UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ AUGUSTO DE SOUZA PERES FILHO

PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR FACE ÀS ESTRUTURAS DE PODER NO MERCADO

NATAL
2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ AUGUSTO DE SOUZA PERES FILHO

PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR FACE ÀS ESTRUTURAS DE PODER NO MERCADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier

NATAL
2008

Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA
Divisão de Serviços Técnicos

Peres Filho, José Augusto de Souza.
Paradigma constitucional brasileiro da livre concorrência e defesa do consumidor face às estruturas de poder no mercado / José Augusto de Souza Peres Filho. - Natal, RN, 2008.
130 f.

Orientador: Prof. Dr. Yanko Marcius de Alencar Xavier.
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito do consumidor - Dissertação. 2. Brasil - Constituição (1988) - Dissertação. 3. Livre concorrência - Dissertação. I. Xavier, Yanko Marcius de Alencar. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA CDU 347.451(043.3)

JOSÉ AUGUSTO DE SOUZA PERES FILHO

PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR FACE ÀS ESTRUTURAS DE PODER NO MERCADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 30/07/2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor. Yanko Marcius de Alencar Xavier
Orientador - UFRN

Prof. Doutor. Artur Cortez Bonifácio
Examinador Interno

Prof. Doutor. Leonardo Martins
Examinador Externo

Dedico este trabalho aos meus pais, Maria e José Augusto, estímulos maiores para o meu aperfeiçoamento como ser humano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu orientador Prof. ao Prof. Yanko Marcius de Alencar Xavier, amigo de longa data, companheiro da Faculdade de Direito da UFPB que com maestria e paciência, tem sido fundamental para a minha formação acadêmica, desde a especialização em Direito e Cidadania por esta mesma UFRN.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito, especialmente Prof. Edilson Pereira Nobre Junior, Prof. Vladimir da Rocha França, Prof. Yanko Marcius de Alencar Xavier, Profª. Maria dos Remédios Fontes Silva, Prof. Fabiano Mendonça, Prof. José Diniz de Moraes, Prof. Bento Herculano, Prof. Djason Barbosa Della Cunha e Prof. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, fartos no saber e pródigos em entregá-lo aos discípulos nem sempre prontos para perceber toda a complexidade do que se queria dar a conhecer.

A Maria Lígia, funcionária da coordenação da pós-graduação em Direito, pela atenção e paciência sempre dispensados à minha pessoa.

Aos colegas de Mestrado, pela companhia na longa caminhada para a redação desta dissertação, mas vai um agradecimento especial ao colega Fábio Bezerra que ao tomar conhecimento que o tempo para mim se esgotava e que eu estava impossibilitado de produzir meu trabalho em face de grave acidente sofrido, que me deixou um mês com o braço direito engessado, naqueles dias puxou-me pela mão, resgatou-me da apatia em que eu estava com relação ao trabalho, estimulou dias, noites e madrugadas para que eu produzisse e chegasse ao final da caminhada. A ele e a sua Marina, que também sofreu conosco, meu mais sincero obrigado.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, do qual me orgulho imensamente de ser parte e que me permitiu vivenciar as experiências que geraram as indagações presentes neste trabalho.

Aos meus pais, Maria e José Augusto, aos meus filhos Rodrigo, Camila Maria, Mariana e Amanda, pela compreensão quanto às ausências em razão do trabalho.

Aos meus amigos-irmãos Manuel e Kelly pelo constante e incansável estímulo não só para que eu terminasse este mestrado, mas para que eu sobrevivesse aos percalços da vida com um mínimo de sanidade mental e lucidez. Amo muito os dois.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, ao cuidar da ordem econômica, denota especial preocupação em coibir os abusos do poder econômico e a concorrência desleal. O escopo mediato de tudo isso é, de fato, a defesa e proteção do consumidor, uma vez que este é destinatário final de tudo quanto se põe no mercado de consumo. O advento da Lei 8.078/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, inaugura um tempo de efetiva preocupação com os interesses individuais homogêneos oriundos das relações de consumo. Neste ponto, reside o foco de enfrentamento principal do presente trabalho, ou seja, a proteção do direito à propriedade individual, manifesta especialmente no exercício da liberdade de comércio que guarda relação direta com a respectiva função social a que se destina. Ao afirmar no inciso VI do art. 4º que a política nacional dessas relações, encontra lastro na proibição e repressão eficientes de todos os abusos cometidos nas relações de consumo, guardando intrínseca relação-causalidade na ordem econômica, insculpida pelo artigo 170 na Constituição de 1988. No plano genérico, o escopo do presente trabalho é perquirir acerca dos limites da liberdade de comércio e previsíveis colisões com normas de proteção e defesa do consumidor, bem como factuais convergências desses microssistemas, especialmente no que se refere aos interesses inerentes aos fornecedores. No plano específico, aspiramos identificar os dispositivos-comandos de proteção aos atores da relação de comércio, capazes de garantir a livre concorrência em uma economia global de mercado, visando primordialmente o Bem-Estar, para em seguida, numa perspectiva analítica, averiguar as possíveis aplicações que comporta a Constituição Federal, em sede de liberdades econômicas. Observou-se que o consumidor hoje não precisa só de leis que contemplem suas necessidades, fruto da vulnerabilidade que lhe é inata. Carece, sim, de mecanismos efetivos que previnam lesões que lhe podem ser impingidas pelos fornecedores ao tempo em que sejam úteis para reparar os danos quando ocorridos, penalizando o autor da lesão.
Palavras-chaves: normas de proteção e defesa do consumidor, livre concorrência, Constituição de 1988, consumo, direito do consumidor.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, when taking care of the economical order, denotes special concern in the abuses of the economical power and the disloyal competition. The mark to mediate of all this is, in fact, the defense and the consumer's protection, once this is final addressee of whatever if it puts at the consumption market. The coming of the Law 8.078/90, Code of Protection and Defense of the Consumer, inaugurates a time of effective concern with the homogeneous individual interests originating from of the consumption relationships. In this point, the focus of main to face of the present work lives, in other words, the protection of the right to the individual property, especially manifests in the exercise of the trade freedom that keeps direct relationship with the respective social function the one that is destined. The code of the consumer's defense doesn't just take care of this, but also of the other star of the relationships of the consumption. When affirming in the interruption VI of the art. 4th that the national politics of those relationships, finds ballast in the prohibition and repression efficient of all of the abuses committed in the consumption relationships, keeping inherent relationship-causality in the economical order, sculpted for the article 170 in the Constitution of 1988. In the generic plan, the mark of the present work is to question concerning the limits of the trade freedom and previsible collisions with protection norms and the consumer's defense, as well as factual convergences of those small systems, especially in what he/she refers to the innate interests to the suppliers. In the specific plan, we aspirated to identify the protection device-commands to the actors of the trade relationship, capable to guarantee the free competition in a global economy of market, seeking especially the Well-being, for soon afterwards, in an analytical perspective, to discover the possible applications that it holds the Federal Constitution, in headquarters of economical freedoms. It was observed that the consumer today doesn't need only of laws that their needs, fruit of the vulnerability that it is him/her meditate innate. He/she lacks, yes, of effective mechanisms that prevent lesions that can be them impinged by the suppliers at the time in that you/they are useful to repair the damages when happened, punishing the author of the damage.

Keywords: protection norms and the consumer's defense, free competition, Constitution of 1988, consumtion.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBPC – Código Brasileiro de Processo Coletivo (Projeto)

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CE – Comunidade Européia

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CMN – Conselho Monetário Nacional

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

INMETRO – Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial

IPEM – Instituto de Pesos e Medidas

FDDD – Fundo de Defesa dos Direito Difusos

ICP – Inquérito Civil Público

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano

IES – Índice de Exclusão Social

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LOMPE – Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais

LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União

MP – Ministério Público

MSC – Mandado de Segurança Coletivo

OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos

SAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SDE - Secretaria de Direito Econômico

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR – CONSIDERAÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO E MERCADO.....14

1 TUTELA JURÍDICA DAS PRÁTICAS COMERCIAIS: IDEOLOGIA, DOMINAÇÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO….....21

1.1 A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO…..... 21

1.2 DOMINAÇÃO E IDEOLOGIA NA METAFÍSICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....24

1.3 O TRATO CONSTITUCIONAL E O ADVENTO DO CÓDIGO CONSUMERISTA.....28

1.4 PRINCÍPIOS DO ESTATUTO CONSUMERISTA.....35

1.4.1 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....35

1.4.2 PRESENÇA DO ESTADO.....36

1.4.3 HARMONIZAÇÃO DE INTERESSE.....36

1.4.4 COIBIÇÃO DE ABUSOS.....37

1.5.5 INCENTIVO AO AUTOCONTROLE.....37

1.5.6 CONSCIENTIZAÇÃO DO CONSUMIDOR E DO FORNECEDOR.....38

1.5.7 MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....38

1.6 TUTELA COLETIVA E TIPOLOGIA DA TRANSINDIVIDUALIDADE.....39

1.7 O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A NECESSIDADE DE TODOS OS ENTES ESTATAIS ZELAREM PELA OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....50

2 LIVRE CONCORRÊNCIA E ESTRUTURAS DE PODER ECONÔMICO NO MERCADO.....55

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....55

2.2 O PODER ECONÔMICO NO MERCADO NA REALIDADE BRASILEIRA.....57

2.3 A LEI ANTITRUSTE E A POLÍTICA DE REPRESSÃO AOS EXCESSOS DA LIBERDADE DE COMÉRCIO.....58

2.4 A FORMAÇÃO DOS CARTÉIS E O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....68

2.5 INGERÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO DIREITO DA

CONCORRÊNCIA.....70
2.6 PRÁTICAS ABUSIVAS POTENCIALMENTE LESIVAS À LIVRE CONCORRÊNCIA.....74
2.6.1 Vendas casadas.....75
2.6.2 Recusa de fornecimento.....76
2.6.3 Remessa sem solicitação.....76
2.6.4 Prevalecimento abusivo.....77
2.6.5 Vantagem excessiva.....78
2.6.6 Execução de serviços sem orçamento.....78
2.6.7 Repasse de informação depreciativa.....79
2.6.8 Descumprimento de normas.....79
2.6.9 Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços.....80
2.6.10 Elevação injustificada de preços.....81
2.6.11 Aplicação de índice ou fórmula de reajuste.....81
2.6.12 Abusos quanto aos prazos.....82

3 PRÁTICAS COMERCIAIS NA ORDEM ECONÔMICA DE 1988: CONSIDERAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS.....83
3.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DIREITO DA CONCORRÊNCIA?.....83
3.2 DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO.....85
3.3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA DE 1988 QUE SE APLICAM AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....88
3.3.1 Valorização do trabalho humano.....90
3.3.2 Livre iniciativa.....92
3.3.3 Soberania nacional.....93
3.3.4 Propriedade privada.....95
3.3.5 Função social da propriedade.....95
3.3.6 Defesa do meio ambiente.....96

3.3.7 Redução das desigualdades regionais e sociais.....98

3.3.8 Busca do pleno emprego.....99

3.3.9 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.....100

3.3.10 Livre concorrência.....101

3.3.11 O princípio da defesa do consumidor.....101

3.4 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....104

4. NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONCORRENCIAL E PERSPECTIVAS DO CONSUMIDOR FACE AO PODER DE MERCADO.....106

4.1 DECADÊNCIA DA CULPA E OBJETIVAÇÃO.....106

4.2 APLICABILIDADE DA DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS.....108

4.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONJUGADO COM O PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE ENQUANTO CRITÉRIO INFORMADOR (HERMENÊUTICO).....109

4.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA PRIVADA.....112

4.5 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PREVISÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....114

4.6 SOBRE O ANTEPROJETO DE LEI DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....117

4.7 UM CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO PARA IBERO-AMÉRICA.....121

CONCLUSÕES.....122

REFERÊNCIAS.....124

LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR – CONSIDERAÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO E MERCADO

A liberdade, como se sabe, importa numa série infindável de questões filosóficas que não teríamos, aqui, como examinar. De fato, temos a liberdade de escolha sobre nossos caminhos, ou o destino de todos já se encontra previamente estabelecido? Trata-se a liberdade de uma condenação à qual nenhum de nós escapa, ou somos apenas vítimas ou beneficiários do acaso e das contingências?

Como fica a liberdade diante dos inúmeros fatores condicionantes da nossa vida (biológicos, psicológicos, históricos, sociais e econômicos), e sobre eles quais poderes exercemos?

É em meio a essas indagações que a defesa do consumidor e a livre concorrência assumem importância capital no atual estágio do Estado de Direito.

Esses seguimentos jurídicos, ambos de natureza eminentemente econômica, interpenetram-se num dado momento, de modo que sua compreensão, ao menos aqui, dá-se de forma conjugada.

Tal conexão encontra-se intimamente relacionada à intensificação do processo de mundialização da cultura jurídica, em resposta aos problemas relacionados ao consumo de bens e serviços em escala global, fenômeno especialmente observado a partir das últimas décadas do século XX.

Com efeito, surge nos países inseridos nesse contexto globalizado de economia de mercado, de modo quase simultâneo, um verdadeiro arsenal legislativo, derivado mormente da própria racionalidade contemporânea de origem contratualista, especialmente fundamentada na autonomia de vontade, com vistas à regulação da atividade econômica, bem como para o controle das ações dos atores, que operam nessa relação.

O presente estudo adota a classificação da doutrina dos dois tipos de controle dos agentes econômicos com poder no mercado: o controle dos comportamentos e o controle das estruturas.

De acordo com o primeiro paradigma de controle, o objetivo precípuo deve ser regulamentar e sancionar o chamado abuso do poder econômico, em suas mais variadas formas. Essa preocupação encontra justificativa no fato de que o direito antitruste no Brasil, até mesmo por alcance da atual Constituição, tem procedência nos dispositivos tendentes ao abrigo dos consumidores face ao abuso do poder econômico.

Com o advento da Lei concorrencial (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), passou-se a conjugar à preocupação com o controle dos comportamentos, também a preocupação com as estruturas de poder no mercado. Em termos atuais, essa conjugação conduz à síntese de que a formação dessas estruturas que possam vir a gozar de poder econômico só será autorizada caso acompanhada de justificativas que permitam afastar o perigo de abuso.

Essa tendência hodierna do direito concorrencial está absolutamente alinhada com os desenvolvimentos da teoria microeconômica[1], que, com base no estudo da racionalidade econômica do comportamento dos agentes no mercado, afirma ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma excessivamente injusta[2].

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao cuidar da ordem econômica, denota especial preocupação em coibir os abusos do poder econômico, a concorrência desleal, e a contrafação de marcas, sinais distintivos e outros aspectos que protegem a propriedade industrial. O escopo mediato de tudo isso é, de fato, a defesa e proteção do consumidor, uma vez que este é destinatário final de tudo quanto se põe no mercado de consumo.

Ao se permitir, com a globalização da economia, a invasão dos mercados internos por produtos de todas as procedências e origens, arrisca-se não apenas à aquisição de produtos de origem e qualidade duvidosas, mas também, à aquisição de produtos e serviços capazes de pôr em risco a economia nacional – fenômeno que, naturalmente, reclama regulação por parte do Estado[3].

---

[1] Entende-se por microeconomia parte da Economia que estuda o comportamento de agentes econômicos individuais (consumidores, produtores) e sua interação no mercado.

[2] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

[3] Isto sem falarmos em outros aspectos da globalização, como ressalta Octavio Ianni: "Está em curso o novo surto de universalização do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório. O desenvolvimento do modo capitalista de produção, em forma extensiva e intensiva, adquire outro impulso, com base em novas tecnologias, criação de novos produtos, recriação da divisão internacional do trabalho e mundialização dos mercados. As forças produtivas básicas, compreendendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho e a divisão internacional do trabalho,

Noutras palavras, se um produto é fabricado sob condições desiguais de legalidade (no caso de produtos e serviços importados) e, por conseguinte, de tributação, por exemplo, é natural a possibilidade de que este produto ou serviço comprometa a existência da livre concorrência no mercado em que se instale. E este é um problema que se verifica não apenas em relação a produtos ou serviços de procedência externa ao território nacional, mas também em relação a concorrentes nacionais[4].

A discussão que se propõe com a realização do presente trabalho, contudo, não gira em torno da questão tributária, mas, como já é de se observar, é relativa, sobretudo, à igualdade de condições para o exercício da liberdade de comércio e de consumo. O que implica em considerar, por exemplo, a boa fé dos concorrentes e o imperativo de proteção do consumidor.

O advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, inaugura um tempo de efetiva preocupação com os interesses individuais homogêneos oriundos das relações de consumo. Neste ponto, reside o foco de enfrentamento principal do presente trabalho, ou seja, a proteção do direito à propriedade individual, manifesta especialmente no exercício da liberdade de comércio.

Como conseqüência e fim desse esforço de proteção na esfera individual, tem-se a garantia de acesso a produtos e serviços que atendam aos requisitos de qualidade e modicidade que a todos interessam.

Tal harmonia que objetiva obter a implementação e efetiva execução do Código de Defesa do Consumidor igualmente é buscada, ainda sob a influência do artigo 170 da Carta Política, pela proibição de abusos como a concorrência desleal no exercício das atividades comerciais, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo.

---

ultrapassam fronteiras geográficas, históricas e culturais, multiplicando-se assim as suas formas de articulação e contradição. Esse é um processo simultaneamente civilizatório, já que desafia, rompe, subordina, mutila, destrói ou recria outras formas sociais de vida e trabalho, compreendendo modos de ser, pensar, agir, sentir e imaginar." (in IANNI, Octavio. **A era do globalismo.** 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 13).

[4] Há que se notar que mesmo diante de mecanismos regulatórios, referentes à política de proteção do mercado interno, o padrão tributário pode produzir efeitos díspares quando comparados àqueles produzidos na maioria dos contribuintes. Este é um fenômeno que se verifica nas duas situações relatadas.

O Código de Defesa do Consumidor não cuida apenas deste, mas também do outro astro das relações do consumo. Ao afirmar no inciso VI do art. 4º que a política nacional dessas relações, encontra lastro na proibição e repressão eficientes de todos os abusos cometidos nas relações de consumo, incluídas a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que porventura ocasionem prejuízos aos consumidores, o que, se busca, na verdade, é a tão sonhada ordem econômica, insculpida pelo artigo 170 na Constituição de 1988.

Nestes termos é que o Código Defesa do Consumidor agrupa-se às normas instituídas pelo Código da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), assim como às Leis de Defesa Econômica (encabeçadas pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) – maiormente postas a serviço do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, que pretendem conferir mais eficiência no combate aos trustes e cartéis, esforço este que visa ao livre mercado e à livre concorrência, a bem de todos consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

Nesse aspecto, o artigo 173 da Constituição da República, em seus §§ 4º e 5º, estabelece que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"; e que "a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

Assume, pois, no plano genérico, a tarefa de perquirir acerca dos limites da liberdade de comércio e previsíveis colisões com normas de proteção e defesa do consumidor, bem como factuais convergências desses microssistemas, especialmente no que se refere aos interesses correlativos aos fornecedores.

No plano específico, aspiramos identificar os dispositivos-comandos de proteção aos atores da relação de comércio, capazes de garantir a livre concorrência em uma economia global de mercado, visando primordialmente o Bem-Estar, para em seguida, sob uma perspectiva analítica,

averiguar as possíveis aplicações que comporta a Constituição Federal, em sede de liberdades econômicas.

Como já se vislumbra, é nessa dimensão estrutural que se direciona a seguinte pesquisa. No entanto, para o bom aproveitamento e compreensão do tema, há de se considerar que uma análise dessas estruturas do poder no mercado não seria acabada sem o estudo das matérias jurídicas que preexistem à atuação do órgão de controle, especialmente considerando a realidade econômica em países periféricos, como é o caso do Brasil, onde a concentração do poder empresarial encontra raízes históricas.

