores e princípios constitucionais, deve se dar no plano da existencialidade e não no aspecto patrimonialista, puramente econômico que ainda predomina²⁴¹. Este fato corresponde a repersonalização dos direitos dos consumidores, pois a pessoa é que deve ficar no centro das relações de consumo e não o aspecto meramente econômico.

O mercado reconhece o consumidor sob o prisma da fundamentalidade constitucional deste sujeito de direitos individuais, homogêneos e coletivos, sob o prisma dos valores econômicos do consumismo, deixando à margem o direito fundamental da pessoa do consumidor.²⁴²

²³⁸ “A centralidade de uma norma não é dada pelo seu “maior grau de completude”, mas pelo seu papel no sistema.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. p. 514.)

²³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 86.

²⁴⁰ “Os princípios são razões para as regras, os princípios permitem conhecer o seu conteúdo valorativo mais facilmente que as regras, e servem, como razões para regras básicas, os princípios têm importância fundamental, no que se refere ao seu conteúdo, para o ordenamento jurídico. Pelo fato de surgirem naturalmente, em contraposição às normas criadas.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. p. 86.)

²⁴¹ “Ainda que de forma decrescente, continua prevalecendo a cultura mercantilista. Não existe ainda uma tutela forte da pessoa humana. A pessoa não é tutelada como pessoa, mas como trabalhador, consumidor, investidor.” (CICCO, Maria Cristina de. *A Pessoa e o Mercado*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 103.)

²⁴² “O Direito do consumidor realça a proteção da pessoa do consumidor...uma perspectiva subjetiva, o centro da tutela jurídica é dado pelo consumidor e pela vulnerabilidade que ele apresenta diante das práticas quotidianas no mercado contemporâneo...Por tais motivos, a centralização jurídica sobre o indivíduo do consumidor, que se encontra numa situação que não pode ser compensada economicamente, senão, tão somente, por uma política jurídica, parece ser a forma mais adequada que o Sistema do Direito pode assumir para tentar abranger o fenômeno de consumo e compensar as deficiências funcionais do mercado contemporâneo.” (FORTUNY, Maria Alejandra. *O Direito do Consumidor: A Emergência de um Novo Paradigma no Direito Moderno*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva,

A relação de consumo pode ficar adstrita numa moldura jurídica estática, mas deve-se fundar num sistema aberto e plural de valores e princípios constitucionais, onde o porvir do direito de defesa do consumidor é constantemente revitalizado. Este garante à proteção da pessoa na sua dimensão existencial e não puramente econômica de consumo, servindo como limitador da liberdade privada empresarial na qual o mercado se insere.

A defesa do consumidor, como direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, possui uma densidade hermenêutica constitucional pelo seu conteúdo objetivo essencial que não pode ser transposto. Este proclama a sua inclusão nos valores e princípios constitucionais, identificando-os na defesa e com isto elevação da pessoa inserida no contexto de consumo.

Tal acarreta a aderência dos direitos performadores da relação de consumo no direito fundamental de defesa do consumidor. Possibilita a constitucionalização do direito privado do consumidor. Emancipa a relação consumidor/fornecedor do direito codificado, para adentrar no sistema de valores e princípios constitucionais que albergam a pessoa e a coletividade, para impor limites à livre iniciativa²⁴³, no intuito de equilibrar a relação desigual.

O consumo foi tornado vital, quase uma necessidade de sobrevivência do homem. Para consumir a pessoa deve ter acesso ao consumo, só assim terá condições de uma vida digna. Neste contexto, o princípio de defesa do consumidor²⁴⁴ deve adentrar a seara das relações entre particulares.

Há uma camada de consumidores que buscam nos bens supérfluos a satisfação de seus desejos e necessidades. Todavia, existe uma camada social e

2003. p. 164/165.)

²⁴³ “O mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis. A centralidade de uma norma não é dada pelo seu “maior grau de completude”, mas pelo seu papel no sistema.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 503.)

²⁴⁴ “A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito... A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional....A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente(....) À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.” (BARROSO, Luís Roberto. *Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2004. p. 297.)

humanamente relevante que está fora do mercado de consumo e à margem do processo histórico, cultural, social e econômico da sociedade contemporânea. São as pessoas que não têm condições econômicas e que, por isso, não tem acesso para exercerem o papel de consumidores²⁴⁵.

O mercado de consumo é fundado nos interesses daqueles que detêm os meios de produção. Estes analisam o consumo pelas camadas do nível econômico, renegando o humano, a *pessoa de carne e osso*.²⁴⁶ Os interesses mercantilistas preponderam para o mercado. Não é a pessoa, mas o consumidor com capital para consumir, adquirir, comprar, usar, desusar e descartar que é considerado – o que avilta a dignidade humana.

Neste contexto da sociedade contemporânea, onde impera um alarmante economicismo nas relações voltada para o consumo, é que a defesa da pessoa do consumidor frente ao mercado, fundada no direito fundamental, vincula-se no sistema de valores e princípios constitucionais para ser o instrumento primordial visando coibir a preponderância do econômico em face do humano e da coletividade²⁴⁷.

A pessoa não pode ser reduzida à condição de objeto/mercadoria²⁴⁸ pelo mercado. O direito deve possuir ferramentas para conformar limitações às iniciativas do livre mercado. O direito fundamental, aplicado de forma direta e imediata entre os

²⁴⁵ “Dentre as graves mudanças que condicionam o mundo atual, destaca-se que talvez seja a mais sensível no cotidiano do povo: a transformação de toda a população do planeta em um staff de consumidores. Hoje praticamente não existem comunidades auto-suficientes ou sustentadas por economia de escambo, o que era relativamente comum. Cada um dos seis bilhões de habitantes do planeta é um consumidor – ao menos em potencial, já que 15% dessa população encontra-se abaixo da linha da miséria e não tem poder de consumo.” (LEITE, Roberto Basillone. *Introdução ao Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora LTr, 2002. p. 23.)

²⁴⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 83.

²⁴⁷ “A inseparabilidade do econômico daquilo que é humano deve levar à configuração de novas relações entre economia e ética, entre economia e direito, entre economia e política.[...] A sociedade tecnológica deve permanecer societas solidária e atenta aos conteúdos, aos valores, à cultura da dignidade humana....A realidade econômica (e, portanto, o próprio mercado) deve levar em consideração também motivações não ligadas ao lucro...para formar uma ética dos negócios, inspirada em motivações mais complexas do que a simples maximização do lucro, que saiba ir além dos tradicionais valores de honestidade e confiabilidade, de forma a envolver também a responsabilidade social.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 514.)

²⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 125.

particulares aliado ao sistema de valores e princípios constitucionais²⁴⁹, é a peça angular deste mecanismo.

²⁴⁹ Sobre o sistema de valores e princípios da norma constitucional Pietro Sanchís, enfatiza 4 momentos que os fundamentam: “1º.) a vinculação do direito não mais, exclusivamente com a norma, mas com valores morais de cunho funcionalizante, onde a norma não estaria refugiada em si mesma, mas estaria vinculado a princípios axiológicos com força constitucional; 2º.) a pluralidade das fontes normativas, onde as normas não se esgotam por um único processo, o de fabricação de leis, mas está envolvida com a sociedade plural, com os agentes sociais, vinculada aos princípios de valores morais, éticos emanados da Constituição; 3º) um sistema unitário constitucional, regrado por princípios valorativos, abertos, gerais e contraditórios; 4º) ruptura com a neutralidade do sistema, onde o julgador deve julgar de acordo com a ponderação dos princípios constitucionais que governam, que permeiam todo o ordenamento jurídico, ficando, este, adstrito também aos valores morais vinculativos as normas principiológicas constitucionais, sendo esta a racionalidade jurídica do constitucionalismo, a subsunção, quanto a validade, dos princípios constitucionais gestores a toda normatividade infra-constitucional que deve ser aplicada o que não acarreta discricionariedade total do juiz, mas sim uma discricionariedade correlata ao sistema normativo constitucional axiológico de princípios. Onde a normatividade eficaz é aquela traduzida não pela força, mas pelos valores e princípios morais recepcionados pela sociedade e por quem opera o direito.” (SANCHÍS, Pietro. *Constitucionalismo y Positivismo*. 2ª. ed. Cidade do México: Distribuciones Fontamara S.A., 1999. p. 27.)

CAPÍTULO III.3 – O Estatuto Constitucional do Consumidor: A Constitucionalização da Relação de Consumo

Diante da percepção de que a defesa do consumidor é um direito fundamental, e por assim dizer, encontra-se inserido no domínio do sistema constitucional de princípios e valores onde a pessoa no seu *status* de consumidora prepondera ao mercado, o Código de Defesa do Consumidor não possui o condão de albergar a completeza das relações de consumo. Assim, ordenamento se abre para a constitucionalização dos direitos dos consumidores.