Assim, no primeiro capítulo abordamos as normas do código consumerista que influenciam na estabilização econômica brasileira.

No segundo capítulo é enfrentada a questão fundamental do presente trabalho, que é a análise das possibilidades de existir da livre concorrência[5] em face das investidas do poder econômico fortalecido pelas estruturas que o compõem.

O terceiro capítulo gira em torno nas normas principiológicas que se manifestam na liberdade de comércio, inclusive os princípios grafados em epígrafe à presente pesquisa.

Por fim, entendemos fechar o círculo de idéias que instigam o presente intento, com a apresentação das perspectivas da propriedade privada e seu uso, margeadas pela liberdade comercial, em específico a livre concorrência, dentro de um paradigma que reclama a sua adequação ao Bem-Estar Social.

Alçar qualquer esboço de contribuição nesta seara, contudo, não é uma tarefa tão fácil, considerando que o Brasil, sem ufanismos, dispõe de uma experiência constitucional respeitável.

Dificuldades em realizar um estudo sério e capaz de dar uma contribuição efetiva em defesa do consumidor dizem respeito à intensa atividade legiferante, uma acentuada oscilação jurisprudencial, uma produção doutrinária abundante, mas nem sempre voltada ao aprofundamento das idéias, assim como a proliferação dos princípios, nos mais variados aspectos, são alguns

---

[5] Merece ser mencionado, conforme ressalta Mario Biscardi, que a concorrência pura, ou perfeita (ou seja, aquela desprovida de vícios) é quase inexistente (In BISCARDI, Mario R. **Derechos del consumidor y de la competência em los distintos mercados.** Buenos Aires: Errepar, 2003, p. 53).

exemplos.

Em verdade, é uma questão de atributividade do Direito, a qual consiste basicamente em considerar que a cada direito corresponde o dever primeiro de se admitir, como contrapartida, a mesma liberdade de que se desfruta, ao outro pólo da relação.

É forçoso reconhecer, no entanto, que existe uma disposição natural do homem para descumprir tal preceito.

A gravidade dessa situação pode refletir-se na segurança e saúde do consumidor, por exemplo, quando se tratar de produtos relacionados àqueles valores, donde a necessidade de vigilância é permanente. Neste ponto, se verifica, sem dúvida, que deve haver imbricação e harmonização entre os instrumentos de proteção ou defesa do consumidor, propriamente ditos, com os de repressão à concorrência desleal.

Em que pese o histórico momento presente, quando se verifica, de certo modo, uma banalização dos princípios, desde aqueles tradicionais, até outros que dão versatilidade e amplitude ao aplicador do Direito, para locomover-se livremente, e, em muitos casos, ao sabor de seus interesses na interpretação das leis, entendemos que o modo de aproximar-se do objeto em estudo não comporta concessões.

Destarte, toda interpretação que não a unicamente jurídica é inconciliável com o campo que ostente as magnitudes de feixe de normas reguladoras de condutas inter-subjetivas, orientadas à locação de valores na situação social.

Se não nos daremos à pretensão de estabelecer parâmetros que recepcionem as várias possibilidades de arranjos discursivos, tampouco opinaremos pelo comando de convencer o leitor a qualquer custo, ainda que tal persuasão representasse o que há de mais caro às tradições jurídicas. Desse modo, tomemos a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa, mas a dialética como método, para que este nos sirva de filtro às já anunciadas vicissitudes do Direito atual.

1 TUTELA JURÍDICA DAS PRÁTICAS COMERCIAIS: IDEOLOGIA, DOMINAÇÃO E RELAÇÕES DE CONSUMO

1.1 A evolução das relações de consumo

Não se pode negar que as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos. Das operações de simples trocas de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, importação etc.,

envolvendo grandes volumes e milhões de dólares. Desde há muito, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou não conhecer o fornecedor, leciona João Batista de Almeida[6].

Tal modificação das relações de consumo, como era de se esperar, influiu na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessitado, portanto, de resposta legal protetiva.

A dinamicidade do mercado de consumo, com a realização dos mais variados negócios jurídicos, leva os fornecedores a tratarem de forma impessoal os consumidores, praticamente impedindo-os de discutir o conteúdo das avenças, o que representa uma sensível redução da autonomia da vontade da maioria esmagadora dos destinatários finais de produtos e serviços.

As modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação contratual e pelo avanço tecnológico (cujo marco histórico e relevância é, sem dúvida, a revolução industrial), acarretaram a necessidade de uma maior intervenção do Poder Público sobre as relações privadas (fenômeno esse conhecido como publicização do privado) e uma participação popular mais efetiva na adoção de soluções políticas e na realização, de atividades que ordinariamente estariam afetas ao governo (privatização do público), para que se pudesse reencontrar o equilíbrio das relações jurídicas.

Era natural que a evolução das relações de consumo acabasse por refletir nas relação sociais, econômicas e jurídicas. Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é conseqüência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento.

As relações de consumo, assim entendidas aquelas estabelecidas (ou por estabelecer) entre consumidores e fornecedores, tendo por objeto a oferta de produtos ou serviços[7], com ou sem a

---

[6] ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

[7] DE LUCCA**,** Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 78.

aquisição ou contratação desses produtos ou serviços, vêm sofrendo as mais diversas mutações na contemporaneidade.

Não é vã a advertência no sentido de que, atualmente, a vida em sociedade precisa ser reavaliada, tendo em vista as limitações e a insuficiência das instituições culturais, políticas e normativas tradicionais para enfrentar as necessidades coletivas e a exigência de reorganização político-jurídica da sociedade[8].

Fala-se, inclusive, em uma "ciência do consumo"[9], encarregada de estudar o comportamento do consumidor, com vistas à obtenção de maior lucro para as empresas, atendendo de maneira mais adequada as necessidades dos consumidores e gerando nestes, necessidades e desejos jamais pensados por eles.

Vale ressaltar que, de acordo com a Teoria do Consumidor, este sempre procurará maximizar a utilidade de suas escolhas no mercado de consumo, supondo-se, ainda, que para ele não existe saciedade, posto que, uma vez deixado livre, o consumidor tentará consumir quantidades infinitas de todos os bens e serviços, tendo, no entanto, um fator impeditivo: sua restrição orçamentária[10].

Os fornecedores buscam fazer com que os consumidores passem mais tempo em suas lojas, pois se sabe que, quanto maior for esse tempo, mais comprarão. Mas só haverá uma permanência maior se a experiência de comprar for confortável e prazerosa[11].

Para se proporcionar esse prazer apela-se para praticamente todos os sentidos do ser humano. As cores e luzes do ambiente têm capital importância na escolha, permanência e consumo do cliente. Deixar o consumidor experimentar, tocar, saborear o produto são armas poderosas para gerar a decisão de compra. Até o olfato tem papel de destaque no mundo do consumo contemporâneo.

Já há algum tempo, as lojas utilizam fragrâncias para "enebriar" os consumidores que, diante

---

8 DELLA CUNHA, Djason B. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos – modernidade e globalização.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 99.

9 UNDERHILL, Paco. **Vamos às compras – a ciência do consumo.** 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 17.

10 PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 44.

11 UNDERHILL, Paco. **Vamos às compras – a ciência do consumo.** 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 34.

dos mais diversos aromas, sentem-se à vontade no ambiente e com isso compram, compram e compram.

Ocorre que agora as empresas estão indo mais longe. Passaram a comercializar os perfumes de suas lojas. Observe-se que não estamos falando em comercialização de perfumes nas lojas, mas, do *perfume das lojas*. Desse modo, o cliente leva para casa não apenas o produto, mas também o cheiro que o acompanhou durante a compra, prolongando o contato com a empresa, rememorando sempre os momentos de compras, fazendo um *recall* cerebral enquanto sente o aroma que impregnava o ambiente quando da satisfação de um desejo: comprar. Com isso, o consumidor fica cativo, pois suas lembranças agora já não são apenas visuais, provocadas pela publicidade insistente, são, sim, complementadas pelo olfato[12].

Por outro lado, se aquilo que deveria ser prazeroso, se mostra estressante, as vendas diminuem. Longas filas, desatenção dos vendedores, congestionamentos ou falta de vagas para estacionar são alguns fatores que elevam o estresse, fazendo com que haja uma redução, por parte dos consumidores, do tempo gasto dentro das lojas, olhando os produtos o que resulta em uma diminuição do dinheiro empregado nas compras[13].

1.2 Dominação e ideologia nas relações de consumo

O ser humano, quando organizado em sociedade, tende a aprender e a sujeitar-se à *cultura instruída*, o que faz com que ele passe a considerar a sociedade da qual participa (e seu modo de vida) como o único modelo de vida social, ou mesmo expressão *natural* da vida comum[14].

Entendemos por dominação a experiência da submissão à vida em sociedade, organizada sob a forma de padrões, normas e crenças, que coloca o indivíduo sob a mira de diversos mecanismos de controle social, sendo estes as formas pelas quais a dominação se exerce[15].

---

12 **Revista Veja** São Paulo, de 23 de agosto de 2006, p. 44.

13 LEWIS, David e BRIDGER, Darren. **A alma do novo consumidor.** São Paulo: M. Books do Brasil, 2004, p. 133.

14 SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões de Nossa Época; v. 46), p. 19.

15 SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões de Nossa Época; v. 46), p. 41.

Assim ocorre em todas as áreas e facetas de manifestação social nas quais possam estar presentes os indivíduos (mesmo que na condição de meros espectadores ou coadjuvantes).

Não poderia ser diferente com os consumidores. Estes adotam, nas relações de consumo, o comportamento que lhes foi passado, gerações após gerações.

Em questões de consumo, a tônica tem sido a de receber-se de forma mansa e pacífica as imposições feitas pelos detentores dos meios de produção e praticantes do comércio.

O mencionado *standard* comportamental encontra *legitimação* por parte da sociedade, que impõe normas de conduta e faz com que aqueles indivíduos que a compõem acreditem e vejam que a realidade imposta é necessária, inevitável e imutável, sendo ela parte da natureza das coisas. Essa é a maneira pela qual o indivíduo passa a *aceitar* sua sociedade tal como é (ou se apresenta), sem colocá-la em questão[16].

Cabe ao Estado zelar pelos interesses de seus súditos[17]. No entanto, na maioria das vezes se apresenta como expressão dos interesses da parte mais forte e poderosa da sociedade (a classe dos proprietários) dando-lhes a aparência de interesses de toda a sociedade[18].

Ora, se aquele que deve velar pelo bem-estar de todos, comporta-se de modo a legitimar os procedimentos e as práticas de subjugação dos fornecedores sobre a massa de consumidores, influenciando ainda com isso, a atividade de seus concorrentes, só podem aqueles e estes entender como legítimas tais formas de atuar.

Eis o papel central que a ideologia assume e tem a cumprir. Cabe-lhe servir aos dominantes com a finalidade de perpetuar a dominação, fazendo com que esta não seja percebida como tal pelos dominados[19].

Ao deixar de ser percebida como é realmente, a dominação chega a um dos elementos necessários à sua permanência (ou perpetuação), que é o consentimento (sendo o outro a violência).

---

[16] SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões de Nossa Época; v. 46), p. 41

[17] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Consumidor e cidadania: agente político e econômico.** In Revista de Direito do Consumidor, nº 40, 261/265. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 263.

[18] CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13), p. 65.

[19] CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13), p. 79.

Para que uma parcela da sociedade se coloque e se mantenha "no poder", ou seja, acima e no centro de uma parte da sociedade, é menos importante a repressão que a adesão, a violência física e psicológica menos que a convicção do pensamento que ocasiona a adesão da vontade, a aceitação, senão a cooperação, dos dominados[20].

Como explicar, porém, o fato de os indivíduos e os grupos dominados consentirem espontaneamente na sua dominação? Basta que tal dominação lhes seja apresentada como um serviço que lhes prestam os dominadores, o que mostra como legítimo o poder destes, parecendo aos dominados que é seu dever servir àqueles que os servem. Torna-se necessário, pois, que dominadores e dominados dividam as mesmas representações, para que nasça a força mais forte do poder de uns sobre os outros, que é representada por um consentimento fundado no reconhecimento dos benefícios e da legitimidade desse poder, um consenso que se funda no reconhecimento de sua suposta necessidade[21].

Aos fornecedores não faltam argumentos para tentar convencer os consumidores que estes necessitam deles, que eles são a *mola-mestra* do progresso e da economia e que nessa condição não podem perder tempo ou empregar dinheiro com *questões menores* tais como *respeito ao consumidor*, logo eles empresários que já fazem tanto sacrifício (investindo em meios de produção, dando empregos e pagando impostos) para que cheguem a milhões de lares (e quanto mais, melhor), os seus produtos e serviços.

Devem, sob essa ótica distorcida, os consumidores ver tudo de bom que presumivelmente fazem por eles os empresários e tomar consciência de que estão diante de trocas de serviços, sendo o papel destes últimos muito mais *sacrificado* do que o daqueles. Acreditando nisso, os consumidores assumem o fardo da culpa e sentem-se *devedores* perante tamanho *altruísmo* dos fornecedores. Essa dívida é, na realidade, a fórmula geral dos vínculos de dependência e de exploração[22].

---

[20] GODELIER, Maurice. **Godelier: antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21), p. 192.

[21] GODELIER, Maurice. **Godelier: antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21), p. 193.

[22] GODELIER, Maurice**. Godelier: antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21), p. 197.

A finalidade da ideologia é fazer com que os homens acreditem que suas vidas são o que são em decorrência da ação de certas entidades (a Natureza, os deuses ou Deus, a Razão ou a Ciência, a Sociedade, o Estado), que existem em si e por si e às quais é legítima e legal sua submissão[23].

Cabe-lhes o papel de fazer com que os homens creiam que tais idéias representam efetivamente a realidade, são na verdade a representação de realidades autônomas, sem que ninguém as tenha fabricado[24].

É nesse papel que infelizmente ainda acreditam, nos dias que correm, boa parte dos consumidores brasileiros.

Em razão dessa crença, alimentada por afirmações de que "não adianta reclamar", "a justiça é muito lenta", "as coisas sempre foram assim e dessa forma vão continuar", defendidas e alimentadas pela classe dominante, baixam os consumidores as suas guardas, conformam-se em ser explorados, corroboram por vezes com a opressão de que são vítimas.

As afirmativas acima, aliás, fazem parte da operação intelectual por excelência da ideologia, que é "a criação de *universais abstratos*, isto é, a transformação das idéias particulares da classe dominante em idéias universais de todos e para todos os membros da sociedade"[25].

A própria ideologia torna-se invisível à observação imediata, na vida diária e comum, não aparecendo como tal, mas na forma de idéias, crenças, valores e normas, decorrendo disto a sua eficácia[26].

É quando as idéias da classe dominante tornam-se as idéias dominantes.

---

[23] No plano das racionalidades, são três as tradições racionalistas que compõem o universo comunicacional humano e ocidental: o marxismo, o utilitarismo e o contratualismo. A idéia de que o fator econômico serve de base para o Estado moderno, é mais do que justificada pelo marxismo, e se aplica enormemente ao presente trabalho. A principal característica do utilitarismo que interessa a esta pesquisa diz respeito ao "consequencialismo", pelo qual toda ação do Estado tem que antecipar como justificativa e fundamento seus efeitos positivos (justos). Sobreleva-se em importância, no entanto, a razão contratualista, porque em sua essência significa dizer que ninguém abre mão de uma liberdade senão em troca de mais liberdade. Assim, trata-se essencialmente de uma "troca", como é uma venda de um produto ou de um serviço. (SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Coleção Justiça e Direito. Tradução: Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6).

[24] CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13), p. 80.

[25] CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13), p. 86.

[26] SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões de Nossa Época; v. 46), p. 36.

Evidentemente, o Poder Judiciário no nosso país possui inúmeras deficiências (morosidade na prestação da justiça, quadros pequenos na magistratura, número insuficiente de funcionários, entraves processuais desnecessários etc.), no entanto, funciona. E muitos querem negar tal fato. Qual a razão disso?

Ora, enquanto os indivíduos acreditarem nisso, deixarão de buscar soluções judiciais para as violações de seus direitos, conformando-se com a situação, a omissão na busca do respeito aos seus direitos, uma atitude natural[27].

Nesse mesmo sentido, se um indivíduo não crê na Justiça, mais especificamente, na Justiça atuando na defesa dele como consumidor, ele adota um comportamento prático consentâneo com essa convicção, que é a que o aparelho ideológico lhe incutiu ao longo do tempo. Resumidamente, esse indivíduo não irá recorrer ao Judiciário ou a um órgão qualquer de defesa do consumidor na busca de reparação para o seu direito violado, simplesmente por não acreditar na possibilidade de êxito. Com isso estará cumprindo efetivamente o papel que dele esperam os detentores do poder (político e econômico).

É na permanência desse estado de coisas que os fornecedores querem fazer crer os consumidores e com isso mantê-los sob eternas dominação e exploração. De fato, foi isso o que perdurou por muitas e muitas décadas, mas que aos poucos vai tomando outras formas, embora alguns tentem esconder ou diminuir as mudanças e os progressos em matéria de defesa do consumidor no país.

1.3 O trato constitucional e o advento do código consumerista

O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes, sendo função da ideologia impedir a revolta dos dominados contra o Estado e o Direito, fazendo com que *o legal apareça para os homens como*

---

[27] ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001 (Biblioteca de Ciências Sociais), p. 90.

legítimo, isto é, como justo e bom[28].

No Brasil, em razão dos trabalhos desenvolvidos por um grupo de abnegados consumeristas junto à Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1988, logrou-se uma constitucionalização do tema "defesa do consumidor" (cf. art. 5º, XXXII, art. 170, V, da CF/88)[29].

O trato constitucional dessa matéria abriu espaço para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), cuja edição fora prevista no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[30].

O CDC trouxe inúmeras vantagens no campo legal para o consumidor brasileiro.

Ocorre, porém, que a alteração legislativa não veio acompanhada de uma mudança cultural equivalente, o que fez com que até a presente data, passadas cerca de duas décadas de sua entrada em vigor, algumas conquistas tenham apenas timidamente saído do papel.

Isso tem feito perdurar uma série de abusos por parte de fornecedores de produtos e serviços em detrimento dos consumidores e da concorrência.

As justificativas para o fato de muitos dos dispositivos do CDC não terem entrado em vigor efetivamente até a presente data, são as mais variadas. Todas elas, no entanto, encontram suporte na dominação dos fornecedores sobre aqueles mais vulneráveis na relação.

Vejamos algumas delas. Afirma-se, por exemplo, que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ainda não está amadurecido para tratar com toda a eficácia dos problemas de defesa do consumidor.

Na verdade, os órgãos que compõem o tal Sistema (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, os Procons estaduais e municipais, as Delegacias de Polícia especializadas na área, as Promotorias de Justiça de defesa do consumidor, as varas da justiça com competência específica, os juizados especiais cíveis), vêm aumentando a dimensão de suas

---

[28] CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13), p. 82.

[29] Art. 5º. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;(...). Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor; (...).

[30] Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

atuações, mas a passos lentos, que poderiam ser mais céleres se houvesse vontade política para maiores e melhores investimentos em estrutura e em qualificação de pessoal.

Ora, desnecessário dizer a serviço de quem está essa omissão governamental.

Uma outra justificativa reside no pouco conhecimento que a população tem acerca de seus direitos e de como reivindicar-lhes respeito.

É outro fato inequívoco; que, mais uma vez, encontra raiz na inação governamental, mas também é fruto da falta de mobilização social.