O sistema jurídico não pode ser fechado numa moldura codificada, senão poderia deixar de corresponder às exigências daqueles a que deveria servir. Para evitar este contra senso, é necessário aplicar de forma concreta direta e imediata o princípio constitucional de defesa do consumidor, que é a cláusula geral norteadora de todos os atos praticados na relação de consumo, pois os consumidores são detentores de direitos emanados da Lei Fundamental (arts. 5º, inciso XXXII; 170, inciso V)

Essa normatividade constitucional proclama os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor que haurem da norma constitucional a sua efetividade plena e absoluta, para buscar o equilíbrio das partes da relação de consumo, fornecedor/consumidor.

No intuito de efetivar uma defesa e proteção dos direitos do consumidor, por intermédio da aplicação diretiva da norma principiológica constitucional, emancipando a defesa do consumidor dentro do sistema jurídico unitário constitucional da sua codificação específica, para fazer incutir a fundamentalidade do princípio protetor do debilitado na relação de consumo, é necessária a implementação deste direito fundamental vinculado ao sistema de valores e princípios constitucionais, para derivar num estatuto constitucional de defesa do consumidor.

Na contemporaneidade globalizada os avanços tecnológicos e industriais e a complexidade das relações entre particulares podem estiolar a condição de

consumir dignamente, com ética e boa-fé. O consumo é o instrumento de circulação de riquezas primordial na sociedade; para tanto, deve-se proteger o agente fomentador das relações sociais e econômicas garantindo um tratamento humano e igualitário e uma otimização deste sujeito nas relações intersubjetivas²⁵⁰.

O consumidor não pode ser considerado apenas como o destinatário final da relação de consumo, na forma preceituada no artigo 2º. do CDC, pois na dinamicidade da vida na civilização contemporânea o consumidor age e interage no mercado consumista de forma contínua. O direito fundamental visa acobertar os direitos dos frente às imposições dos fornecedores de produtos e serviços, que visam única e exclusivamente à obtenção do lucro.

Tais agentes econômicos impingem obrigações e deveres desproporcionais em desfavor do consumidor, bem como retiram obrigações e deveres que seriam vinculativos nas suas práticas comerciais em desproveito do consumidor. Sua proteção merece guarida no nosso ordenamento jurídico, como elemento fundante e central do sistema de valores e princípios constitucionais e o seu conceito não pode ficar adstrito ao conteúdo normativo descrito no Código de Defesa do Consumidor (artigo 2º.), mas deve ser aberto em conformidade com o direito fundamental que lhe protege (artigos 5º., inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988).

O conteúdo da ordem constitucional descrito nestes artigos possui caráter normativo vinculante na seara do direito privado. Nosso sistema jurídico é unitário constitucional, dele emergem princípios e valores que coexistem de forma harmoniosa e que permeiam toda a normatividade privada.

Na situação em comento, a constitucionalização dos direitos do consumidor ocorre em vista da consagração da defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental da pessoa e da coletividade, que se insere de forma direta nas relações entre particulares, por meio da sua força principiológica axiológica

²⁵⁰ “É neste ambiente de transformação que o reconhecimento constitucional da defesa do consumidor ocorre e, portanto, dotado de natureza principiológica. Ademais, a tipologia contratual, na qual são inseridas as relações de consumo, fomenta a adesão às condições gerais dos contratos, as quais são padronizadas e previamente predispostas. É uma configuração contratual destinada a atender às exigências do mercado, de maneira a atingir o maior contingente de pessoas em espaço de tempo reduzido, características próprias de uma sociedade massificada e globalizada. ...Exatamente pela ausência de paridade entre as partes, a tutela “consumerista” é pautada em normas de ordem pública e interesse social, além da pressuposição legal da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O Direito do Consumidor e os Novos Direitos*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Núria Fabri Editora, 2008. p. 87.)

constitucional, e os seus valores resplandecem em todos os enunciados legislativos que lhe é pertinente.

A interpretação das normas infraconstitucionais que regulamentam o direito privado - códigos, microssistemas, leis esparsas – deve se realizar à luz dos princípios e valores descritos na Constituição Federal. Esta é a virada axiológica que remodela, redefine e repersonaliza os institutos do direito privado. É a Constituição Federal que vai até o direito privado e não o contrário. Isto implica na constitucionalização do direito privado como um todo: o direito civil, o direito comercial e o direito do consumidor – o que altera a racionalidade da dogmática clássica fundada em códigos fechados.

Desta forma, constitucionalizar é também oferecer nova constituição de sentidos às figuras jurídicas pretéritas. Hoje o contrato teve constituído um novo sentido, superando os velhos dogmas dos códigos, com significados linguísticos novos e não apenas como novas fórmulas sobre essas figuras jurídicas antigas. Como bem ressalta Maria Alejandra Fortuny, “é preciso destacar que o texto legal não é condição suficiente para a completa tutela da vulnerabilidade do consumidor.”²⁵¹

Neste enfoque é que se abre para o ordenamento jurídico a constitucionalização dos direitos dos consumidores, com o cunho protecionista do princípio constitucional da defesa do consumidor que encampa seus valores e sentidos no Código de Defesa do Consumidor.

O Código do Consumidor, para regular a livre iniciativa do mercado, utiliza-se dos princípios da boa fé objetiva e da justiça contratual, que prevalecem sobre a *pacta sunt servanda*, corolário da antiga governança das relações civis contratuais.

Tal tem como objetivo a preservação dos interesses e direitos do consumidor que ao firmarem contratos cedem a certas circunstâncias abusivas que são impostas pelo mercado, eis o seu caráter de vulnerável.²⁵²

²⁵¹ FORTUNY, Maria Alejandra. *O Direito do Consumidor: A emergência de um novo paradigma no direito moderno*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Os Novos Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 177.

²⁵² “Exatamente pela ausência de paridade entre as partes, a tutela “consumerista” é pautada em normas de ordem pública e interesse social, além da pressuposição legal da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O Direito do Consumidor e os Novos Direitos*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Núria Fabri Editora, 2008. p. 87.)

Para reparar essa discrepância isonômica presente na relação concreta de consumo, em que o mercado/fornecedor impõe unilateralmente sua vontade (restando à parte economicamente mais fraca simplesmente a opção de contratar ou não) é que se identifica a necessidade de inclusão da defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais de nossa Constituição.

Ao lado da hipossuficiência, a massificação das relações econômicas é refletida no instrumento do trânsito jurídico dos bens e serviços. Trata-se do fenômeno da standartização dos contratos, como o mais claro exemplo dos contratos de adesão e que se espalharam em todos os setores da economia. Nessa modalidade contratual, a imposição das cláusulas do contrato pela parte mais forte acaba por nulificar a liberdade do outro contratante. Por isso a debilidade permanente do consumidor nas relações de consumo. O freio para abrandar tal discrepância são os valores inerentes na ordem objetiva do direito fundamental de defesa do consumidor.

Isso implica dizer que a liberdade absoluta, fundada na igualdade (formal), restringe quase que por completo a liberdade de um dos contratantes. A parte hipossuficiente celebra contrato em que a sua manifestação de vontade está limitada ao consentimento ou não sobre o contrato como um todo. Não há possibilidade de discussão das cláusulas. A idéia de liberdade como pressuposto ético da força obrigatória dos contratos e sua intangibilidade se deslegitimam.²⁵³

O princípio fundamental constitucional de defesa do consumidor está inserido nas regras e os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor que existem para o fim de assegurar a concretização de seus valores constitucionais perceptivos de ética e boa-fé nas transações comerciais a fim de sobrepujar abusos praticados no mercado, no intuito de acarretar a socialização das relações de consumo no sentido igualar a desigualdade.

Claudia Lima Marques corrobora o potencial dimensionamento da fundamentalidade dos direitos dos consumidores e a constitucionalização dos direitos dos consumidores:

²⁵³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (org). *Direito Civil Constitucional – Situações Patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 26.

“um aspecto importante da constitucionalização do direito dos contratos, no caso contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários ou relações de consumo que envolvem direitos humanos ou fundamentais do contratante mais fraco, o consumidor, que é a análise do efeito horizontal (ou entre dois contratantes privados) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de *Drittwirkung* no direito do consumidor constitucionalizado.”

A conceituada jurista, ao analisar a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 2591, referente ao pedido de exoneração do conceito de fornecedor dos prestadores de serviços bancários e securitários, considera: “ é uma decisão, que se constituirá numa pedra fundamental na história do direito privado.[...] representa um passo significativo e profundo na chamada constitucionalização do direito privado.[...] e abriu as portas para a *Drittwirkung* ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.[...]uma pedra fundamental do novo direito privado de consumo.”²⁵⁴

Evidencia-se no princípio constitucional de defesa do consumidor o direito e garantia fundamental que orienta todas as relações privadas de consumo, filtrando-as e inserindo-as no sistema unitário das normas constitucionais de índole principiológica²⁵⁵, agregando seus valores no interior do sistema codificador por sua força objetiva, gerando a constitucionalização dos direitos de defesa e proteção do consumidor.