Elemento essencial para gerar a supracitada mobilização é a educação para o consumo, pois ela permite aos membros da população tomar conhecimento de maneira adequada, dos direitos que possuem como consumidores. A educação para o consumo, é preciso que se diga, é direito básico expresso no inciso II, do art. 6º, do CDC e tanto na modalidade formal (inserida no currículo como tema transversal desde a pré-escola ao ensino médio, ou como disciplina autônoma), quanto na informal (através de panfletos, campanhas, palestras, reportagens etc.) ainda está longe de cumprir com o objetivo de formar melhor os consumidores quer sejam crianças, jovens ou adultos. Essa formação ocorrendo, vai gerar a conscientização tão necessária aos movimentos reivindicatórios.

Um certo grau de conformismo baseia-se ainda na alegação de que "já avançamos muito". "Há poucos anos o consumidor não tinha direito algum, hoje já tem demais". São discursos como estes, manifestados sobretudo por empresários (diretamente ou por suas entidades de classe), que servem para minar possíveis vontades de questionamento de posturas de consumidores lesados em seus direitos. Impossibilita-se, com isso, o avanço das conquistas e o aprimoramento do trato das questões de consumo por parte do Poder Judiciário.

Inegáveis a dominação do fornecedor e o consentimento do consumidor com esse exercício de poder.

No entanto, tal consentimento, mesmo passivo, não se manifesta na totalidade dos consumidores, quer coletiva, quer individualmente considerados.

Isso demonstra que há como se colocar freios às condutas de domínio absoluto no

fornecimento de produtos e serviços, embora seja forçoso reconhecer que as mesmas dificilmente serão eliminadas em sua totalidade, dadas a natureza da própria atividade e à vulnerabilidade inata do consumidor.

Os freios mencionados no parágrafo anterior estão diretamente relacionados a uma conscientização dos dominados do caráter "ilegítimo de sua dominação, para que seu consentimento se desfaça em pó e desapareça, e que nasça a idéia de recorrer à violência não para conter, mas para *abolir* a dominação que pesa sobre eles"[31].

Aplicando essa afirmação ao nosso objeto de estudo, podemos dizer que diante de certas condições, poder-se-ia chegar ao fim da dominação fornecedor-consumidor, partindo-se da "tomada de consciência" (o pensamento sobre a viabilidade da mudança), passando-se necessariamente por "condições suplementares que sejam capazes de levar o movimento a seu termo"[32].

No nosso país, desde o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), paulatinamente vêm-se formando grupos organizados de resistência, tanto na esfera pública (com trabalhos mais eficientes de órgãos federais, estaduais e municipais – como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça , o Ministério Público e os Procons), quanto no âmbito privado, o que é mais legítimo e portanto mais eficaz e significativo. A legitimidade maior, nesse caso, advém do fato de os consumidores assumirem o papel de fiscais e controladores.

Longo caminho, no entanto, há ainda para ser trilhado.

Alterações legislativas são facilmente alcançáveis, basta que se tenha maioria no Congresso Nacional ou que se defenda uma causa "simpática" aos olhos dos eleitores.

Muito mais difícil, porém, é proceder-se a uma mudança cultural. Anos, décadas ou até séculos podem transcorrer para que certas "modernidades" sejam apropriadas por parte da sociedade. Tais "coisas" existem, mas não fazem parte do cotidiano da maior parte da população.

---

[31] GODELIER, Maurice. **Godelier**: **antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21), p. 200.

[32] GODELIER, Maurice. **Godelier: antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21), p. 200.

Assim ocorre também com certas leis. Elas entram em vigor formal, mas não têm vigência na prática porque delas não lançam mão os seus destinatários. Seja para cumprí-las, seja para exigir-lhes o cumprimento.

Os consumidores, que por séculos foram subjugados pelos fornecedores que impunemente exerciam sua dominação, por vezes usando de violência física e coação psicológica, ainda não se livraram totalmente da idéia de que os comerciantes (em sentido amplo) exercem um poder legítimo em razão dos serviços que lhes prestam e que seria de uma grande ignomínia querer opor-se a homens e mulheres que *dão tantos empregos* e fazem mover a roda da economia de todo um país. Ou pior, que todos estamos sujeitos às mais dolorosas represálias por parte daqueles que ousemos enfrentar (são comuns afirmações do tipo: "não devo questionar perante a justiça o corte indevido no fornecimento de eletricidade para a minha residência porque a companhia pode fazer algum *truque* para que eu passe a pagar mais por minhas contas", ou "não vamos reclamar do fio de cabelo no prato de comida no restaurante porque da próxima vez eles podem colocar *alguma coisa* pior").

O consumidor do Brasil não pode ficar ajoelhado diante do jugo de empresários desonestos e mal-intencionados, que com suas práticas, como veremos no decorrer deste trabalho, chegam a impactar negativamente, as atividades de seus concorrentes.

Resta-nos, porém, envidar significativos esforços no sentido de criar a consciência da necessidade e, sobretudo, da possibilidade da mudança. É imperioso dar demonstrações de que não há que se temer represálias do empresariado, pois temos – nós, o povo - instrumentos de resistência eficazes tanto em mãos do poder público quanto da sociedade civil organizada, dos quais podemos se lançar mão com menos dificuldades e também com mais eficácia do que nos querem fazer crer.

É preciso, enfim, que todos acreditemos que no âmbito das relações de consumo e das relações concorrenciais, a luta em prol da aplicação da Constituição e do respeito aos princípios por ela abraçados deve ser diuturna.

Ao contrário do que se pensa, a sociedade de consumo não reuniu apenas benefícios para os seus atores, antes ao revés, em não raros casos, a posição do consumidor se agravou em vez de

apurar.

Se antes da industrialização em massa, fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, agora é o fornecedor que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, "dita as regras". E o Direito não pode ficar alheio o tal fenômeno.

O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação[33].

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela a meias do consumidor. Almeja-se uma proteção plena, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se apresentam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing.*

É com os olhos voltados para essa vulnerabilidade do consumidor que se estabelece a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que essa fragilidade é multifacetária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informações sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores, nem dispõe dos mesmos recursos financeiros.

---

[33] Informa Paulo Bonavides que a independência dos poderes resultaria numa desintegração imediata do Estado. "Cometeria *enorme erro* quem cuidasse que cada poder tem em si existência abstrata". *In literis* o que diz o autor: "Mas a boa tradição do monarquismo constitucional, cedendo ao imperativo da crescente democratização, parecia corroborar, cada vez mais, e era o caso das instituições políticas inglesas, que a tese hegeliana da separação de poderes vinha a ser verdadeira. Na Inglaterra, a prática política, de índole consuetudinária, sempre desprezou o princípio da separação absoluta e se inclinou decididamente para uma separação amena, flexível e relativa (entre os poderes)". In BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6 ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 134-135 e 138.

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio,* vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

Nesse diapasão, surge o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, o qual já no artigo 1º explicita que sua promulgação se deve a mandamento constitucional expresso. Assim, a começar pelo inciso XXXII do artigo 5º da mesma Constituição, impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Referida preocupação é também encontrada no texto do artigo 170, que cuida da "ordem econômica, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa", tendo por fim "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", e desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se dentre eles exatamente a "defesa do consumidor".

O artigo 150, que trata das limitações do poder de tributar por parte do Poder Público no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e municípios, estabelece em seu § 5º que a "lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços".

Ainda em nível constitucional, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inciso II do artigo 175 da Carta Federal, quando alude a "usuários" de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do Poder Público, dizendo que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos", e seu parágrafo único diz que a lei disporá sobre "os direitos dos usuários", no caso, e à evidencia, "usuários-consumidores" dos mencionados serviços públicos concedidos ou permitidos.

Por fim, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispunha – já que dispositivo de eficácia já exaurida -, de forma categórica, que: "o Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor", prazo esse

havia muito tempo ultrapassado quando foi finalmente promulgado o texto da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, sabendo-se que a Constituição o fora em 5 de outubro de 1988.

Por fim, destaque-se que as normas ora instituídas são de *ordem pública e interesse social*, o que equivale a dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da Convenção Coletiva de Consumo em seu artigo 107[34].

O caráter cogente, todavia, fica bem marcado, sobretudo na Seção II do Capítulo VI ainda do Título I, quando se trata das chamadas "cláusulas abusivas", fulminadas de nulidade, ou então já antes, nos artigos 39 a 41, que versam sobre as "práticas abusivas".

1.4 Princípios do estatuto consumerista

Por tudo isso, a Política Nacional de Relações de Consumo deve estar lastreada nos princípios tratados a seguir.

1.4.1 Vulnerabilidade do consumidor

Eis a essência da proteção ao consumidor. Não restam dúvidas de que o consumidor é a parte mais fraca nessa relação, pois ele revela características muito evidentes dessa fragilidade que beira a quase impotência face ao poder econômico no mercado. A Constituição brasileira reconhece expressamente este fato, quando afirma que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). Deste modo, a Carta assume a postura de garantidor, e, de outro, outorga tutela legal a quem carece dessa proteção.

---

[34] De acordo com o artigo 107: "As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativa ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo".

1.4.2 Presença do Estado

O princípio da presença do Estado nas relações de consumo é, de certa forma, corolário do princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois, se há reconhecimento da situação de hipossuficiência, de fragilidade e desigualdade de uma parte em relação a outra, está claro que o Estado deve ser chamado para proteger a parte mais fraca, por meios legislativos e administrativos, de sorte a garantir o respeito aos seus interesses.

1.4.3 Harmonização de interesse

A Política Nacional de Relações de Consumo tem como finalidade a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de *animus*. Interessa aos consumidores e fornecedores, o implemento das relações de consumo, com o atendimento das necessidades dos primeiros e o cumprimento do objetivo principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços e ter lucro com atividades no mercado de consumo. Deste modo, espera-se obter o equilíbrio entre as partes. Nesse sentido, a proteção do consumidor deve ser combinada com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, em face da dinâmica própria das relações de consumo. Exatamente em razão dessa motivação é que se tem como princípio o "estudo constante das modificações do mercado de consumo" (art. 4º, VIII).

1.4.4 Coibição de abusos

É ínsita à Política de Relações de Consumo a repressão dos abusos praticados no mercado de consumo. O objetivo é garantir não apenas a repressão aos atos abusivos, mas também a punição de seus autores e a respectiva indenização, como a atuação preventiva com vistas a evitar a ocorrência de novas práticas abusivas, afastando-se aquelas que podem causar danos aos consumidores, como a concorrência desleal e o emprego indevido de inventos e criações industriais.

1.4.5 Incentivo ao autocontrole

Não obstante o Estado interpor-se como intercessor nas relações de consumo, objetivando impedir e decidir os conflitos de consumo, não deve, por outro lado, deixar de estimular que tais posturas sejam tomadas pelos próprios fornecedores, através da utilização de mecanismos alternativos por eles próprios criados e custeados. O autocontrole dá-se de quatro maneiras. Em primeiro lugar, pelo eficiente controle da qualidade e segurança de produtos viciosos no mercado, o que refletirá na diminuição ou eliminação de conflitos. Em segundo lugar, pela prática do *recall*, que consiste na chamada dos consumidores de bens produzidos em série e que contenham defeitos de fabricação que possam atentar contra a vida e a segurança dos usuários, arcando o fornecedor com as despesas de substituição das peças defeituosas. Reconhece-se o defeito, mas simultaneamente ele é sanado pelo próprio fabricante sem qualquer ônus para o consumidor. O terceiro aspecto sob o qual manifesta-se o auto-controle é a criação de códigos de atuação para determinados setores da economia. No Brasil, o exemplo mais significativo está na área da publicidade, onde atua o Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR, desde a década de 1980. Podem-se questionar algumas decisões do referido conselho, mas é inegável que o mesmo vem contribuindo positivamente para a implementação de dispositivos de defesa do consumidor e da concorrência. Por fim, a criação, pelas empresas, de centros ou serviços de

atendimento ao consumidor - os SAC's -, deliberando o fornecedor diretamente com o consumidor.

1.4.6 Conscientização do consumidor e do fornecedor

Para que se consiga o equilíbrio nas relações de consumo, atendendo, assim, às expectativas do consumidor e ao interesse do fornecedor (mais valia), evitando grandes conflitos, é salutar que se promova o máximo de conscientização das partes no que se refere aos seus direitos e deveres. Pode-se adiantar que, quanto maior o grau de conscientização das partes envolvidas, menor será o índice de conflito nas relações de consumo. Por conscientização entende-se a educação, formal ou informal, para o consumo, bem como a formação do consumidor e do fornecedor.

1.4.7 Melhoria dos serviços públicos

Este princípio coloca em evidência mudança de paradigma estatal, consubstanciado na passagem do Estado burocrático para o Estado gerencial ou pós-burocrático. Assim, não apenas a área privada prestigia uma prestação de serviços eficientes e seguros ao seu usuário, mas igualmente o setor público-oficial, passa a ter o dever de prestar serviços públicos igualmente seguros e eficientes. Diante da constatação da alta insegurança com que são proporcionados os serviços públicos, especialmente os de saúde e de transporte, impõe-se aos governantes o compromisso de aprimoramento, com escopo específico de garantir uma melhor qualidade de vida ao consumidor.

1.5 Tutela coletiva e tipologia da transindividualidade

O tema "transindividualidade" é congênito ao presente trabalho. Isto se deve ao fato de que se existe um direito, logo existe também um titular desse direito, bem como um meio para persegui-lo caso ele seja negado.

Os direitos ditos transindividuais são direitos que rompem com a idéia que se tinha de titularidade de direitos dentro de um paradigma que privilegiava os direitos individuais em detrimento daqueles.

Não é tarefa deste trabalho, contudo, o aprofundamento nesta seara. Mas tão somente o trato necessário à compressão de que em matéria de direito do consumidor, assim como de direitos relacionados à área econômica, como é o caso da livre concorrência, importa a percepção de que se trata de direitos do mais alto teor de complexidade em razão, sobretudo, da titularidade difusa e da característica metajurídica desses direitos.

Outrossim, como bem destaca Hanna Arendt, é salutar advertir que de modo algum a consideração da supraindividualidade importa na supressão dos direitos individuais. Noutros termos, o social não exclui o privado - nem poderia, afinal está-se a discutir direitos de natureza econômica onde a mais valia é a principal motivação[35].

Interessante reflexão proposta por Fábio Bezerra dos Santos se consubstancia na idéia de que "o transindividualismo é uma perspectiva dialética e circular do próprio indivíduo". Segundo o autor, é exatamente por isso que devemos adotar a expressão "transindividual" como gênero das espécies difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo. Mas então o que seriam aqueles direitos denominados de "metaindividuais", expressão tantas vezes utilizada como sinônimo de transindividuais[36]?

A locução "tutela coletiva" refere-se à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como saliente, o presente estudo debruça-se sobre o caráter de transindividualidade

---

[35] ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 35.

[36] SANTOS, Fábio Bezerra dos. **A ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde na Constituição de 1988**. 2008. 325 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal. (Orientada por Vladimir da Rocha França)

dos direitos do consumidor e da concorrência, com vistas a sua concretização, de modo que o estudo dessas categorias é imperativo.

Há uma grande celeuma em torno da locução "direitos coletivos". O debate teve início a partir do momento que se utilizou a expressão como gênero das espécies difuso, coletivo e individual homogêneo.

Com vista a dirimir o conflito que se estabelecia, a solução adotada foi não utilizar tal generalização, considerando que os termos "supra-individuais", "transindividuais" ou "metaindividuais" seriam os corretos para designar as espécies difusos, coletivos e individuais homogêneos; portanto, em razão de que, como se verifica, "direito coletivo" é espécie e não gênero. Igualmente, perdeu importância prática a diferenciação entre interesses e direitos, desde que tais expressões foram utilizadas como sinônimos no Código de Defesa do Consumidor[37].

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) estabelece a possibilidade de tal instrumento ser invocado para buscar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, paisagístico, além de outros interesses metaindividuais. Rodolfo de Camargo Mancuso, destaca que análoga nomenclatura aparece em textos que invocam ou se reportam aos chamados "interesses difusos"[38].

O CDC (art. 81, parágrafo único, I), veio a esclarecer que direitos ou interesses difusos são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas

---

[37] O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a dicção do art. 81, é dotado de aplicação para todos os processos coletivos (ver art. 117), chegando a definir os interesses difusos, coletivos (propriamente ditos) e individuais homogêneos (eventualmente coletivos). Ao que parece, o legislador optou por definir as categorias de interesses para evitar discussões doutrinárias que poderiam retardar ou impedir a efetiva tutela.

[38] Rodolfo de Camargo Mancuso relaciona alguns exemplos, todos se reportando à titularidade do Ministério Público para propor a LACP: "(...) pelo art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente): "(...) O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente"; pelo art. 25 da Lei Orgânica Nacional do MP (8.625/93) compete ao *Parquet*, "além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis (...): IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei". A essa ação também se refere a lei paulista do MP (Lei Complementar 734/93, art. 103, VIII). A Constituição da República reafirma tal *função institucional* do MP (art. 129, III) "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". (grifados pelo autor). (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15).

por circunstâncias de fato." Naturalmente, que o significado da palavra "homogêneo" encabeça a mesma idéia, ou seja, titular indeterminado e circunstâncias de fato comuns até o momento da aplicação.

O artigo 21 da LACP lança luzes sobre essa questão, do qual se infere de maneira inequívoca, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos" - previstos no artigo 81, III, do CDC -, senão, atentemos à redação do dispositivo *in verbis*: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III (arts. 81 ao 103) da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor".

Supra-individuais ou transindividuais, como as etimologias sugerem, são aqueles interesses que ultrapassam a esfera de atuação do indivíduo isoladamente considerado, para garanti-lo em sua dimensão social e, por vezes, até comunitária[39].

Para além de supra ou transindividuais, interesses difusos são interesses metaindividuais, posto que, não tendo atingido grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos na sociedade civil como um todo, podendo, por vezes, referir-se a certas coletividades de conteúdo numérico. São caracterizados, portanto, pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Sua natureza indivisível gera a impossibilidade de partição (cotas atribuíveis a este ou aquele interessado), isto porque sua satisfação necessariamente aproveita em conjunto a todos, bem como sua postergação igualmente a todos (em conjunto) prejudica.

---

[39] Ao dizer social retomamos a idéia de sociedade, de justiça social; contudo, uma sociedade em especial e numa dada ordem. Ao utilizarmos a expressão "comunitário", estamos fazendo referência àqueles interesses transnacionais, como é o caso do meio ambiente (metaindividual), o que volve à idéia de Gunther Teubner, o qual chegou a afirmar que o direito faz parte deste macrocosmo deslocado que é nossa sociedade global (TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontexturalidade.** Apresentação: Dorothee Susane Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba-SP: Editora Unimep, 2005). Sobre transnacionalidade dos direitos humanos, Carlos Weis, em análise conclusiva, afirma que "se à pessoa não forem garantidos os direitos fundamentais, tem a Ordem Internacional o dever de intervir, em face do caráter transcendental dos direitos humanos" (WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122).

Um interesse metaindividual, sempre é supra ou transindividual. O inverso não ocorre, necessariamente. Contudo, nessa seara, mais do que em qualquer outra, não há certeza matemática. A afirmação de que a postergação da concretização de um direito ou interesse difuso a todos prejudica; e que são categorias de interesses ou direitos indivisíveis (em tese não atribuíveis individualmente), não implica que um indivíduo não esteja sendo mais prejudicado do que os demais. Nesse caso deveria o Estado sucumbir à impossibilidade teórico-formal? Os interesses difusos estão diluídos, mas em situações concretas podem se reagrupar, reorganizarem-se, dando origem a novos direitos, notadamente (re)assumindo características de direitos individuais e eventualmente coletivos (individuais homogêneos); nunca de maneira estática, quase sempre obedecendo a uma dialética natural que tem como ponto de partida os aspectos mais complexos das relações sociais ou econômicas.