A constitucionalização dos direitos dos consumidores coincide com a aplicação imediata e a eficácia direta entre os particulares do princípio constitucional de defesa do consumidor, por ser um direito fundamental, cunhado com força visceral constitucional, é a garantia da tutela da pessoa humana frente ao mercado.

Esta tutela da pessoa como direito fundamental fomenta os direitos básicos do consumidor transcritos na Lei do Consumidor, determinando a constitucionalização

²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil*. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. N. 61, 2007. p. 45.

²⁵⁵ “Os direitos fundamentais também princípios de valor objectivos, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado ao significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unicidade do ordenamento jurídico. Assim os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringam ou contrariem (...) Além disso, fornecem argumentos que influenciam, decisivamente, a interpretação e aplicação das normas jurídicas ordinárias que regulam as relações de direito privado.” (ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os Direitos, Liberdade e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 289.)

destes, tais como: - a igualdade substancial com a afirmação da vulnerabilidade do consumidor (artigos 4º, I, III, 51, IV); - a boa-fé objetiva (artigos 4º, III, 51, IV); - a responsabilidade objetiva pela atividade econômica de risco (artigos 12, 14, 18, 20); - as políticas públicas de controle de qualidade dos produtos e serviços prestados aos consumidores (artigos 4º, II, alíneas “c”, “d”, V, VI); - a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores com a decretação da inversão do ônus da prova (artigos 6º, VII, VIII); - o cumprimento da oferta comercial (artigos 6º, IV, 30, 31, 35); - a precisão dos dados constantes nos bancos de dados de restrição creditícia dos fornecedores (artigo 43, § 1º); - a interpretação favorável das cláusulas contratuais ao consumidor (artigo 47); - a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais onerosas, excessivas, contrárias à boa-fé e ao sistema normativo de defesa do consumidor (artigos 6º, IV, V, 51, I, IV, §1º) ; a prevenção e reparação efetiva e integral dos danos (artigo 6º VI, 51, II), dentre outros.

Esses princípios do direito de defesa do consumidor são alicerces normativos que regulam a defesa do consumidor. Todavia, estão consubstanciados nos valores expandidos pela norma constitucional que os consumaram²⁵⁶. Por isso vigiam antes da existência da norma específica, haja vista que o princípio fundamental de defesa do consumidor não está restrito ao conteúdo normativo do código, que é um instrumento para a sua concretização.

Então, para abarcar a co-relação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor com o princípio fundamental, emerge a defesa do consumidor constitucional, que está para além da moldura do ato normativo que a regulamenta, e que é, verdadeiramente, a força motriz da defesa e proteção do consumidor nas relações de consumo – diretas e indiretas.

²⁵⁶ “Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil. E, por isso mesmo, os princípios insertos no Código de Defesa do Consumidor, de princípio coerentes com a nova ordem pública constitucional [...] justamente por expressarem valores constitucionais, não podem deixar de incidir sobre toda a teoria contratual [...] Veja-se o princípio do ressarcimento integral [...] o princípio da interpretação mais favorável à parte que se encontra em situação de desvantagem [...] o princípio importantíssimo da revisão contratual, por excessiva onerosidade [...] na superação do dogma da autonomia da vontade [...] Todos esses princípios ingressam em nosso ordenamento após a promulgação da Constituição de 1988, a qual, consagrando os resultados de um longo processo histórico, altera radicalmente a ordem jurídica, abandonando o modelo liberal em favor de um Estado social [...] Com o Estado intervencionista delineado pela Constituição de 1988 teremos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de desvantagem.” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª. ed. 2001. p. 203.)

Nesta abordagem, baseada na constitucionalização do direito privado de consumo, é que se funda a defesa do consumidor constitucional, assegurando ao consumidor que nas relações comerciais/econômicas de consumo haverá uma proteção efetiva para impor limites à liberdade econômica do mercado. De forma que o direito do consumidor não pode ser avalizado sob a ótica dos valores econômicos do consumismo, mas sim dos valores e princípios de todo o ordenamento jurídico fundado na unidade constitucional.²⁵⁷

A norma constitucional é um postulado principiológico fundamental, o instrumento jurídico protetor dos consumidores perante o mercado econômico de consumo. Justifica a sua fundamentalidade em nosso ordenamento jurídico como vetor da hermenêutica consumerista, que repercute na sua constitucionalização.

Diante disto, verifica-se que a ação protetiva, concreta, da defesa dos consumidores está estampada na Constituição e se afirma na busca do equilíbrio das relações de consumo. Sua sintonia com o Código de Defesa do Consumidor é natural, até porque foi aquela que determinou sua feitura legislativa (art. 48, ADCT).

A racionalidade jurídica fincada no sistema de valores e princípios constitucionais vincula-se pela incidência imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas de consumo. Abranger a co-relação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor com o princípio fundamental constitucional de defesa da pessoa do consumidor.²⁵⁸ Este está para além da moldura codicista, o que faz imperiosa a constitucionalização dos direitos do consumidor para *acolher a*

²⁵⁷ “Certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 com o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, uma Constituição que é a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores [...] ressaltando o status constitucional da proteção do consumidor no direito privado brasileiro.” (MARQUES, Claudia Lima. *O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil*. Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 42.)

²⁵⁸ “Invoca uma série de direitos “fundamentais”, entre os quais a tutela da saúde e da segurança e o direito “à educação para o consumo”. A *ratio* desta últimas previsões é orientada evidentemente à tutela do consumidor como pessoa, favorecendo a aquisição de uma bagagem cognoscitiva adequada e, portanto, uma maior consciência e capacidade crítica na realização dos atos de consumo. Ao contrário, o direito “a uma adequada informação e a uma correta publicidade” é estritamente conexo com o conceito de mercado. A publicidade, de fato, representa um elemento que caracteriza fortemente o mercado, e, por conseguinte, enquanto componente essencial da concorrência, demanda uma idônea regulamentação. O reconhecimento do direito “à lealdade, transparência e igualdade nas relações contratuais” coloca-se na mesma esteira da recente legislação de proteção do contratante vulnerável, a qual influenciou profundamente a teoria tradicional do contrato, na medida em que criou instrumentos de tutela novos e ulteriores em relação àqueles previstos de forma geral no Código Civil.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 544.)

construção de unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico, que significa sustentar seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo.” ²⁵⁹

Nesta acepção jurídica é que as relações de consumo devem ser avaliadas, pois a aplicação do Código de Defesa do Consumidor traduz a eficácia social do princípio constitucional de defesa da pessoa do consumidor²⁶⁰, sendo que aquele é envolvido neste, pela força normativa do direito fundamental descrito nos artigos 5º. inciso XXXII e 170, inciso V. Por exprimirem valores e princípios constitucionais sociais, limitadores da livre iniciativa dos agentes econômicos.

Diante disto, tem-se a constitucionalização do direito do consumidor fundada no princípio constitucional de defesa do consumidor, que rege a normatividade da relação de consumo. E os princípios protetivos do consumidor descritos no Código protetivo e de defesa do consumidor se espelham no princípio constitucional.

Justifica-se, assim, a aplicação da defesa do consumidor na relação desigual praticada no modelo econômico do livre mercado, pois os direitos dos consumidores, agentes sociais mais fracos do liame jurídico (fornecedor/consumidor), não podem ficar dependentes, tão só, de uma moldura técnica normativa que é o Código de Defesa do Consumidor. Por certo, os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados de forma direta nas relações entre particulares, como a mais elevada ferramenta jurídica na busca dos anseios de proteção e defesa da pessoa do consumidor.

O sentido e o alcance do direito fundamental de defesa do consumidor é de restabelecer o equilíbrio para atenuar os abusos nas relações de consumo, para amenizar as desigualdades que o mercado impõe aos consumidores. Isto conduz a constitucionalização do direito privado na matriz jurídica dos direitos dos consumidores, por atuar na essência dos comandos normativos infraconstitucionais, que devem buscar, com primazia, a satisfação e cumprimento da fundamentalidade deste princípio protetivo da pessoa.

²⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. In Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 65, 1993. p. 24.

²⁶⁰ “Diante das exigências e necessidades novas, a pessoa representa o princípio fundamental prioritário de todo o ordenamento jurídico. Daí o esforço interpretativo voltado a atribuir um significado concreto ao texto que precede o elenco dos direitos fundamentais....como posições subjetivas que, embora em sua heterogeneidade formal, constituem o status jurídico do consumidor e por isso devem ser consideradas particularmente relevantes.” (PERLINGIERI, op. cit., p. 545.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impende, para concluir, arrematar o percurso proposto à pesquisa que foi levada a efeito.