Mais freqüentemente, são interesses que tiveram origem em diversos segmentos sociais, e que encontram, por vezes, raízes jurídicas em múltiplos institutos jurídicos pré-existentes. Dessa simbiose, novas e imprevisíveis vertentes jurídicas podem surgir, todas impulsionadas pela complexidade da vida contemporânea e pelo caráter político-econômico que envolve os Estados. Esse fenômeno tem servido como mola que impulsiona o (re)pensar sobre o Estado e o imperativo de reformá-lo, adequando-o às novas necessidades, notadamente em face de uma realidade globalizante.

O direito do consumidor lesado, em face de uma propaganda enganosa, é muito citado como exemplo de direito difuso. Toda a coletividade é atingida pelo dano. Apenas discordamos da maior parte das doutrinas quando afirmam que o dano não pertence individualmente a ninguém. Claro que se um indivíduo adquire uma fraude, o dano pertence mais a ele do que a qualquer outro sujeito. O direito à correta propaganda, sim é indivisível. Contudo, o dano que decorre do seu desrespeito é obviamente divisível. Portanto, concluímos que embora sejam os titulares desses direitos indivisíveis indeterminados, na perspectiva do indivíduo lesionado, justamente em decorrência de estarem ligados pela mesma “circunstância fática”, o direito transindividual retorna ao seu ponto de

partida na escala evolutiva: o indivíduo.

Aqui, a questão reside não mais na veiculação da publicidade enganosa, mas em um ponto além: a efetividade, para o fornecedor, que sua atividade legal obteve. Em outras palavras, tem-se a indivisibilidade na veiculação da mensagem enganosa, mas divisibilidade quanto aos consumidores que nela acreditaram e empregaram seus recursos econômicos, obtendo, assim efetivos prejuízos financeiros.

Existe, portanto, "intensa litigiosidade interna", em razão do caráter individual que persiste no conjunto, fruto da inexistência de um vínculo fático bem preciso a uni-los, sem, contudo, negar que tais interesses, em muitos pontos, coincidem. Demanda, pois, razão e proporção, considerando que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Assume relevância, portanto, o princípio da proporcionalidade, o qual segundo Willis Santiago Guerra Filho também corresponde a um direito ou uma garantia constitucional, assim, como a isonomia, considerando que ambos são necessários ao aperfeiçoamento do sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana, as quais não são essencialmente diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem essa dimensão processual não se aperfeiçoam enquanto direitos[40].

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência

[40] Sobre isonomia, o autor referenciando Karl Larenz, afirma que em sentido estrito, é a afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, quando se atribui direitos políticos e civis, enquanto a distribuição dos deveres e ônus correlatos deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade, entendendo esta como a proibição de excesso ou mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s). O princípio da proporcionalidade reclama uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a ele atribuído (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 85). De acordo com Karl Larenz, "ponderar" e "sopesar" implicam tão-somente imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, produto somente de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de igual modo, a situações concretas problematizantes. Assim, a ponderação ou o sopesamento de bens deve ser realizado *in casu,* mediante um problema a ser resolvido (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 4. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2005, p. 90-94 e 575)

processual que supunha que poderia vir imersa em si mesma[41].

Importa destacar que tais direitos sofrem transição ou mutação no tempo e no espaço. Tais características não estão presentes na definição legal, mas são perceptíveis na prática. Quantos direitos fundamentais, sobretudo aqueles de caráter social, como é o caso do direito á saúde, podem caber na conceituação de supraindividual e de individual a um só tempo, em razão do seu caráter público subjetivo, podendo, neste caso, (re)assumir relevância social e ascender de volta à transindividualidade, ganhando feição de eventualmente coletivo ou mesmo difuso? Empiricamente é constatável que quanto maior o grau de complexidade do caso, mais fluidez e transcendência são transferidas para o direito.

Segundo o CDC são coletivos os interesses "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica". Apesar de serem (coletivos e difusos) considerados interesses transindividuais e de natureza indivisível, a distinção deve se dar no exame da titularidade e vinculação dos interessados.

O caráter diferenciativo reside na titularidade, caso sejam pessoas indeterminadas espraiadas na sociedade - difusos, ou pessoas determináveis, porquanto integrantes de grupo, categoria ou

---

[41] Assegura o autor que a teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado e ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. É por isso que um pressuposto processual, na dimensão de tal teoria, é neutro ou indiferente às partes e aos direitos fundamentais. É exatamente por esse motivo que os pressupostos processuais sempre foram vistos como meros requisitos lógicos, inicialmente da constituição do processo e depois da sua validade e do julgamento do mérito. Ver os pressupostos como requisitos para o julgamento do mérito, é um verdadeiro dogma, pois não há como admitir tal precedência quando são descobertas as funções dos pressupostos. Ademais, diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um "pressuposto processual" só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo. Em caso contrário, isto é, quando se verificava o que o direito material pertence à parte protegida pelo pressuposto omitido, o juiz tem o dever de proferir sentença de mérito, seja de procedência ou de improcedência. É que, em caso contrário, a jurisdição estará indisfarçavelmente negando os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) e à duração razoável do processo (art., LXXVIII, CF). A leitura dos chamados "pressupostos processuais" à luz dos interesses das partes, assim como dos seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a idéia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os "pressupostos processuais" apenas como requisitos de um "processo justo" ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional. "A compreensão dos 'pressupostos processuais'a partir das suas funções e dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo demonstra a incapacidade da teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais para expressar o significado do processo jurisdicional do Estado constitucional" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** 5. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480-481).

classe – coletivos. Nos primeiros, as pessoas são unidas por "circunstâncias de fato"; nos segundos, por uma "relação jurídica base".

Em se tratando de interesse do grupo, não convém a este ou aquele integrante fruir egoisticamente. Some-se a este argumento o fato de que em tempos de solidariedade, a fruição de direitos deve seguir a sua cartilha. A razão de ser do direito deverá determinar a sua fruição. Demanda em situações complexas, portanto, a reconstrução do seu núcleo essencial, quando possível. Numa associação de pais, por exemplo, há uma relação jurídica base, não existindo apenas um liame fático. A família, uma associação, um sindicato, uma cooperativa, dentre outros, possuem esta característica relacional. A indivisibilidade, pois, não comportaria mesmo um tratamento diversificado entre membros de uma categoria. Uns não poderiam conseguir mais segurança que outros em idênticas circunstâncias.

Como se verifica, "interesses difusos" são aqueles que abraçam um número indefinido de pessoas ligadas por circunstâncias de fato idênticas ou semelhantes e "coletivos" aqueles relacionados a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, unidas entre si (ou com a parte contrária) por uma relação jurídica base. Portanto, o fato de serem indeterminados é a característica fundamental dos "interesses difusos" e a possibilidade de se determinar aqueles interesses que envolvem os "coletivos".

A locução "direitos individuais homogêneos" foi inserida em nosso direito positivo pelo CDC, para indicar um conjunto de direitos subjetivos "de origem comum" (art. 81, parágrafo único, III), que em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados por "ações coletivas", na forma do Capítulo II, do Título III, do referido Código (art. 91 e ss).

A homogeneidade não é uma característica individual e intrínseca desses direitos subjetivos, mas sim uma qualidade que decorre da relação de cada um deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica. Decorre, pois, de uma visão em conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de afinidades e de semelhanças, conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda defesa conjunta.

Importa destacar, antes que algum equívoco se estabeleça, que homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade).

Os subsídios essenciais para a constituição do núcleo de homogeneidade emanam de motivos relacionados à origem dos direitos subjetivos. São direitos derivados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Assim é o caso da incidência de cláusulas contratuais abusivas em contratos de plano de saúde, que limitam tempo de internação dos pacientes em Unidades de Terapia Intensiva. A cláusula é uma só para todos os contratos, mas para quem jamais precisou de internação em leito de UTI, não resulta em prejuízo financeiro, enquanto que aqueles consumidores que tiveram necessidade daquele tipo de tratamento sofrerão incidências distintas, dependendo do tempo de internação que superou o limite abusivamente imposto pelo plano e os valores cobrados pelos hospitais.

Na dimensão metaindividual, o interesse à indenização das vítimas do tabagismo é individual homogêneo. Se o que se busca é a reparação/compensação do dano já ocorrido, por exemplo, aos passageiros e tripulantes de transporte urbano, enquanto fumantes passivos, o interesse é individual homogêneo, isto porque direitos ou interesses homogêneos são os que têm a origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078/90). Do contrário, caso seja o objeto da ação a proteção da "saúde pública" o interesse é "difuso".

A homogeneidade se dá na medida em que existam vários titulares de interesses idênticos, de natureza comum, similar, justificando sua análise conjunta e simultânea. A situação de fato com origem comum une pessoas com o mesmo interesse, não existindo relação jurídica base criando este liame. Como verifica o autor, diferem dos difusos e dos coletivos: quanto aos difusos, em face da divisibilidade do objeto e identificação dos sujeitos; no tocante aos coletivos, em razão de inexistir nos individuais homogêneos relação jurídica base e indivisibilidade do objeto. Não se trata,

portanto, de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class action* brasileira[42].

A aplicação da ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos representa, portanto, ferramenta processual alternativa ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no CPC (art. 46). Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: a primeira constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à totalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu centro de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico (margem de heterogeneidade) sobre as situações individuais de cada um dos lesados.

A cognição é visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, dependendo da extensão do litígio posto em discussão. Será plena se o objeto da ação for a integralidade da lide; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada. A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva.

Em breves palavras, é possível afirmar que o direito coletivo em sentido estrito é o direito transindividual que encontra justificação numa relação jurídica base (grupos); que o direito "individual homogêneo" é o direito "*a priori* individual (egoístico por natureza), mas que, como tudo, sujeitando-se às possibilidades cada vez mais contingenciadas pelo paradigma calcado em uma sociedade de consumo, apresenta situações fáticas cada vez mais semelhantes, e quando isso ocorre assume teor político e transcende à categoria de eventualmente coletivo. Em outras palavras, é a mera constatação de que um número enorme de pessoas estão unidas em torno de um mesmo

---

[42] ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 205.

interesse individual. Isto, por si só, é capaz de conferir a ele o *status* de interesse e - depois, direito trasindividual, embora permaneça com a mesma essência ou natureza egocêntrica que se funda aqui, mais do que lá, na empatia.

No que se refere ao termo empregado "coletivos em sentido amplo", entendemos que esta expressão, nesta perspectiva aqui proposta, é sinônima da expressão "transindividual", gênero, de que são espécies todas as demais, portanto.

Quanto à categorização "difuso", entendemos que não é de boa técnica. Isto porque se refere não à titularidade do objeto em conflito, mas à forma em se encontram diluídas ou espraiadas as vontades ou interesses.

Por fim, pragmaticamente, metaindividual é o direito somatizado, complexo, que se forma a partir de vários interesses e direitos que se condensam e naturalmente se molecularizam. A doutrina repete muito como exemplos de direitos metaindividuais os direitos do consumidor e do meio ambiente, mas geralmente não explica essa questão do ponto de vista analítico.

Tanto é verdade que se buscarmos o significado da expressão metalinguagem, o dicionário dirá tratar-se de uma linguagem utilizada para descrever outra linguagem ou qualquer sistema de significação. Nesse sentido, o direito metaindividual é o direito que versa sobre outros direitos.

Usam largamente a expressão metaindividual como sinônimo de difuso. Por ora, temos seguro, que um direito "meta" será sempre difuso, como decorrência natural da própria complexidade que ostenta. Mas o inverso, necessariamente não se verifica, ao menos em princípio e com vistas a uma dogmática razoável, possível. Todo direito que transcende e se esprai é, em maior ou menor medida, difuso. Desse modo, é possível falar em graus de difusão, verificados através da quantificação política que ostenta o objeto jurídico em análise.

Se pretendermos defender com base na titularidade que difuso é o direito no qual não se identifica o titular, estaríamos simplesmente negando tudo que sabemos sobre o poder do indivíduo, e estaríamos diante de um interesse que simplesmente não existe porque não tem "dono".

Sob o ponto de vista lógico, seria impossível, porque só é titular de algo aquele que se

considera e é considerado, mediante consenso, apto a exercer o seu domínio sobre algo ou alguém. Abram-se as portas para que o Sujeito, enquanto ator social, exerça o seu papel cidadão de participar das decisões de seu interesse, inclusive por meio da Ação Civil Pública.

Assim, é um equívoco pretender sinonimizar o interesse ou direito difuso ao metaindividual, pelo simples fato de que o difuso só recebeu o *status* de direito porque a doutrina ainda não era pacífica quanto a estas expressões, então na dúvida o legislador, por uma questão de política do Direito, e em nome da segurança jurídica, respondendo às pressões individuais massificadas, optou pela ampliação do espectro da lei.

A questão sobre ser interesse ou ser direito é pragmaticamente despicienda depois deste alargamento da lei, mas é compreensível, e até louvável o intento doutrinário de se restringir para dar mais segurança, funcionalidade, operacionalidade afirmando de modo simplório que todo interesse relevante é jurídico, e por isto é direito.

Ora, por demais óbvia essa conclusão, se pensarmos que o Estado existe para conformar o poder, e que este, atualmente, se sabe, encontra-se distribuído em redes de interesses difusas, ora densificadas em núcleos menores (interesses coletivos em sentido estrito), ora tão fluidas que se confunde com toda a coletividade global (intereses metaindividuais), sem ser possível precisar a quem pertencem isoladamente, porque é de um só e de todos ao mesmo tempo; e na diferença se acha comum a todos; e na complexidade se acha a evolução da liberdade humana.

Assim, a governança vai reconhecer como direito o que se tornar tão relevante politicamente, que será capaz de comprometer a governabilidade. É um cálculo quase que completamente numérico. Que só se concretiza em razão da empatia, fonte de legitimidade e de legitimação do poder que se representa.

1.7 O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a necessidade de todos os entes estatais zelarem pela obediência ao princípio da defesa do consumidor

O CDC instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tal como disciplinado pelos artigos 105 e 106, apresentando modelo a ser obedecido por órgãos públicos em geral quando da implementação e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Configura, destarte, uma estrutura a ser preenchida por todos aqueles que devem compor o Sistema, respeitando-se características naturais, regionais, sociais, econômicas e políticas dos órgãos e entidades que o integram.

Todavia, conquanto o legislador houvesse deixado propositadamente comandos normativos incompletos em relação à forma de planejamento, coordenação, implementação e execução da Política Nacional de Relações de Consumo, estabeleceu expressamente qual deveria ser a finalidade desse Sistema Nacional.

Em verdade, foi além. Especificou pontos a serem alcançados pelo Sistema, estabelecendo uma estratégia disciplinada pelo próprio Código. Vale dizer: seu conteúdo programático e finalístico. Criou o legislador o que ele denominou Política Nacional de Relações de Consumo – Capítulo II, arts. 4º e 5º -, que, guardando a sistemática do Código, orientou a disciplina dos demais dispositivos, em especial os que dizem respeito ao Sistema e Política Nacional (arts. 6º; 7º; 10, § 3º; 22; 44; 55; 56; 57; 58 e 59).

Sendo o Código de Defesa do Consumidor uma norma de conduta, torna-se imperioso que entes públicos e particulares atuem de conformidade com as suas normas.

A Constituição Federal de 1988, ao fazer constar a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica, impõe obediência aos preceitos a ela referentes, não podendo as empresas, e nem muito menos os entes públicos, se furtarem a tais mandamentos.

Com as agências reguladoras não poderia ser diferente, posto que estas, como órgãos do Estado, estão sujeitas aos preceitos da Política Nacional das Relações de Consumo, expressos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo àquele estabelecido no inciso II do referido artigo, que impõe uma ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor[43].

---

[43] FARENA, Duciran van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 59, jul-set de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

Ressaltamos que a expressão empregada pelo Código de Defesa do Consumidor é *proteger efetivamente*, de modo que não basta editar normas em consonância com a defesa do consumidor. Isso é imperioso, sim. Mas não basta. É preciso, ainda, fazer com que essas normas sejam real e totalmente cumpridas pelos entes regulados.

Prever multas, instaurar processos administrativos, não é cumprir efetivamente o direito fundamental da defesa do consumidor, porquanto se cabe à agência reguladora coibir os abusos e ilegalidades contra os consumidores, deve esta envidar todos os esforços nesse sentido.

Ora, se já configura ilegalidade a postura leniente para com o prestador que descumpre as normas protetivas, muito pior é a conduta do ente regulador que, através da edição de normas flagrantemente violadoras dos direitos dos consumidores, sacramentam, estimulam e aplaudem ignomínias contra o consumidor de serviços públicos regulados.

Infelizmente, as agências reguladoras têm deixado de cumprir esse importante mandamento constitucional que é defender o consumidor. Aliás, em não raras ocasiões, pode-se perceber a atuação das agências reguladoras pendendo mais para soluções políticas do que para aspectos técnicos ou sociais[44].

Não é por falta de instrumentos que as agências reguladoras não defendem o consumidor, em plácido descumprimento ao princípio da ordem econômica.

Podem e devem elas usar de seu poder de normatização, das consultas públicas, do atendimento a demandas diretas e reclamações dos consumidores.

A agilidade normativa, ponto alto das agências, deve ser utilizada para coibir, com rapidez, os abusos dos entes regulados, ao contrário do que se vê muitas vezes, que são aquelas defendendo os interesses destes, em prejuízo dos consumidores[45].

Os exemplos listados a seguir, retirados de Ações Civis Públicas, reclamações conhecidas ou informações da imprensa são apenas alguns dos tristes exemplos que seriam em grande parte

---

[44] BISCARDI, Mario R. **Derechos del consumidor y de la competência em los distintos mercados.** Buenos Aires: Errepar, 2003, p. 80.

[45] MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 51, jul-set de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

evitáveis se tivéssemos órgãos reguladores mais ciosos de seu dever constitucional e legal de defender o consumidor, pois falta ainda muito para que as agências reguladoras cumpram seu papel de defender o consumidor. Não como papel exclusivo, mas imprescindível.

Apenas no mês de janeiro do ano de 2007 foram registradas na ANATEL cerca de 29.000 reclamações contra operadoras de telefonia celular e aproximadamente 30.000 reclamações contra operadoras de telefonia fixa, o que totaliza quase 2.000 reclamações por dia[46].

No PROCON do Rio Grande do Norte, nos meses de setembro e outubro de 2006 (últimos disponíveis na internet quando da redação deste trecho do trabalho), tem-se duas operadoras de telefonia celular entre os dez fornecedores que mais receberam reclamações.

No primeiro semestre do ano de 2006, o PROCON de São Paulo teve a telefonia fixa como a maior fonte de reclamações, e a telefonia móvel como a quarta maior origem de reclamações, ambas totalizando mais de 20% de todas as reclamações nos seis primeiros meses de 2006 naquele órgão.

Certamente, uma atuação mais eficaz e eficiente do órgão regulador, reduziria sensivelmente esses números.

O Código de Defesa do Consumidor assegura ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos (art. 52, § 2º), só que o Banco Central não só permite, como prevê expressamente, a cobrança por parte dos bancos, de uma multa, que pode superar os R$ 500,00 (quinhentos reais), daqueles consumidores que fizerem uso desse direito assegurado na lei protetiva.

A ANATEL obriga a contratação de televisão por assinatura por parte de todos aqueles que pretenderem contratar o fornecimento de internet a cabo, além de obrigar à contratação de um provedor de internet, mesmo que tecnicamente baste o fornecimento por parte da operadora de cabeamento. Tudo em uma clara configuração de venda casa originada por *obrigação* imposta pelo ente regulador.

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu diversos acórdãos considerando ilegal o corte do

---

[46] Disponível em www.anatel.gov.br, acessado em 28.06.2007.

fornecimento de energia elétrica quando ocasionado por não pagamento de débitos passados fruto de suposta fraude em medidor constatada por ato unilateral da concessionária[47]. E a ANEEL nada faz para coibir tais abusos.

A Lei 9.961/2000, deu poderes à ANS para controlar os aumentos nos planos de saúde individuais, contratados após a vigência da Lei 9.656/98. Usando de seu poder, a ANS autorizou os planos de saúde a aplicarem reajuste a partir de maio de 2006, de 8,89% (oito vírgula oitenta e nove por cento), enquanto o IGP-M de 2005, que deveria servir de base para o reajuste, foi de apenas 1,21% (um vírgula vinte e um por cento), onerando excessivamente o consumidor dos planos de saúde.

Fruto da inércia da ANS, até agora não há regulação para os contratos de planos de saúde coletivos, o que faz com que os mesmos possam receber reajustes indiscriminados, muito acima da inflação ou do próprio equilíbrio contratual e venham a sofrer com rescisões arbitrárias desses contratos, caso os grupos não aceitem ou não possam se sujeitar aos aumentos abusivos.

Estes são apenas alguns dos muitos exemplos que demonstram o desprezo pelo Direito por parte das agências reguladoras. O dever de obediência ao Direito não pode ser tido como algo arcaico. É preciso que o Estado lute para preservar suas leis e sua Constituição, sobretudo quando essa luta é em prol dos mais fracos e vulneráveis. Pode até ser glamuroso sentar-se à mesa para negociar com grandes executivos de ricas empresas prestadoras de serviço público, muitas delas controladas por multinacionais, mas é vil e indecente excluir dessas conversações os legítimos interesses dos consumidores, garantidos pela Constituição e resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor.

---

[47] Disponível em www.stj.gov.br, a exemplo dos julgamentos nos processos: AgRg no Ag 633.173/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.5.2005; REsp 772.486/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006; REsp 834.954/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006.

2 LIVRE CONCORRÊNCIA E ESTRUTURAS DE PODER ECONÔMICO NO MERCADO

2.1 Considerações introdutórias

Considerando uma economia sobremaneira castigada como a brasileira, o principal inimigo do consumidor torna-se, seguramente, a inflação, a despeito das providências tomadas por parte do governo, como é o caso do Plano Real[48].

Entretanto, dispondo o artigo 173 da Carta Constitucional em seu parágrafo 4º, do chamado aumento arbitrário de lucros, fica claro que o meio de se aferir o mencionado abuso é a elevação inesperada dos preços, somada ao domínio do mercado.

Em virtude disso, o parágrafo único do artigo 21 da Lei n. 8.884/94 elucida que, em se tratando da evidenciação da cominação de preços elevados ou ainda da elevação não justificada de preços, também de outras conjunturas econômicas e mercadológicas importantes, sopesar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua relevância não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhoria de qualidade; II – o preço do produto

[48] Por inflação entende-se o aumento geral de preços (em geral acompanhado por um aumento na quantidade de meios de pagamento), com conseqüente perda do poder aquisitivo do dinheiro.

anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Verifica-se assim, que, para se analisar o aumento arbitrário de lucros, deverá ser considerado o nível de centralização da economia daquela esfera contingentemente apontada pela referida prática.

Não por coincidência, o parágrafo 2º do artigo 20 da Lei n. 8.884/94 dispõe que sobrevirá situação majorante na hipótese de uma empresa ou de um grupo de empresas exercer o controle de parte considerável do mercado tido como importante, seja na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia atinente ao mesmo.

Nesse sentido encontra-se o parágrafo 3º do dispositivo em análise, ao aduzir que a parte de mercado mencionada no parágrafo que o precede pode consistir na base de 20% (vinte por cento).

Trata-se aqui da infração prevista pelo artigo 20, inciso III da Lei n. 8.884/94, integrada pelos três parágrafos constantes de seu bojo, mormente os que foram cotejados, complementada, no que se refere à sua metodologia, pelos incisos do mesmo modo especificados pelo artigo 21, isso no que tange à sua apuração.

Desse modo, considerar-se-á aumento arbitrário de lucros o que ultrapassar a linha demarcatória admissível, levando-se em consideração o coeficiente de centralização de certo âmbito da economia, que será verificado por meio do que dispõe o artigo 21 da Lei n. 8.884/94, assim como, demais informações socioeconômicas e a política de relações de consumo.

São numerosas as decisões no sentido da possibilidade da limitação judicial de juros abusivamente aplicados por instituições financeiras. Como exemplo recente, citamos entendimento unânime da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi[49].

Efetivamente, ao utilizar-se no Capítulo V do Título I, da denominação Das Práticas

[49] Resp nº 1.036.818 – STJ.

Comerciais, o Código de Defesa do Consumidor em sua Seção IV reúne como tais, várias condutas antevistas no artigo 39, muitas destas, possuindo estreita afinidade com diferentes documentos legais, de maneira especial a Lei n. 8.158/91 e a Lei n. 4.137/62, como também, naquela que enuncia os crimes em detrimento das relações de consumo, contra a ordem econômica e contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90).

Outrossim, entre as condutas consideradas como práticas abusivas e, portanto, danosas ao patrimônio do consumidor, está o disposto no inciso V do citado artigo 39 do CDC, qual seja, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Nesse sentido, tomemos as análises que se seguem.

2.2 O poder no mercado na realidade brasileira

Após estabelecidas linhas gerais sobre a defesa do consumidor, neste ponto abordaremos o problema da relação entre direito concorrencial e poder econômico no mercado.

Se o direito concorrencial atua como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir, no mínimo, (a) liberdade de escolha e (b) máxima precisão possível das informações transmitidas[50].

Assim, para atender a esses dois requisitos, o conteúdo central, mas não único, do direito concorrencial deve ser a regulamentação do poder econômico no mercado. Destarte, é intuitivo que a existência de agentes com poder sobre o mercado, quando levantada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. Mas mesmo antes disso, o poder econômico pode ser entendido como limitador da liberdade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreira à entrada de concorrentes.

Há que se destacar que o poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o

[50] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

mercado, principalmente através do instrumento fundamental, verdadeira representação da *mão invisível* de Adam Smith: o preço[51].

Em uma conjectura normal o preço deve ser a representação da escassez relativa de um produto. Se a situação é de monopólio, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real carência do produto. Decorre mesmo do poder do agente econômico, que, sendo responsável por grande parte da produção, é apto a reduzir a oferta de modo a conseguir aumento de preços e, por conseguinte, o lucro monopolista.

Numa ordem econômica que pretende o auto-controle, o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido. Do oposto, estar-se-á apenas substituindo a excessiva interferência estatal, que se pretende limitar, de modo algum eliminar, através da garantia de correta atuação das regras de mercado, por uma dominação do mercado pelo poder privado, o que seria de certo a solução menos adequada.

Na realidade brasileira, a estrutura econômica do país foi historicamente construída a partir do poder econômico externo, que de início se sobrepõe ao próprio poder estatal interno. É fato que tal sobreposição do poder econômico externo, de origem estatal e não estatal, ao poder governamental interno é, de resto, característica imanente à exploração colonial.

Por outro lado, também não foi a passagem para uma economia industrial que trouxe consigo a democratização da vida econômica. De fato, são os grandes exportadores que têm capitais suficientes para investir na industrialização[52].

2.3 A Lei Antitruste e a política de repressão aos excessos da liberdade de comércio

A lei antitruste, igualmente, alterou o disposto no art. 39 do CDC, ao estabelecer no bojo do

---

[51] Calixto Salomão Filho, ibid, p. 61.

[52] "O grande volume de capitais necessários para investir na substituição de importações faz com que o poder financeiro obtido através da exploração da monocultura exportadora transforme-se diretamente em poder econômico na economia industrial brasileira. Essa tendência só faz se acentuar após os planos desenvolvimentistas brasileiros destinados a proporcionar nosso salto industrial. Sua política-mestra é o incentivo da grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficientemente para competir com as empresas estrangeiras. Reforçam-se, portanto, ainda mais, as estruturas de poder econômico no mercado" (Calixto Salomão Filho, ibid, p. 62).

seu artigo 87 que: O artigo 39 da Lei n. 8.078, de 11 de março de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas: IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; e X – elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços.

Percebe-se, portanto, que a lei procurou estabelecer de forma clara e precisa que, afora o aumento abusivo de lucros acarretar medidas repressivas por parte da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sanções essas de índole administrativa, acarretará também, a reparação de prejuízos sentidos por aqueles consumidores prejudicados, considerando que o amparo à livre concorrência possui como escopo derradeiro a proteção dos interesses destes.

Podem ser apontados, como exemplos característicos de abuso nessa seara de prejuízo aos consumidores, as especulações no mercado, os acordos entre concorrentes e ainda, o emprego de meios e diligências necessários para conseguir certo resultado lesivo ao patrimônio do consumidor.

Nesse sentido, é que foi oferecida uma novel redação ao artigo 1º da Lei n. 7.347/85, assinalando-se que, reger-se-ão pelas disposições da referida lei, sem prejuízo da ação popular, as demais ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por violação à ordem econômica.

Ainda nesta senda, o inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública em virtude do que dispõe o artigo 88 da Lei n. 8.884/94, sofreu modificação. Dessa forma, no que se refere à legitimação de entidades, passou a vigorar com redação diferente, dispondo que se inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em termos processuais e procedimentais, o artigo 83 da chamada lei antitruste aduz que: aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial, previstos nesta Lei, as disposições do Código de Processo Civil e das Leis n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e n. 8.078, de

11 de setembro de 1990.

É imperioso destacar, no que tange à tutela penal, a Lei n. 8.884/94, a qual acabou por alterar a redação da conduta disposta no inciso VII do artigo 4º da Lei n. 8.137/90, preceituando que se leve em conta, naquele caso, o comportamento que fundar-se na elevação, sem justa causa, do preço de bem ou serviço, amparando-se no fato de ocupar posição dominante no mercado.

Afigura-se óbvio, desse modo, que constitui crime contra a ordem econômica o referido comportamento, sendo necessária, a exigência de que o acusado comprove a ocorrência de justa causa que venha a justificar o aumento do preço, levando-se em conta, evidentemente, o domínio de mercado e o disposto no artigo 21 da Lei n. 8.884/94.

Conseqüentemente, trata-se, de crime de mera conduta formal, ou seja, que se processa com a mera comprovação da ocorrência do aumento de preços sem justificativa razoável, e, evidentemente, naquela esfera econômica na qual o transgressor goza de situação predominante, seja em virtude de monopólio ou oligopólio.

Demonstra-se, assim, que na hipótese do agente elevar injustificadamente os preços de seus produtos ou serviços, estará, por conseguinte, não só meramente, aumentando seus preços, mas, acrescendo seu campo de receita, o que constitui autêntica transgressão à ordem econômica.

Conforme apresenta José Geraldo Brito Filomeno, verifica-se que, em muitas situações, outra ocorrência surge, qual seja a de autêntica usura real, especialmente da forma como está determinada pela lei de crimes contra a economia popular (art. 4º, *b*, da Lei n. 1.521/51), assim delineada: obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente justo da prestação feita ou prometida[53].

Observa-se, entretanto, que tendo em vista novos dispositivos do Código Consumerista, sobretudo, aqueles que se referem aos chamados contratos de adesão, à oferta e à publicidade, afigura-se que toda a conjuntura cunhada objetiva resguardar o lado considerado mais vulnerável

---

[53] FILOMENO, José Geraldo Brito. Coibição e repressão de abusos no mercado. In **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 100.

diante da relação contratual.

Sob outra perspectiva, é mister se destacar que o parágrafo 3º do artigo 4º da Lei n. 1.521/51, disciplina que, no que concerne à estipulação de juros ou lucros usurários, esta será nula, devendo o juiz procurar ajustá-los à medida legal, e na hipótese de já tê-la exercido, ordenar a devolução do valor excedente, acrescido dos juros legais tendo como termo inicial a data do pagamento devido.

Nada obstante, atualmente, considerando os balizamentos estabelecidos pela lei antitruste, existem os artigos 20 e 21, que servem como instrumentos de aferição, além dos já mencionados parâmetros previstos no artigo 4º da Lei de Crimes contra a Economia Popular, mormente se se considerar a sobredita vulnerabilidade do consumidor.

Com precisão, Paula A. Forgioni destaca que para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato possibilite a incidência do artigo 20, ou seja, tenha por objeto ou produza um dos seguintes efeitos: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; ou d) exercer de forma abusiva posição dominante[54].

Já no que se refere à proteção dos direitos concernentes à propriedade industrial, levando-se em conta o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, a Lei n. 9.279/96, através do seu artigo 2º estabelece que: efetua-se mediante (I) concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; (II) concessão de registro de desenho intelectual; (III) concessão de registro de marca; (IV) repressão às falsas indicações geográficas; e (V) repressão à concorrência desleal.

O Título V se ocupou dos chamados *Crimes contra a Propriedade Industrial*, e encontra-se subdividido em vários capítulos e entre eles pode-se destacar o que cuida dos Crimes de Concorrência Desleal.

Apesar de ter como objetivo principal a obtenção do maior grau possível de autocontrole da

---

[54] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 149.

ordem privada através das formas de mercado, e exatamente por ter esse objetivo principal, o controle do poder econômico no mercado cumpre importante função na regulação das relações entre ordem econômica privada e Estado.

De um lado, serve de proteção da própria ordem privada com relação ao Estado. Obviamente, uma ordem econômica em que o poder privado não tem limite não pode se autocontrolar. O Estado deve exercer poder de direção constante. Contudo, é um fato a crença na incapacidade de autocontrole do mercado, na realidade brasileira, aliás, somada à aplicação de planos desenvolvimentistas executados pelo Estado de parte da atividade produtiva que normalmente seria exercida pelo setor privado.

Se isso se verifica, acaba sendo necessário, como ocorreu no Brasil, incluir o próprio Estado e suas empresas como sujeitos passivos da lei concorrencial. Com isso, não se está desvirtuando a lei antitruste, que continua a se aplicar apenas à regulação do mercado de bens e serviços e fatores de produção. Ocorre que o *mercado* considerado conta com agentes estatais dotados de apreciável poder e que não podem ser ignorados.

De outro lado, o controle do poder econômico serve, também, como garantia do Estado contra a ordem econômica privada. O poder econômico no mercado, quando excessivo, tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e que procuram (e freqüentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas. A ameaça à ordem democrática é evidente.

Entre vários outros efeitos do poder econômico nos mercados sobre os centros decisórios estatais vale mencionar dois. O primeiro deles consiste na forte influência do poder econômico, quando exageradamente concentrado, sobre a atividade normativa do Estado, principalmente em matéria de regulação da atividade econômica. Muitas vezes consegue-se ou procura-se conseguir, através de agências governamentais, regulamentação setorial ou ao menos aprovação de acordos que criem ou legitimem verdadeiros cartéis entre produtores. Assim, procura-se obter imunidade governamental à aplicação da lei antitruste. Uma legislação antitruste coerente deve dar resposta a

esses abusos.

O segundo problema é a conhecida maior capacidade de resistência dos monopólios às tentativas de implementação de medidas macroeconômicas por parte das autoridades governamentais. A mais conhecida e discutida delas é a relação entre poder econômico no mercado e processo inflacionário.

É importante observar, afinal, que a referência feita nesse parágrafo à instrumentalidade do direito antitruste para a proteção do Estado contra a sociedade, e vice-versa, apesar de justificar a concentração das atenções do direito antitruste sobre o poder econômico no mercado, não transforma aquele em instrumento de tutela direta dos particulares contra o Estado, e vice-versa. A proteção das liberdades particulares contra a interferência estatal em matéria econômica é função primária das normas da Constituição *que definem os direitos fundamentais individuais e sociais e indiretamente daquelas que regulam a ordem econômica*. O direito antitruste só será utilizado em caso de desvirtuamento das duas formas possíveis de atuação do Estado no campo econômico: através da prática direta de atividade econômica ou através da atuação normativa. No primeiro caso, o direito antitruste só será invocado quando o Estado passar a exercer atividade econômica relevante no mercado de bens, serviços e fatores de produção.

A aplicação da legislação antitruste quando a intervenção do Estado na ordem privada é feita por via regulatória é bem mais complicada, por envolver diretamente a resolução de um conflito entre normas e entre esferas de competência governamental. Aqui também a lei antitruste só poderá ser aplicada à atuação estatal quando esta estiver desnaturada e orientada à facilitação de criação de poder sobre o mercado, através da admissão de acordos entre particulares (ou entes estatais exercendo atividade econômica no mercado) que visem à criação de restrições à concorrência.

A expressão *poder econômico no mercado* pretende ligar as preocupações antitruste *precipuamente* à garantia de um mercado de bens, serviços e fatores de produção dotado de regras de conduta que garantam o maior grau possível de autocontrole. O controle deve ser exercido sobre todos aqueles que tenham poder de influenciar o mercado, sejam eles agentes privados, estatais no

exercício de atividade econômica ou estatais exercendo atividade normativa ou fiscalizadora, quando essa for dirigida à proteção de interesses particulares no mercado. O conceito central é o exercício de influência sobre o mercado, qualquer que seja sua origem.

É difícil imaginar que um sistema concorrencial possa se organizar sem um controle da formação de estruturas econômicas com o poder sobre o mercado. Não bastam, no entanto, essas regras para garantir o funcionamento do sistema concorrencial (ou, para usar outra expressão, para garantir o autocontrole do mercado). Fazem-se necessárias regras que garantam a lealdade do comportamento dos agentes econômicos, sem as quais a concorrência, ainda que existente e livre, desandaria em um processo autofágico que favoreceria o restabelecimento de estruturas monopolistas e oligopolistas.

Esses dois tipos de regra, regulando, de um lado, a *liberdade* e, de outro, a *lealdade* da competição, formam um todo que se pode chamar de direito concorrencial. A unicidade do sistema não significa que não exista certa tensão entre esses dois tipos de regras. Na medida em que se expande o alcance do conceito de lealdade, tornando mais rigorosas ou mais amplas as regras de concorrência, a liberdade de atuação dos agentes sofre restrição. De outro lado, um princípio de liberdade mais amplo no campo econômico tende a restringir o número de comportamentos considerados desleais. É importante tentar encontrar o correto ponto de equilíbrio entre essas necessidades por vezes opostas.

Elemento fundamental para esse equilíbrio é a consideração concreta da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial. Isso significa que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.

Uma interpretação considerada muito restritiva da liberdade de iniciativa adquire imediato

sentido ao se verificar o potencial prejuízo ao consumidor que determinadas condutas podem causar.

A utilização do interesse do consumidor como critério de resolução de impasses deve ser, no entanto, cuidadosa. O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em seu destinatário jurídico direto. Muitas vezes é através da proteção da *instituição* concorrência que o seu interesse será protegido.

No Brasil a preocupação com ambos os aspectos do direito concorrencial (garantia da liberdade e da lealdade da concordância) sempre se fez presente. Talvez seja otimismo exagerado atribuir esse fato a uma acurada análise pelo legislador pátrio das experiências históricas estrangeiras.

Nossa primeira lei antitruste é quase exclusivamente influenciada pela experiência norte-americana. Isso em um período em que no próprio sistema norte-americano, ainda, havia dúvida quanto aos verdadeiros objetivos do direito concorrencial. É o autor da primeira lei antitruste brasileira em sentido próprio (Lei n. 4.137, de 10.9.62) a afirmar expressamente a influência direta do direito daquele país. Tendo-se em vista a pouca familiaridade do legislador brasileiro da época com conceitos econômico-jurídicos e com as necessidades de uma economia concorrencial, e considerando a própria forma casuística e assistemática de tratamento dos conceitos legais no sistema citado, típica do *Commom Law*, é razoável pressupor que o que ocorreu foi mais uma transposição de conceitos do que uma análise crítica e comparativa dos sistemas.

Assim, a dualidade de caráter do direito concorrencial brasileiro deve ser atribuída à sua origem histórico-legislativa interna. O ponto de partida é, portanto, uma perspectiva eminentemente de proteção do consumidor contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha. Tal proteção, para ser coerente e completa, deve incluir regras de garantia de uma concorrência não só *livre*, mas, também, *leal*.