A defesa do consumidor, remarque-se aqui, não pode estar à mercê de uma única fonte legislativa, que é traduzida no Código de Defesa do Consumidor. É necessário vislumbrá-la com sentido e alcance dentro do sistema de valores e princípios constitucionais onde ela está inserida. Nas palavras de Paolo Grossi: “Não é a soma mecânica das tesselas que nos dará o sentido de um mosaico, mas a sua fusão em um desenho.”²⁶¹

O direito fundamental de defesa do consumidor, como se demonstrou nesta dissertação, exalta a proteção à pessoa no seu *status* de consumidora e a transfere à seara das relações privadas e da normatividade infraconstitucional. O consumidor sofre as imposições do mercado numa sociedade marcadamente dinâmica e não pode ficar enclausurado numa ergástula normativa. A norma constitucional descrita no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal é o meio jurídico adequado para incidir de forma direta e plena nas relações particulares, por estar contido numa moldura aberta e plural na unidade do sistema de valores e princípios constitucionais.

O trabalho ora sustentado e exposto evidenciou que é patente a relevância social do consumo e a fragilidade do consumidor frente ao mercado. A deficiência do consumidor é inata na relação consumista, em vista que o mercado, além de objetificar a pessoa do consumidor, imprime a forma de vida deste por meio de práticas que servem aos seus interesses, tolhendo a liberdade e a igualdade nas relações de consumo.

O texto que circunscreve a presente dissertação toma a pessoa como centro da ordem jurídica e não um dado econômico. Para tutelar a defesa daquela é que se faz necessária em nossa ordem jurídica a aplicabilidade e incidência direta nas relações privadas do direito fundamental de defesa do consumidor. Este exprime os

²⁶¹ GROSSI, Paolo. *A Propriedade e as Propriedades na Oficina do Historiador*. In *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19.

valores e princípios que regem a normatividade e estão acima da codificação estrita. Por conseguinte, eis aí a crítica que se edifica neste estudo em relação ao reducionismo da “forma” código nas relações de consumo.

Por isso, deve haver uma repersonalização dos direitos dos consumidores, no sentido de tutelar a defesa da pessoa consumidora diante do econômico. Ou seja, a dignidade existencial desta frente ao valor patrimonial estabelecido pelo mercado. Conduzindo a uma constitucionalização dos direitos protetivos da pessoa do consumidor por meio da fundamentalidade objetiva material de seu comando normativo.

Portanto, poderíamos considerar, emprestando as palavras de Paolo Grossi, que a defesa do consumidor é como a tessela; o mosaico é o Código de Defesa do Consumidor; a fusão e o sentido do desenho são o sistema de valores e princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J. C. V. **Os Direitos, Liberdade e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ALBUQUERQUE, F. S. **O Direito do Consumidor e os Novos Direitos**. In A Construção dos Novos Direitos. Org. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Porto Alegre: Núria Fabri Editora, 2008.

ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

ALMEIDA, L. C. C. de. **A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos do Consumidor**: Um Caminho para a Eficácia Social da Norma dentro de um Modelo Garantista. In A Efetividade dos Direitos Sociais. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

ANTUNES, R. **Os Sentidos do Trabalho** – Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial. 2007. 9ª. Reimpressão.

BARBOSA, L. **Sociedade de Consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004

BARCELLONA, P. **El Individualismo Proprietario**. Madrid: Trotta, 1996.

BARROSO, L. R. **Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Curitiba. Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional 2004.

BAUMAN, Z. **Vida Para Consumo** – A Transformação da Pessoa em Mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **A Sociedade Individualizada** – Vidas Contadas e Histórias Vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

_____. **Globalização as Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Comunidade** – A Busca por Segurança no Mundo Atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. **Em Busca da Política**. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2000.

BERCOVICI, G. **O Princípio da Unidade da Constituição**. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 37, n. 145, 2000.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. Edição. Brasília: Editora UNB, 1999.

CALABRÒ, G. P. **Tutela del Contraente Debole e Mercato: La Dialettica tra Norme e Valori**. In Il Diritto dei Consumi, vol. I. A cura di PERLINGERI, Pietro; CATERINI, Enrico. Rende: Edizione Scientifiche Calabresi, 2004

CALVINO, I. **As Cidades Invisíveis**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pos-Moderno**. In Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPRA, F. **O Ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 1990.

CARVALHO, O. de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2ª. Ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1982.