Coerente com esse objetivo, a Lei n. 4.137, de 10.9.62, incluiu em seu artigo 2º as três categorias de ilícitos dos sistemas de direito concorrencial mais experimentados: a constituição

indevida de posição dominante (inc. I), o abuso de posição dominante (incis. II. III, IV) e a concorrência desleal (inc. V). Mais do que isso: cada uma das categorias de ilícitos trazia uma especificação dos vários ilícitos a ele ligados – e só a ele ligados. Assim, os ajustes entre empresas (incluindo concentração empresarial e cartel – inc. I, letras *a* e *c*) e os comportamentos que implicassem criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa só poderiam configurar ilícitos caso tivessem a efetiva possibilidade de levar à dominação do mercado. *A retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo* (letra *c* do inc. III), pela própria redação da lei só poderia configurar ilícito quando caracterizado o abuso de poder econômico, isto é, quando praticado por agente em posição dominante no mercado. Por outro lado, *a concorrência pública administrativa* (inc. V, letra *b*) vinha definida como uma forma de exercício de concorrência desleal. Era, portanto, punível detivesse ou não o agente posição dominante no mercado.

O legislador de 1994 (Lei n. 8.884 de 11.6.94) não foi tão feliz nesse aspecto. Se de um lado, introduziu um sistema moderno de controle das concentrações, destacando-o da normativa geral de obtenção de posições dominantes, não distinguiu claramente as hipóteses caracterizadoras das três categorias de ilícitos citadas: atos tendentes à dominação dos mercados, abuso do poder econômico e concorrência desleal. As razões para isso são várias.

Em primeiro lugar, com o advento da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, que complementou e revogou apenas em parte a Lei n. 4.137, havia-se criado uma dualidade indesejável de legislações concorrenciais. Ambas as leis continham a definição de ilícitos concorrenciais. A consolidação, da lei, de todos os ilícitos em um só artigo visou, como expressamente declarado na Exposição de Motivos, eliminar esse problema.

Uma segunda preocupação do legislador de 1994 era encontrar uma via intermediária entre a regra da razão, considerada eficaz e flexível, mas pouco adaptável ao *formalismo civilista*, e regra *per se*, considerada exageradamente rígida. Era o que vinha-se tentando fazer sem sucesso, desde 1962, através da interpretação das leis anteriores. Com a nova lei, viu o legislador uma

oportunidade de construir um tipo legal que constituísse essa via intermediária.

Finalmente, existe um terceiro tipo de caso que não pode ser justificado por qualquer regra da razão. A ilicitude se verifica qualquer que seja a posição do agente, por constituir prática de concorrência desleal. O sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota, no entanto, nos casos previstos na Lei n. 8.884. Grande parte, se não a maioria das práticas de concorrência desleal, vem prevista como crime de concorrência desleal (art. 195 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 – Novo Código da Propriedade Industrial). O fundamental da previsão de tal tipo de ilícitos é a proteção ao sistema concorrencial ou, dito de outra forma, a proteção da existência da competição. É necessário garantir o respeito a padrões mínimos de conduta ética, sem os quais a concorrência necessariamente desencadearia um processo antropofágico de disputa do mercado que, em última instância, levaria à formação daquelas posições de poder tão temidas pelo direito concorrencial. A peculiaridade dos ilícitos de concorrência desleal em relação àqueles atos que visam ao domínio dos mercados é que naqueles, ao contrário desses últimos, não é necessário inquirir da posição de poder que deles poderá advir.

Assim, pode-se entender a garantia contra a concorrência desleal como uma *garantia sistêmica da ordem concorrencial*.

O problema é que, da maneira como está redigida, a lei permite classificar todos os incisos do artigo 21 como hipóteses de concorrência desleal.

Ponto de partida para o estabelecimento das diferenças entre essas hipóteses é a correta definição do significado e das formas de manifestação do poder no mercado, o que se pretende alcançar nos pontos que seguem.

2.4 A formação dos cartéis e o direito concorrencial brasileiro

Numa acepção, a origem da palavra cartel é atribuída ao seu cognato alemão *Kartel,* cujo significado era agrupamento de empreendimentos independentes para regular privativamente uma

indústria.

Por influência anglo-saxã, o instituto recebe o *nomen iuris* de *cartel hard core,* chegando a ser definido pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos (OCDE) da seguinte forma: a) cartel *hard core* é um pacto anticompetitivo, um exercício combinado anticompetitivo ou uma arrumação anticompetitiva entre antagonistas para fixar preços, apresentar propostas colusivas, pôr gravames de produção ou quotas, ou dividir mercados pela alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio; bem assim, b) a categoria cartel *hard core* não inclui acordos, práticas combinadas que b') sejam razoavelmente relacionados com a obtenção legal de eficiências redutoras de custo ou incrementadoras de produção; b'') sejam excluídos direta ou indiretamente do âmbito de aplicação das normas de um País-Membro; ou b''') sejam autorizados nos termos das referidas normas[55] , conforme afirma Gico Jr.

O autor desnuda a imprecisão dessa expressão quando destaca que a mesma esconde a existência de uma indefinição persistente acerca do que dever ser um cartel proibido. Após breves incursões no direito comparado, o autor em referência conclui que não há uma definição jurídica e entendimentos universais do que seja um cartel, quando deve ser proibido, nem quando e quais sanções devem ser aplicadas.

De fato, porque se trata de uma zona cinzenta mesmo, onde se encontra a liberdade individual de comércio com a sua respectiva função social. Insta-se, portanto um paradoxo (aparente), de difícil solução.

Propomos, nesse intento, o que já se pratica de modo intuitivo: a aplicação do consequencialismo de origem utilitária. Como afirmado alhures, este consiste em verificar se os efeitos de uma determinada prática ou ato são de fato nocivos no plano da realidade. Esta prática, de *per si*, já seria suficiente para identificar toda tentativa de emular o dolo para afastar a concorrência a pretexto de se obter mais eficiência econômica que a todos interessa.

Deste modo, torna-se pouco necessário identificar se o dano advém de uma prática

---

[55] GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel:** teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006, p. 166 e seguintes. O autor esclarece que a expressão *hard core cartel* em inglês significa algo como conceito maior de cartel. Adverte que tal expressão não foi adotada por nenhum ordenamento nacional.

verticalizada ou, de outra forma, por via horizontal[56].

Em causando efeitos danosos ao mercado, reunidos os demais requisitos, como a identificação dos agentes econômicos, por exemplo, vislumbra-se o cartel, que nada mais é do que a colusão entre comerciantes ou empresários para afastar a concorrência.

O intervencionismo estatal na economia não se verificava durante a vigência da Carta Imperial, bem como na primeira Constituição Republicana (1891). Isto, naturalmente, se deve aos postulados da doutrina liberal, próprios da época.

Carlos Ferreira de Andrade observa que o emprego dos princípios basilares do sistema jurídico liberal, quais sejam, liberdade e igualdade (formais), ao consumidor apresentou-se imprópria, tendo em vista que não resguardavam os interesses comuns daqueles, considerando que tais consumidores eram diferentes entre si e distintos das empresas[57].

Por influência externa, especialmente da experiência mexicana (1917) e alemã (1919), o Brasil dá início a uma atividade de organização da economia (1934) que desemboca na criação de vários órgãos de defesa da concorrência, estágio atual dessa escala evolutiva.

Mais do que qualquer dos numerosos fatores que influenciaram o desenvolvimento da política de defesa da concorrência no Brasil, foi a fixação de valores a atitudes que o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) composto pelo CADE, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) levou a efeito nos meios jurídicos, econômicos e acadêmicos – a chamada "cultura da concorrência" – o que mais influenciou na constituição de um notável acervo de conhecimento que possibilitou a consolidação deste ramo epistemológico.

O CADE, por seu turno, enfrentou em detalhes o problema da identificação dos cartéis, chegando à conclusão de que pouco importa se o conluio foi expresso ou tácito. Identifica também como requisitos: que ocorra entre concorrentes do mesmo mercado; envolva parcela substancial do

---

[56] Se a ação afeta concorrentes de um mesmo mercado, diz-se que ela é horizontal; se, de outro modo, envolve diferentes mercados em uma mesma cadeia produtiva em relações de fornecedor-produtor-consumidor, caracteriza uma ação vertical (OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33).

[57] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores.** Coimbra: Almedina, 1982, p.12.

mercado relevante[58]; que o acordo verse sobre variáveis concorrenciais, tais como preços, quantidade etc., e o objetivo deve ser obter mais lucros, se aproximando, em forma e substância, dos monopólios[59].

2.5 Ingerência do código de defesa do consumidor no direito da concorrência

A proteção do consumidor é princípio básico do direito da concorrência, pois se não houver concorrência não uma efetiva defesa do consumidor.

A posição atual da autoridade de tutela da defesa da concorrência no contexto europeu, e grande parte da doutrina, segundo Cristoforo Osti, entendem que o disciplinamento concorrencial deva tutelar principalmente o bem-estar dos consumidores[60].

Certo é que as duas legislações têm princípios que se podem dizer comuns, como a idéia fundamental de que o sistema de mercado justifica-se pela sua capacidade de produzir mais e melhores bens de consumo, a denominada "eficiência alocativa" e também promover uma melhor distribuição da riqueza, a "eficiência distributiva".

Preambularmente, faz-se necessário estabelecer a filosofia de ação de ambas as leis.

Pelo estatuto consumerista, é o artigo 4º, especialmente o inc. III, o sustentáculo de toda a lei, que, aliás, tem espeque na ordem econômica de 1988[61].

Ordem econômica esta que deve observar, com especial ênfase, os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (incisos IV e V do art. 170 da Constituição da República).

Ao lado do citado inciso III, não há como deixar de ser ressaltado o inciso VI desse artigo 4º da Lei no 8.078/90: a "coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de

---

58 Lembrando que, se não ocorrer a prática em parcela relevante de mercado, a mesma poderá ser considerada lícita. No ensinamento de Cristoforo Osti, sem que esteja presente o requisito do mercado relevante, o comportamento supostamente anticoncorrencial poderá ser irrelevante e portanto lícito (In OSTI, Cristoforo. **Diritto della concorrenza.** Bologna: Il Mulino, 2007, p. 53).

59 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel:** teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006, p. 170.

60 OSTI, Cristoforo. **Diritto della concorrenza.** Bologna: Il Mulino, 2007, p. 21.

61 Assim consigna: "Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da CF), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

consumo (...)".

Por seu turno, a lei brasileira de defesa da concorrência inclui expressamente no artigo 1º o propósito de defesa do consumidor. E ao estabelecer, em seu parágrafo único, que "a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei", o legislador quis incluir os consumidores. Vale dizer, é o consumidor o alvo de proteção da lei de concorrência.

Nesta mesma linha, os artigos 21, 27, 29, 54, inciso II e 58 têm sempre em vista os interesses dos consumidores. O que será apresentado a seguir com a análise conjunta das duas legislações.

Além dos dispositivos acima citados, o primeiro ponto de intercessão das duas leis está no artigo 15 da lei n. 8.884/94 e no 3º da lei n. 8.078/90. Trata-se do destinatário da lei, no caso da "concorrência" e do conceito de fornecedor no caso do "consumidor". São praticamente idênticas as disposições legais. Assim, toda pessoa física e jurídica, privada ou pública, nacional ou estrangeira, bem como quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato e de direito, serão alvo da aplicação destas duas leis balisadoras das relações no mercado.

Em seguida, o artigo 17 (concorrência) e 7º, parágrafo único e parágrafos do artigo 25 (consumidor) tratam da solidariedade da responsabilidade entre as empresas causadoras de danos.

Os artigos 18 (concorrência) e 28 (consumidor) tratam do mesmo assunto, qual seja, a possibilidade de se desconsiderar personalidade jurídica da empresa, quando houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No que concerne às infrações à ordem econômica (sempre em *numerus apertus*, face a impossibilidade de se impor um rigorismo às "tipificações econômicas") previstas no artigo 21 da lei n. 8.884/94, estas têm uma certa sintonia com as práticas abusivas do artigo 39 e com as cláusulas abusivas do artigo 51 do estatuto consumerista.

Frise-se que o objetivo maior destes dispositivos legais não é punir a empresa, mas garantir

o consumidor no mercado.

Recusar a venda de bens e serviços de conformidade com os usos e costumes é prática vedada tanto pelo artigo 21, inciso XIII (concorrência), quanto pelo 39, inciso II (consumidor).

Os artigos 21, inciso XXIII e 39, inciso I, respectivamente da lei de concorrência e da lei do consumidor, tratam de um mesmo instituto: a venda casada. A vinculação de um produto ou serviço a outro produto ou serviço.

Conforme ressaltado acima, com relação à venda casada há uma grande distinção, não obstante a identidade de conceitos, em seu tratamento no âmbito da concorrência e do consumidor.

A venda casada em si mesma não é ilícita. Será infração contra a ordem econômica somente se inserida no contexto das práticas restritivas, voltadas à eliminação da concorrência, domínio de mercados ou aumento arbitrário dos lucros.

A venda casada constitui uma verdadeira barreira à entrada de concorrentes potenciais no mercado.

Oportuno ressaltar que só aqueles que detêm poder de mercado e que adotam esta prática é que estarão sujeitos a uma análise pelo órgão regulador do direito da concorrência.

Diferentemente do que ocorre na seara consumerista. Basta o condicionamento de um produto ou serviço ao fornecimento e outro produto ou serviço, para ser caracterizada a venda casada, prática vedada ao consumidor.

Uma das questões mais tormentosas no encontro dessas duas legislações refere-se ao "preço". A garantia de um melhor preço entra na lista das cogitações da defesa da concorrência e do consumidor. Isto, em grande parte, devido ao poder econômico das grandes corporações, que têm maiores probabilidades de influir nos preços, nas condições de mercado, nas práticas e cláusulas abusivas aos consumidores.

Os artigos 21, inciso XXIV e o 39, inciso X tratam da elevação, sem justa causa, do preço de bem ou serviço. Frisa-se que a "elevação injustificada de preços" não foi prevista originalmente no CDC, sendo acrescentada ao rol daquelas enumeradas pelo artigo 39 exatamente pela lei de defesa

da concorrência.

A par dessa disposição, o Estatuto do Consumidor traz, ainda, como um ranço da economia brasileira da década de 80, a questão do tabelamento de preços no artigo 41 e estabelece como direito básico do consumidor, no artigo VI, inciso V, uma "remodelada" *clausula rebus sic stantibus*.

O direito de ação previstos nos artigos 29, 82 e 6º, inciso VI, respectivamente da lei n. 8.884/94 o primeiro e os outros dois da Lei 8.078/90, indicam a completa sintonia dessas legislações. Os prejudicados a que se refere a lei são, em primeiro lugar, as empresas e, subsidiariamente, os consumidores. Em se tratando de uma coletividade, que tenha sofrido lesão em seus interesses, ela deverá ser representada pelos legitimados do artigo 82 do Código do Consumidor.

O compromisso de desempenho, artigo 58 da Lei de Concorrência, é um dos mais importantes institutos que interagem a concorrência com o consumidor.

É através dele que poderão ser minimizados os efeitos anticoncorrenciais de uma fusão, por exemplo, tendo por escopo, maximizar os seus benefícios. Este compromisso será uma espécie de condição a ser observada para que se concretize a aprovação do ato de concentração.

A máxima *pacta sunt servanda* está ultrapassada. A lei de defesa do consumidor veio reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, impondo normas imperativas, tendo sempre em vista o reequilíbrio contratual.

2.6 Práticas abusivas potencialmente lesivas à livre concorrência

Poderiam ser selecionados diversos aspectos da defesa do consumidor com repercussão na livre concorrência, tendo o presente trabalho optado por realizar uma análise tomando como base as

práticas abusivas levadas a efeito no mercado de consumo.

Fundado na crença de que a lei vai além de comando de educação social, o Código elencou diversas práticas comerciais abusivas, vedando-as e sancionando-as em caso de descumprimento.

Podemos conceituar práticas abusivas como sendo práticas comerciais, inseridas nas relações de consumo, em desconformidade com as relações entre fornecedor e consumidor. Para Benjamin, prática (*lato sensu*) "é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor"[62]. Gabriel Stiglitz, citado por Benjamin, considera as práticas abusivas "condições irregulares de negociação nas relações de consumo".

Tais práticas, até de maneira *natural*, encontram fértil terreno para se multiplicar, tendo em vista que inúmeros fornecedores *apostam* na efetividade das mesmas como instrumentos de elevação do lucro, levando em consideração a ineficiência e a ineficácia dos órgãos e instrumentos de controle[63].

O CDC no art. 39, expressa e exemplifica algumas práticas abusivas. Algumas constavam da versão original do Código, outras quatro foram introduzidas pelas Leis n. 8.884, de 13 de junho de 1994, n. 9.008, de 21 de março de 1995, e pela Medida Provisória n. 550/94, hoje n. 9.870, de 23 de novembro de 1999. E outras estão espalhadas em dispositivos diversos no texto codificado.

Discutiu-se de início sobre a taxatividade ou não do rol do art. 39. Nos dias de hoje, no entanto, restou sem interesse tal discussão, em face da Lei n. 8.884, de 13 de junho de 1994, que deu nova redação ao *caput* do citado art. 39. A expressão "dentre outras" inserida pela nova lei e o acréscimo de outras práticas afastaram toda e qualquer dúvida ainda restante.

As práticas abusivas expressamente enumeradas pelo CDC são as seguintes:

---

[62] BENJAMIN, Antonio Herman, *in* **GRINOVER,** Ada Pellegrini et alii**. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 218.

[63] A esse respeito, a lição de Marcus Vinicius Andrade da Silva: "Não é novidade que fornecedores visam o lucro a qualquer preço. Justificam-se por isso as constantes atividades e práticas comerciais abusivas. Mais vale correr o risco de uma reclamação, um questionamento em qualquer que seja o âmbito, esfera ou instância do que deixar de praticar certos atos lucrativos. Em outros termos, seria o papel de uma espécie de cálculo atuarial de certas práticas abusivas em suas atividades". SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A frustração da expectativa de consumo pela publicidade.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 246.

2.6.1 Venda casada

É vedado condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. Objetiva-se preservar o direito básico da livre escolha do consumidor, pois, se tem ele interesse na aquisição de determinado produto ou serviço, não pode ser obrigado, para lograr tal intento, a adquirir o que não lhe interessa, mas que lhe é condicionalmente impingido. Da mesma forma, não pode ocorrer, sem justificativa plausível, a limitação quantitativa ao fornecimento. A infração, na via administrativa, já era prevista na Lei Delegada n. 4, de 1962, art. 11, *i.* Na esfera civil, o consumidor pode exigir o cumprimento da oferta sem o condicionamento.

Sob a ótica concorrencial a questão da venda casada vai impactar tendo em vista que o fornecedor que impõe a aquisição conjunta de bens ou a contratação de serviços conjugados venderá mais, podendo obter uma maior lucratividade do que aquele que deixa de praticar atos semelhantes.

2.6.2 Recusa de fornecimento

A lei proíbe "recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes". Colima-se impedir o intuito especulativo e a discriminação, não se admitindo que, possuindo estoque, o fornecedor se recuse a fornecer o produto ao interessado, de acordo com os usos e costumes locais. Configura também infração contra a economia popular, prevista no art. 2º, II, da Lei 1.521/51. Pode ocorrer o cumprimento forçado da oferta.

O fornecedor, em linhas gerais, não pode escolher para quem vender, uma vez estabelecidas as condições da oferta. Sendo-lhe vedado, por exemplo, efetivar vendas apenas a consumidores que se utilizem de cartões de crédito, em detrimento daqueles que desejam efetuar suas compras com

dinheiro em espécie, configurando-se, no caso, o crime previsto no inciso I, do art. 7º da Lei 8.137/90.

2.6.3 Remessa sem solicitação

A regra é o consumidor tomar a iniciativa de adquirir produto ou serviço. Por isso, o legislador vedou a conduta de "enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer quaisquer serviços", com isso pretendendo preservá-lo de ser importunado com a remessa de produtos não solicitados e do desconforto de providenciar a devolução, quando não quiser adquiri-los. O fornecedor que assim proceder não terá direito ao pagamento, pois o serviço prestado e o produto remetido ou entregue serão considerados amostras grátis (CDC, art. 39, parágrafo único, c/c o Decreto n. 218/97, art. 12, IV, c/c o art. 23), o que configura tutela civil. Além disso, constitui infração administrativa.

Quando uma operadora de cartão de crédito envia a um consumidor um cartão não solicitado, está realizando ato agressivo de marketing, que configura prática abusiva mas que, uma vez aceito pelo consumidor, coloca aquela operadora em vantagem sobre sua concorrente que não faz uso de prática semelhante.

2.6.4 Prevalecimento abusivo

Não poderá o fornecedor "prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços". Busca a lei impedir que o fornecedor inescrupuloso tire proveito da situação de fragilidade e hipossuficiência do consumidor idoso ou menor, doente, de pouca instrução ou com reduzidas condições de discernimento, com isso objetivando preservar o "direito" à higidez física e patrimonial e de livre escolha. Em regra, constituirá apenas infração administrativa, a menos que o

fornecedor incida em figuras do Código Penal pelo emprego de violência física ou ameaça ou outra forma de constrangimento, ou ainda o crime previsto no art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90[64].

No país ocorrem atualmente inúmeras situações de prevalecimento abusivo no que se refere aos direitos do consumidor idoso e aposentado, tendo em vista que empresas dirigidas por pessoas inescrupulosas estão se prevalecendo da vulnerabilidade acentuada dos idosos (hipervulnerabilidade) para impingir-lhes empréstimos com descontos consignados em seus proventos de aposentadoria ou pensões, sem que aqueles tenham possibilidade de avaliar as condições contratuais, quase sempre extremamente desvantajosas para o contratante, principalmente quanto aos juros cobrados. Isso, evidentemente, aumenta o número de contratos e o lucro das empresas que usam de tal expediente, concorrendo de maneira desleal com aquelas que se mantêm nos limites de atuação impostos pela legislação de defesa do consumidor.

2.6.5 Vantagem excessiva

O Código procura inibir a conduta do fornecedor consistente em "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva", entendendo-se por esta a que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, a que restringe direitos ou obrigações fundamentais, ameaçando o objeto ou o equilíbrio contratual e a que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor (aplicação analógica do art. 51, § 1º, I a III). A idéia central é, pois, a de assegurar o equilíbrio contratual, impedindo que o fornecedor, utilizando-se de sua condição de superioridade econômica, cause prejuízo ao consumidor. É sancionada civil e administrativamente.

Comuns são os casos que geram concorrência desleal, como situações de prática de juros exageradamente elevados, multa de mora acima do percentual permitido pelo CDC (2%), duplo

---

[64] "Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo: (...)
VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; (...).
Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa".

sancionamento no caso de inadimplência (suspensão do contrato mais imposição de período sem o serviço, ainda que após o pagamento da(s) parcela(s) em atraso).

Tais práticas, quando generalizadas pela empresa, aplicando-as a uma base numerosa de consumidores, implicarão em ganhos elevados, aumento de lucro, acarretando vantagem concorrencial ilegal.

2.6.6 Execução de serviços sem orçamento

O regime codificado exige que o fornecedor de serviços, antes de iniciar a respectiva execução, entregue ao consumidor orçamento válido pelo prazo mínimo de dez dias – discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços, estabelecendo que, uma vez aprovado, obriga o fornecedor ao seu cumprimento (art. 40, §§ 1º e 2º). Em reforço e para garantir efetividade a essa norma salutar, o legislador proibiu a execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização do consumidor, ressalvadas apenas as práticas anteriores entre as partes. Objetiva moralizar a atividade, em face dos costumeiros abusos até então ocorridos de lucro fácil no momento da entrega do trabalho. Trata-se de infração administrativa, com reflexos na esfera civil (art. 40, § 3º).

Essa prática, muitas vezes, acarreta a submissão do consumidor a um preço que ele não pode ou não queria pagar, mas com o qual *concorda* por vergonha, timidez ou falta de combatividade, colocando o mau fornecedor em vantagem sobre aquele que, mesmo sob o risco de perder o cliente, apresenta-lhe orçamento correto e detalhado.

2.6.7 Repasse de informação depreciativa

O fornecedor está proibido de repassar informação depreciativa acerca de ato praticado pelo

consumidor no exercício de seus direitos, como por exemplo, a formulação de queixa nos órgãos de defesa e o ajuizamento da demanda.

Não confundir esta prática com a existência de bancos de dados com informações sobre consumidores inadimplentes, para efeito de restrição ao crédito, posto que esta é prática legítima e regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 43 e 44 do CDC).

2.6.8 Descumprimento de normas

Quando o fornecedor está obrigado à observância de normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes para colocar produto ou serviço no mercado, não poderá fazê-lo em desacordo com elas. Além de infração administrativa, constitui conduta punível criminalmente, em vista de sua subsunção ao tipo penal do artigo 2º, III, da Lei n. 1.521/51[65].

Tomemos, por exemplo, a legislação sanitária, que impõe a fornecedores dos mais diversos ramos, práticas de higiene e limpeza de empregados e instalações, que são onerosas (revestimentos específicos para pisos e paredes, instalações sanitárias adequadas, cozinhas dentro de determinados padrões, treinamento, capacitação e aperfeiçoamento de mão de obra etc.).

Ao tentar se enquadrar a essas normas, o fornecedor naturalmente, terá gastos (muitas vezes elevados), que deverão repercutir no preço dos seus produtos ou serviços, o que não ocorre quando o fornecedor desconsidera a legislação sanitária e coloca no mercado produtos ou serviços sem atender às exigências normativas específicas, obtendo uma vantagem ilícita sobre o seu concorrente que *optou* por cumprir a legislação e que teve que transferir para o consumidor os custos daí decorrentes, isso quando não teve retardada a abertura do empreendimento até cumprir integralmente as normas.

---

[65] Neste aspecto, pode-se configurar ainda o crime previsto no art. 65 do CDC: "Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte."

2.6.9 Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços

Esta prática abusiva, não prevista na versão original do CDC, foi introduzida por meio da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, artigo 87, que alterou a redação do artigo 39 para o acréscimo de incisos. Desde então, passou a integrar o rol das práticas abusivas previstas "recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais" (inciso IX).

A lei busca impedir que o fornecedor, com recusa de fornecimento, cause problemas ao consumidor e ao mercado de consumo, que poderá ficar temporariamente desabastecido, bem como objetiva anular manobras especulativas, mormente em datas próximas a aumento de preços (por exemplo, combustíveis). É necessário que o consumidor queira obter o fornecimento mediante pronto pagamento, pois, do contrário, se a prazo ou parcelado, poderá justificar-se a recusa. São ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais. Nesses casos os fornecedores poderão recusar o fornecimento direto aos consumidores.

2.6.10 Elevação injustificada de preços

Não prevista originalmente no CDC, esta prática abusiva foi acrescentada ao rol daquelas enumeradas pelo artigo 39, pela Lei 8.884/94, artigo 87. Consiste em "elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços" (inciso X), ou seja, qualquer elevação de preço deve ser justificada. A justa causa para a elevação pode decorrer do aumento de preços da matéria-prima, da correção substancial dos salários dos empregados, ou outra causa que reflita no custo final do produto ou serviço. O que não pode é ocorrer elevação sem justa causa, a depender apenas da vontade do fornecedor, pois isso significa prejuízo certo para o consumidor e locupletamento ilícito para o fornecedor, situações que o Código busca sempre coibir.

2.6.11 Aplicação de índice ou fórmula de reajuste

A Medida Provisória n. 550, de 8 de julho de 1994, reeditada sucessivamente e convertida na Lei n. 9.870, de 23 de novembro de 1999, alterou o artigo 39 do CDC para inserir no rol daquelas enumeradas mais uma prática abusiva, qual seja, a aplicação de índice ou fórmula de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (inc. XI). A norma veio embutida no bojo de medida provisória sobre mensalidades escolares, área em que mais incidia a conduta que se buscou coibir. A vedação, no entanto, não se aplica exclusivamente a essa área específica, mas a toda e qualquer relação de consumo em que haja índice ou fórmula de reajuste estabelecidos em lei ou em contrato.

2.6.12 Abusos quanto aos prazos

Ao contratar o fornecimento de produto ou serviço, as partes devem convencionar prazos de entrega e o termo inicial da execução de serviços, o que proporciona maior segurança para os contratantes e a possibilidade de sua execução forçada em caso de descumprimento. Por isso, a lei sanciona a conduta do fornecedor de "deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério". Procura-se, sem dúvida, assegurar o equilíbrio contratual e a efetividade do cumprimento da obrigação.

Essa prática abusiva constava do texto original do CDC, como inciso IX do artigo 39; foi revogada pela Lei 8.884/94, que inseriu nova prática abusiva como sendo o inciso IX – com isso revogando o inciso original, que tinha outra redação. Percebido o equivoco, foi reintroduzida pelo artigo 7º da Lei n. 9008/95, como inciso XII do artigo 39 do CDC.

3 PRÁTICAS COMERCIAIS NA ORDEM ECONÔMICA DE 1988: CONSIDERAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Como visto até aqui, a defesa do consumidor não é tarefa fácil, embora no Brasil, tenha se demonstrado ser uma missão particularmente difícil.

Por outro lado, não é diferente a situação da defesa da concorrência.

Tanto a defesa do consumidor quanto a defesa da concorrência foram consagrados constitucionalmente como princípios norteadores da ordem econômica. É sobre a presença constitucional desses dois princípios que trataremos no presente capítulo.

3.1 Constituição econômica e direito da concorrência

A idéia sobre uma Constituição econômica não é pacífica. Contudo, a razão marxista de que o fato econômico é ínsito a toda forma de Estado moderno (e contemporâneo), é uma realidade que se verifica no contexto atual.

Com precisão Calixto Salomão Filho apresenta premissa que tomamos por empréstimo ao presente trabalho, segundo a qual toda comunidade, por mais simples que seja, organizada ou não

sob a forma de Estado, que admita a economia de mercado como fundamento básico da organização econômica, deve ter positivado um corpo de regras mínimas que garantam o funcionamento desse mercado e que tenha um nível mínimo de controle das relações econômicas[66].

É esse conjunto de regras que se convencionou chamar de Constituição Econômica, admitidos aqui, para a expressão, tanto o sentido material quanto formal, considerando o caráter não estático da natureza econômica da Constituição de 1988.

Como esclarece Carl Schmitt, a expressão de luta política comporta que cada partido em luta reconheça como verdadeira Constituição somente aquela que corresponda aos seus postulados políticos[67].

O autor citado, em trecho, destaca que é compreensível que "libertad", no sentido de uma ordenação social liberal apoiada na propriedade privada, signifique algo diferente do sentido adotado por um Estado regido pelo proletariado socialista. De fato, é esse exato significado que se encontra no artigo 170, com o direito à propriedade margeado pela função social (inc. II e III, respectivamente).

São valores antagônicos à primeira vista, mas que, em verdade, pertencem mesmo à autonomia de vontade do indivíduo em sociedade, perfeitamente justificáveis tão-somente numa dimensão ponderada que se situa no limiar das tradições orgânicas e mecânicas de sociedade[68]. Tem-se, portanto, que qualquer análise do sistema econômico sob a perspectiva do direito concorrencial deve ser, obrigatoriamente, dúplice.

Tentar, pois, determinar o exato inter-relacionamento entre o domínio regulamentado pelo Estado e aquele auto-regulamentado pelo mercado, perfaz o tablado de atuação onde o Estado deve garantir o correto funcionamento do sistema, evitando excessos com a aplicação da legislação concorrencial.

---

[66] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

[67] "Cuando adquieren influjo político partidos con opiniones y convicciones contradictorias, se manifiesta su fuerza política en que prestan a los conceptos – imprecisos por necesidad – de la vida del Estado, tales como Libertad, Derecho, Orden públicos y seguridad, su contenido concreto" (SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** 4. reimp. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión espanhola de Francisco Ayala. Madrid, Espanha: Alianza, 2003, p. 59).

[68] Sobre o assunto conferir: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 57 e seguintes.

Em contraponto, é preciso determinar até quando a regulamentação é apta a afastar a aplicação do direito concorrencial e, para aqueles casos em que isso não é possível, até que ponto os princípios concorrenciais podem servir de fundamento ao controle da ação do Estado, bem como de todo ato sob sua chancela.

Feitas essas reservas, passaremos a empreender no próximo sub-ponto uma análise estrutural dessas perspectivas lançadas em função da definição do objeto e das normas concorrenciais.

3.2 Direito constitucional econômico

Antes de adentrarmos no estudo da ordem econômica, propriamente dita, é necessário abordarmos o Direito Constitucional Econômico, em cujo âmbito se insere aquela ordenação.

O Estado tem, em grande parte, responsabilidade pelo grau de desenvolvimento econômico de um país[69], tendo em vista que lhe cabe traçar as políticas relacionadas com a indústria, o comércio, a propriedade, o trabalho, o consumo e tantas outras.

Porém, essa tarefa precisa de um rumo, um norte, para que ela não fique ao livre arbítrio do legislador ou daquele a quem cabe a execução normativa. Compete, pois, ao Direito Constitucional Econômico apontar esses rumos.

Passou-se a falar em Direito Constitucional Econômico a partir do momento em que o aspecto econômico tornou-se uma preocupação constante nas constituições, o que veio a ocorrer na primeira metade do século XX, tendo sido a Constituição Mexicana de 1917 a que, pela primeira vez, disciplinou concreta, separada e expressamente em seu texto sobre a matéria. Seguiu-a a Constituição de Weimar, de 1919 (voltando fundamentalmente seu teor normativo para a sociedade e não para o indivíduo)[70] e muitas outras desde então.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar espaços próprios à matéria econômica.

---

[69] TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003, p. 48.
[70] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 207.

Vale ressaltar que a Constituição promulgada em Querétaro, no dia 31 de janeiro 1917 (México), não foi a primeira ocasião em que se tratou de economia em termos constitucionais. Mas foi a partir de então que se deu às questões econômicas um tratamento sistematizado dentro dos textos da constituições.

Na literatura ligada à economia, a expressão *constituição econômica* foi usada inicialmente como significado de *estrutura econômica* ou de *sistema econômico*[71].

No entanto, já em 1771, Baudeau na obra *Primeira introdução à Filosofia econômica*, falava em Constituição Econômica, ao tratar do conjunto de preceitos jurídicos reguladores da sociedade econômica[72]. Mas foi somente na primeira metade do século passado que o conceito e a expressão atuais surgiram.

A constituição econômica é o elemento componente do Direito Constitucional Econômico, ou seja, este é formado pela normas voltadas para a regulamentação da atividade econômica e que estão inseridas formalmente no corpo da Constituição.

Há, porém, a possibilidade de se considerar a constituição econômica sob três outros sentidos.

O primeiro deles implica em considerarmos como compreendidas sob o conceito de constituição econômica, as normas da Constituição em sentido formal que disciplinam as relações econômicas e outras de natureza infra constitucional, mas de relevância constitucional que tratam das mesmas relações.

O segundo sentido diz respeito às normas contidas no primeiro sentido mais as implicações das mesmas sobre a opinião pública, ou seja, a sua manifestação e reflexos na vida quotidiana.

Como terceiro sentido, bem mais abrangente, considera-se constituição econômica, "o direito vivo"[73].

Vale ressaltar a crítica existente sobre os conceitos que tratam a constituição econômica apenas como "normas de intervenção" estatal na economia, tendo em vista que o termo intervenção

---

[71] TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003, p. 73.

[72] TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003, p. 73.

[73] CASSESE, Sabino. **La nuova costituzione economica.** 3 ed. rev. e amp., 4 reimp. Roma: Laterza, 2006, p. 4.

é por demais impreciso[74].

Merece também ser ressalvado que mesmo em um estado liberal, onde o grau de intervenção na economia por parte do Estado é equivalente a zero (ou deveria sê-lo), há sim uma constituição econômica, até mesmo para garantir esse nível extremamente baixo ou inexistente, de intervenção.

Preferimos ficar com o primeiro dos sentidos apontados por Sabino Cassese, abrangendo tão somente aquelas normas que, dentro de determinado sistema econômico, instituem a forma de organização e funcionamento da economia e constituem uma ordem econômica.

Em realidade, trabalharemos com um significado de constituição econômica ainda mais restritivo, pois nos limitaremos ao estudo da constituição econômica formal, isto é, aquele composto pelas normas que, dentro do texto constitucional dão forma ao sistema econômico, ou, mais precisamente, a parte da Constituição que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e os limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica[75].

Embora sendo a constituição econômica uma parcela da Constituição, aquela que abriga e interpreta o sistema econômico (material), dando-lhe forma, ela não só afeta, como também é afetada pelas demais normas constitucionais, tendo em vista que a Constituição deve ser analisada como um sistema de normas que se interrelacionam e complementam. A constituição econômica, portanto, não é autônoma, isolada ou independente do corpo constitucional[76]. Longe de ser estanque, a constituição econômica é integrante da Constituição total[77].

Quem nos aponta três métodos de estudo da constituição econômica é Sabino Cassese: um, típico do direito público econômico, estuda os atos administrativos e legislativos que incidem sobre a propriedade e sobre a empresa, compreende, por exemplo, o exame das concessões, autorizações, privatizações etc.

---

[74] TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003, p 78.

[75] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15 ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 757.

[76] TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 108.

[77] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a parir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

Outro método de estudo é o que analisa a política para cada setor. Por tal método, a constituição econômica é estudada com técnicas que se referem à análise setorial sob o aspecto político e legislativo.

O terceiro refere-se à análise da administração da economia (reservas cambiais, gastos públicos, juros praticados etc.).

Assim, temos os três métodos de estudo da constituição econômica, o terceiro referindo-se à forma como ela incide na política econômica geral, o segundo nas políticas setoriais e o primeiro, o método tradicional e que nos diz respeito, que é a análise da legislação que refere-se à propriedade privada, intervenção estatal e outras manifestações do poder público sobre o patrimônio particular[78]. Este é o que nos cabe utilizar.

Desse modo é que nos debruçaremos sobre o bloco de dispositivos constitucionais consagrados ao "capitalismo organizado", onde estão definidos os princípios de coordenação e regulamentação da vida econômico-social[79], ou, da ordem fundamental da economia[80], a intitulada ordem econômica.

3.3 Princípios da ordem econômica de 1988 que se aplicam ao direito da concorrência

As regras escritas do constitucionalismo econômico, que se sobrepõem ao ordenamento jurídico, moldam a ordem econômica, ao traçar limites ao capitalismo livre ou instintivo, determinando a estratégia da intervenção estatal na economia, com a finalidade de assegurar a justiça social, condições mínimas de dignidade humana e um nível aceitável de sobrevivência às classes menos favorecidas economicamente[81].

Em que consiste essa tal ordem econômica?

Eros Grau ressaltou a inutilidade do conceito de ordem econômica (mundo do dever ser),

---

[78] CASSESE, Sabino. **La nuova costituzione economica.** 3 ed. rev. e amp., 4 reimp. Roma: Laterza, 2006, p. 5.
[79] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6 ed. Coimbra:Almedina, 2002, p. 182.
[80] Id., ibid., p. 345.
[81] SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 4.

embora tenha se debruçado longamente sobre ele, sem sugerir outra expressão ou forma de designar o "conjunto de normas da Constituição dirigente, voltado à conformação da ordem econômica (mundo do ser)"[82].

Não consideramos inútil nem o conceito, nem muito menos o estudo do mesmo. Passemos a isso, então.