CICCO, M. C. de. **A Pessoa e o Mercado**. In Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional. Org. TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

COMANDUCCI, P. **Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Analisis Metateorico**. In Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. 81.

COMPARATO, F. K. **A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico**. In Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano XIII. 1974

CRUZ, R. N. de la. **Los Límites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FACHIN, L. E. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Transformação do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. In Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

FARIAS, C. C. **A Proteção do Consumidor na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FONTENELLE, I. A. **O Nome da Marca** – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável. 2ª. Reimpressão, São Paulo: Boitempo, 2006.

FORTUNY, M. A. **O Direito do Consumidor: A Emergência de um Novo Paradigma no Direito Moderno**. WOLKMER, Antonio Carlos (org). Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GOMES, O. **Transformações Gerais do Direito de Obrigações**. 2ª. Edição Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GHERSI, C. A. **A Sociedade de Consumo como Processo Sócio-Econômico**. In Revista Tribunal Regional Federal 3ª. Região. São Paulo. Bimestral Maio e Junho, 2006.

GROSSI, P. **Primeira Lição sobre Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Absolutismo Jurídico** (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito. In. História da Propriedade e Outros Ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Propriedade e as Propriedades na Oficina do Historiador**. In História da Propriedade e Outros Ensaios. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2ª. Edição Revisada e Ampliada. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007

_____. **Code civil**: uma fonte novissima per la nuova civiltà giuridica “in” Atti dei convegni Lincei 221 (convegno “Il bicentenario del codice napoleônico”, Roma, dicembre 2004). Roma: Bardi Editore

HESPANHA, A. M. **Código y complejidad** “in” CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio* (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000). Milano: Giuffrè, 2002.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHMAN, A. **De Consumidor a Cidadão**. Editora Brasiliense: São Paulo, 1982.

IRTI, N. **La Formazione del Giurista**. In Revista Trimestrali di Diritto Pubblico. Milano: Giuffrè Editore, Anno LIV, Fasc. 3, 2004.

_____. **L'Età della Decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999

LEITE, R. B. **Introdução ao Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora LTr, 2002.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOVECE, G. **Mercadotecnia y Marketing en la Captación del Consumidor**. In Tutela del Consumidor. (Dir) GHERSI, Carlos A.. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

MARQUES, C. L. **Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços**: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In Revista do Consumidor n. 35. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000.

_____. **O Novo Direito Privado Brasileiro após a Decisão da ADIn dos Bancos (2.591)**: observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. In Revista do Consumidor n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito do Consumidor**. Co-Autoria: BENJAMIN, Antônio Herman V. BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 2ª. Ed.

_____. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In Revista do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, 2004

MARX, K. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRAGEM, B. N. B. **O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências Jurídicas de um Conceito**. In Revista de Direito do Consumidor n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MORAES, M. C. B de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. In Revista de Direito Civil. 1990.

NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PADILHA, V. **Reflexões sobre Cultura, Tempo Livre e Consumo na Pós-Modernidade**. In Revista Cultura Vozes. Petrópolis: Editora Vozes, n. 2, vol. 94, 2000. p. 55.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGERI, P. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008..

PIETROCOLLA, L. G. **Sociedade de Consumo**. São Paulo: Global, 1986.

PRADO, E. **Desmedida do Valor: Crítica da Pós-Grande Indústria**. São Paulo: Xamã, 2005.

RIOS, J. **A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998

RODOTÁ, S. **Persona-Consumatore**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1994. vol. 51.

ROJAS, E. **El Hombre Light** – Una Vida Sin Valores. Madrid: Temas de Hoy, 1992.

RUZYK, C. E. P. **Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea**. In *Direito Civil Constitucional – Situações Patrimoniais*. Carmen Lucia Silveira Ramos (org.). Curitiba: Juruá, 2002.

SANCHÍS, P. **Constitucionalismo y Positivismo**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara S.A., 2ª. Edição, 1999,

SANTOS, M. **Por uma Outra Globalização** – do Pensamento Único à Consciência Universal. 6ª. Edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

SILVA, L. V. A. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOMBRA, T. L. S. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas** - A Identificação do Contrato como Ponto de Encontro dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

STIGLITZ, R.; STIGLITZ, G. A. ***Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor***. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

TACHNER, G. **Raízes da Cultura do Consumo**. Revista USP. São Paulo, 1997.

TEPEDINO, G. **Código Civil, os Chamados Microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa**. In Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: UERJ, n. 6-7, 1998-1999.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª. Edição, 2001.

_____. **Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, 2005.

VALE, A. R. do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.