Partimos de uma compreensão do que seja ordem. Temos por tal, a organização direcionada dos elementos que integram um conjunto. É a ordem quem coloca juntos, "elementos compatíveis, entre si coerentes, dando ao todo harmonia"[83].

A ordem jurídica é composta por uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem social e uma ordem econômica.

Valemo-nos de um conceito de ordem econômica trazido por Eros Grau, para quem aquela compreende um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, partindo de uma visão macrojurídica, operando-se essa conformação através do condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado[84].

É forçoso reconhecer a existência de uma ordem econômica constitucional formal e de uma ordem econômica constitucional material.

A ordem econômica constitucional formal encontra-se dentro e fora da Constituição (quando a Carta Magna refere-se à necessidade de complementação legislativa para matérias por ela tratadas).

A ordem econômica constitucional material coloca sob a sua órbita matérias que, em regra, não necessitariam de tratamento constitucional mas que, pela sua relevância, merecem tratamento constitucionalizado.

Essa ordem material enceta a idéia que se tem de desenvolvimento.

Importa que a idéia atual aplicada ao desenvolvimento insere-se no contexto dos direitos do

---

[82] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6 ed., rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.
[83] SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p.. 1.
[84] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6 ed., rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 53.

homem, objetivamente verificados através do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) que leva em consideração a inclusão social como um todo (saúde, educação, moradia, lazer, amparo social, trabalho, qualidade de vida, taxas de natalidade e mortalidade, participação no exercício da cidadania, liberdade de expressão, de associação e informacional, acesso à internet, acesso ao Judiciário etc., enfim o ambiente em que se encontra inserido o homem). É nesse sentido que se devem estabelecer as balizas para uma interpretação conforme a Carta Política, no que se refere para a garantia expressa do desenvolvimento nacional insculpida no inciso II do art. 3°.

Trataremos, a seguir, de modo sumário, dos princípios constitucionais da ordem econômica.

3.3.1 Valorização do trabalho humano

O legislador constituinte colocou a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica, reforçando o fato de haver estabelecido preceito idêntico no rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil[85].

Tal opção tem diversas implicações para o Estado e para o setor produtivo[86].

Valorizar o trabalho humano não significa apenas criar empregos. Vai muito além.

É exigir a criação de empregos, sob o arcabouço da dignidade do trabalhador[87]. O desemprego e o sub-emprego são a negação dessa valorização de que trata a Constituição.

A dignidade do trabalhador, que é uma das expressões da dignidade da pessoa humana, reflete-se, dentre outros aspectos, na remuneração adequada, nas condições ideais (no mínimo

[85] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[86] Tratando da evolução histórica dos direitos econômicos e sociais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorre sobre a situação dos trabalhadores no século XIX e início do século XX: "Ora, a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas e sem dignidade, provocou, em reação, o surgimento de uma hostilidade dessa classe contra os 'ricos', contra os 'poderosos', que favorece o recrutamento de ativistas revolucionários, inclusive terroristas. E na fórmula marxista a luta de classes". (In FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43).

[87] PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005, p. 153.

aceitáveis) para o exercício dos misteres de cada ofício ou profissão e na jornada de trabalho legalmente permitida.

Não se trata apenas, portanto, de criar empregos, mas de criar empregos que permitam ao trabalhador desenvolver suas atividades dentro dos limites da dignidade constitucionalmente garantida, com mais qualidade de vida e com menos riscos.

A informatização e a mecanização são conseqüências inexoráveis do progresso. Não é possível negá-las. No entanto, cabe ao Estado e à iniciativa privada implementar soluções que não coloquem em risco o fundamento ora analisado.

A atividade bancária no Brasil é exemplo de como a informatização pode acarretar um volume elevado de eliminação de postos de trabalho, com as máquinas substituindo os bancários. Por vezes com mais eficácia e eficiência, não só para os empregadores, mas também para os consumidores, destinatários dos serviços prestados.

Uma outra área que se ressente desse "progresso", para ficarmos em apenas dois exemplos, é a indústria canavieira. A exploração (em seus aspectos positivos e negativos) da mão-de-obra nas lavouras de cana-de-açúcar é uma prática centenária no país. Hoje essa realidade está em xeque. A mecanização da colheita fere de morte os empregos na área.

Para se ter uma idéia, o cultivo da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo é a atividade que mais contrata mão-de-obra, de forma concentrada principalmente na operação de colheita, além de ser a que gera o maior valor da produção e detém a mais expressiva ocupação da área agrícola do Estado.

Existe um movimento nacional para a erradicação da queima da palha da cana-de-açúcar, que busca, sobretudo, minimizar problemas de natureza ambiental, vez que a queima acarreta um grande volume de gases de efeito estufa lançados na atmosfera. Com essa medida, os produtores asseguram a comercialização não só do etanol, como também do açúcar, no exterior, sem sofrerem acusações de agirem em desrespeito ao meio ambiente[88].

---

[88] FREDO, Carlos Eduardo e outros. **Índice de mecanização na colheita da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo e nas regiões produtoras paulistas - junho de 2007.** São Paulo: Instituto de Economia Agrícola, 2008. ftp://ftp.sp.gov.br/ftpiea/mercado/hp-27-2008.pdf , capturado em 09 de abril de 2008, p. 1.

Vê-se que, com a eliminação da queima da palha da cana-de-açúcar, o que só é possível com a mecanização da colheita, estarão devidamente contempladas as questões econômicas e ambientais. Porém, como fica a questão social? Cada máquina colheitadeira significa, em média, a eliminação de cem postos de trabalho, o que fez com que, por exemplo, na região de Piracicaba, Estado de São Paulo, o número de empregados na colheita da cana caisse de 38.000 em 2003, para 22.000 em 2007. Uma queda de mais de quarenta por cento no número de empregos[89].

Nestes casos, a valorização do trabalho dos empregados das usinas aguarda uma solução conjunta do poder público e dos empresários do setor sucro-alcooleiro.

Por outro lado, o sub-emprego é uma faceta da negação do direito ao trabalho. O empregado sem carteira assinada, sem direitos sociais, sem treinamento ou capacitação sofre violação à sua dignidade e implica, em muitas situações, em uma concorrência desleal para com aqueles empresários que têm seus custos elevados em função do cumprimento das normas trabalhistas, previdenciárias e tributárias.

Por tudo isso, faz-se necessário que o Estado intervenha nas relações de trabalho, já que eventuais avanços econômicos podem significar profundos atrasos na área social.

3.3.2 Livre iniciativa

O princípio da livre iniciativa está relacionado com o direito à liberdade assegurado no *caput* do art. 5º da Carta Constitucional. Além disso, relaciona-se também com a garantia prevista no inciso XIII do referido art. 5º[90].

Diz-se que a livre iniciativa "é o direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco"[91]. A livre iniciativa, ao lado do direito de propriedade, é um dos pilares sobre os quais se ergue o capitalismo.

---

[89] Açúcar Ético - http://www.sucre-ethique.org/Mecanizacao-ja-reduz-emprego-nos , capturado em 09 de abril de 2008.

[90] "Art. 5º (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;(...)".

[91] PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005, p. 161.

Manifesta-se essa liberdade como um instrumento contra a concentração de mercado, vez que todo e qualquer um pode se lançar em uma empreitada para desenvolver determinada atividade econômica, sem que para tanto seja exigida autorização do poder público, salvo previsão legal[92].

Observe-se aqui que a previsão em lei pode e deve existir para estabelecer balizamentos às atividades, mas não é possível que a lei inviabilize desarrazoadamente o exercício de uma atividade econômica. O princípio da livre iniciativa serve, portanto, como um limite negativo ao legislador.

Nesse sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça. Observe-se a decisão no Recurso Especial 740508/SP, julgado em 17/08/2006, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, e no qual aquela Corte afirma violar o princípio da livre iniciativa, lei municipal que proíbe que os supermercados abram aos domingos, em contraposição a uma lei federal que autoriza a abertura de estabelecimentos comerciais nos domingos, independentemente do ramo de atividade abraçado.

Tem-se, portanto, limites ao exercício das atividades econômicas, desde que tais limites não inviabilizem o exercício da atividade por parte do particular.

3.3.3 Soberania nacional

A soberania é o elemento político entre aqueles que constituem o Estado. Para os clássicos da política a soberania é *suma potestade*. O poder absoluto. Classicamente compreendendo o direito de celebrar tratados, o de receber e enviar representantes diplomáticos e o de fazer a guerra (atualmente direito de legítima defesa, individual ou coletiva). Acrescentando-se um novo direito, o de reclamação internacional, que tem por fim a defesa dos interesses dos Estados diante dos órgãos políticos e jurisdicionais da comunidade internacional, bem como um direito geral de escolha de uma inserção específica na vida internacional[93]. José Eduardo Faria falando no significado moderno, afirma que o termo diz respeito a um poder de mando incontrastável em um determinada sociedade política, sendo um poder *independente, supremo, inalienável*, sendo, acima de tudo,

---

[92] "Art. 170 (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[93] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição.** 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 219-220.

exclusivo[94].

Em tempos de globalização acentuada, sabe-se que não existe um Estado sequer que seja plenamente absoluto[95]. Mas também sabe-se que é um valor em estado permanente de latência capaz de se tornar irresistível ou extremar para o fracasso absoluto de todo um povo, porque alimentado pelo mais forte dos sentimentos coletivos: o patriotismo. Tal sentimento encontra respaldo na idéia de nação, resumida com perfeição por Dalmo de Abreu Dallari como uma "comunhão de consciências"[96].

Soberania na ordem econômica é a autodeterminação da condução da política econômica.

Com a globalização dá-se uma maior hegemonia do capital financeiro e o rápido crescimento das empresas transnacionais[97].

Rui Barbosa propugna limites, no domínio da realidade, averbando como inconstitucionais (inválidos) os atos parlamentares que se oponham à moral, ao direito das nações, aos princípios fundamentais da Constituição, chegando a afirmar que a vontade soberana pode mudar de direção e que, neste sentido, "a legislação e a soberania devem ser termos conversíveis"[98].

Nessa perspectiva que se verifica a influência da política econômica internacional na política econômica interna, nas leis e na própria Constituição. Isto porque, a integração econômica (art. 4º, parágrafo único, da CF88) precisa de arcabouço institucional de caráter supranacional.

3.3.4 Propriedade privada

---

[94] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1 ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

[95] A esse respeito, comenta Octavio Ianni: "A interpretação sistêmica das relações internacionais já está bastante desenvolvida em estudos e controvérsias sobre a problemática da mundialização. A teoria sistêmica parece oferecer quadros de referência consistentes, de modoa taquigrafar aspectos importantes da organização e dinâmica da sociedade mundiual. Estas análises sistêmicas começam por reconhecer que, aos sostemas nacionais, tomados um a um, e aos regionais, combinando duas ou mais nações, superpõe-se o sistema mundial. O sistema mundial, em curso de formação e transformação desde o final da Segunda Guerra Mundial e francamente dinamizado depois do término da Guerra Fria em 1989, contempla economia e política, blocos econômicos e geopolíticos, soberanias e hegemonias". (In IANNI, Octavio. **Teorias da globalização.** 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 75).

[96] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 16. ed., atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 112 e seguintes.

[97] FARIAS, Cristiano Chaves de. **A proteção do consumidor na era da globalização**. In Revista Direito do Consumidor, nº 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81-95.

[98] BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004, p. 23.

O Estado Liberal maximizou o direito de propriedade juntamente com a idéia de que a economia funcionava independentemente da esfera pública. De fato, a liberdade de ser proprietário se converte na liberdade para dispor de coisas e até para dispor dos próprios homens. A ordem social não deixa de privilegiar o proprietário e, por outro lado relativizar os efeitos maléficos dessa prática sobre o operário, sendo este o debate das ideologias socialistas e católicas. Surgem assim os direitos sociais, principalmente a partir das constituições do México de 1917 e da Constituição alemã de 1919 (Weimar), como já informado linhas acima.

Trata-se mesmo da primeira e mais importante das liberdades, tendo seu espectro alcançando praticamente todos os valores jurídicos, o que lhe confere o *status* de metajurídico (e metafísico) que chega a servir de justificativa para a própria existência do Estado.

3.3.5 Função social da propriedade

A função social é um dos princípios informadores da ordem econômica, integrando um complexo de normas que, juntas, constituem a Constituição econômica, onde se encontra o sistema constitucional econômico, ao lado do sistema constitucional político, ambos sob a égide do sistema jurídico nacional.

No entanto, a despeito dos direitos sociais, a Ordem Econômica na Constituição fundada no princípio da função social da propriedade não transforma nosso sistema econômico em sistema socialista, porquanto a Constituição econômica brasileira trata-se de um enunciado ideologicamente capitalista[99].

A função social da propriedade, conforme alumbra Orlando Gomes, não rompe com o modelo de domínio da propriedade privada; pelo contrário, cuida-se de uma resposta "mais sagaz e politicamente mais hábil para justificá-la num sistema do capitalismo maduro"[100].

---

[99] MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25.
[100] Citado por José Diniz de Moraes, ibid, p. 21.

A função social não impede o uso do bem privado, nem tampouco vai de encontro com a institucionalização da iniciativa privada. Deve-se interpretar a Constituição econômica sem se negar o fato de que as instituições econômicas e jurídicas condicionam-se reciprocamente, com predominância daquelas.

Essencialmente é um direito mais que fundamental, o que levou Vladimir da Rocha França a defini-lo nesse contexto, clareando que os direitos fundamentais como direitos constitucionais (individuais, sociais, econômicos, políticos e ambientais), baseados na norma constitucional (princípios e regras constitucionais), que têm existência jurídica incondicionada e inviolável, gozando de supremacia jurídica sobre dos demais direitos constitucionais e infraconstitucionais.

Em trecho, adverte o autor que a concretização desses direitos não pode estar condicionada por normas remissivas ou programáticas, sob pena de "paralisia constitucional"[101].

3.3.6 Defesa do meio ambiente

O direito ao meio ambiente equilibrado é um direito metaindividual. É um *direito de todos*, assim reconhecido no art. 225 da CF. Nos ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, é um direito de todos os que se encontram em território brasileiro ou estão em contato com o ordenamento jurídico do país[102].

Deste modo, se o decompomos analiticamente encontraremos outros valores-direitos, o que pode dar margem para infinitas abordagens.

Assim, tomemos a título exemplificativo, o conceito de consumo sustentável que também é uma questão de direito à vida saudável, de qualidade de vida que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ao meio ambiente e o consumo sustentável[103].

---

[101] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**, capturado de http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676 , em 09 de dezembro de 2007.

[102] DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 96.

[103] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17. Sobre a idéia atual que serve de norte para a correta compreensão do direito ao desenvolvimento rememoremos o que estabelecemos linhas acima à respeito do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano).

O autor ainda destaca que as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais; e que as oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica[104]. Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam serem vistos sobretudo como beneficiários passivos de "engendrosos" programas de desenvolvimento.

Assume relevância capital, a inserção de direito à saúde no contexto do direito ao meio ambiente[105] (legislação, precedentes e doutrina), considerando como tal todo o espaço (físico, biopsíquico e social) onde vive e se desenvolve o indivíduo humano.

Hodiernamente, o empenho na defesa do meio ambiente mostra-se limitado, tendo em vista que pode ser considerado eticamente insuficiente, porque, a tutela ambiental, deixa o rigorismo encontrado em sua raiz de natureza antropocêntrica e passa a abrigar uma abordagem mais abrangente, esta de feição biocêntrica[106].

Pelo fato de não poder se enlear o direito à saúde com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também se apresenta pouco vigoroso dogmaticamente, considerando que seus contornos exteriores não são, via de regra, equiparados. Muito embora ao se tutelar o meio ambiente esteja-se na maioria das vezes de modo recíproco, favorecendo a saúde humana.

Como forma de se colocar em prática as normas constitucionais, faz-se mister distinguir em esferas próprias as questões do direito de não ser afetado por gases poluentes ou pela deterioração do meio ambiente, e a do direito à proteção da natureza propriamente dita. Na primeira hipótese, o escopo da interferência é analisar o meio ambiente como causador de prováveis lesões ao indivíduo ou ainda à sua propriedade. Já a segunda, se propõe a garantir a conservação do equilíbrio

---

[104] Amartya Sen, ibid, p. 25.

[105] Importa destacar que a expressão "meio" e "ambiente" quando jungidas apresenta problemas de sintaxe em razão da redundância, considerando que a palavra "meio" por ser compreendida como o lugar em que se encontra todo indivíduo humano, assim, como também, detém igual significado, a expressão "ambiente". Atualmente, já não se perde tanto tempo com esses preciosismos, considerando que as duas palavras têm valor assente tanto na linguagem técno-jurídica quanto natural (vulgar).

[106] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90. O autor chega a propor, além da expressão "biocêntrico", uma outra similar: "econcêntrico".

ecológico, como valor intrínseco, não obstante, de forma indireta, tal atitude venha a afiançar uma maior "qualidade de vida" para a população.

A Constituição Federal de 1988 ao cuidar da proteção ao meio ambiente propriamente falando, conserva a conexão vida-ambiente, saúde-ambiente e segurança-ambiente, não obstante essa idéia esteja firmada em extensa tradição doutrinária e nos contextos constitucionais precedentes[107].

3.3.7 Redução das desigualdades regionais e sociais

Todo território (inclusive um país de dimensões continentais, como já foi tantas vezes afirmado quanto ao Brasil) invariavelmente apresenta regiões mais desenvolvidas economicamente que outras.

Essa diferença no desenvolvimento da economia resulta em diferenças em outras áreas como emprego, habitação, saúde, educação, segurança etc.

Com a finalidade de reduzir essas diferenças, muito patentes no nosso país quando são comparados os índices econômicos e de desenvolvimento humano (IDH) das regiões Sul e Sudeste com os das demais regiões do Brasil, estabeleceu o legislador constituinte que caberá ao Estado tomar medidas que levem à redução das desigualdades econômicas e sociais entre as regiões geograficamente estabelecidas nestas terras brasileiras.

3.3.8 Busca do pleno emprego

José Afonso da Silva coloca o homem "como produtor e como consumidor"[108]. Segundo o autor, entram na categoria de direitos sociais do homem produtor os seguintes: a liberdade de

---

[107] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

[108] José Afonso da Silva, op. cit., p. 278.

instituição sindical, o direito de greve, o direito do trabalhador determinar as condições de seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter um emprego (arts. 7° a 11, CRFB).

Segundo Giandomenico Majone, a interferência política na economia poderá se dar de três formas, quais sejam, por meio da redistribuição direta de renda, isto é, do deslocamento de recursos pertencentes a uma classe de indivíduos para uma outra, ou ainda, de uma região do país para outra, e também da criação de bens e serviços para o mercado; por intermédio ainda, do equilíbrio macroeconômico, que tem em vista garantir as "qualidades necessárias para o crescimento da economia e o pleno emprego", onde os principais mecanismos empregados para realizá-los serão a política fiscal e monetária; e finalmente, através das políticas regulatórias, dirigidas com o escopo de corrigir erros do mercado, como no caso dos monopólios, externalidades, deficiência de informação e suprimento escasso de bens públicos de infra-estrutura[109-110].

O autor aponta ainda, que as três formas mencionadas não são incompatíveis, de sorte que todos os Estados modernos operam nessas três direções, nada obstante em dimensões várias, de acordo com a circunstância econômica, a disposição do país na conjuntura internacional e ainda, o período histórico analisado.

Leonardo Valles Bento, destaca que os estudos de Keynes acerca dos fatores determinantes do desemprego concluem que ele provém de uma insuficiência de consumo agravada pela insuficiência de investimento. Em casos como o da crise de 1929, causada por uma insuficiência crônica de demanda, cumpre ao Estado desempenhar o papel de estimulador do investimento, seja diretamente (investimento público), seja indiretamente através da política fiscal e de crédito. Acede-se que, segundo Keynes, o grande problema da teoria liberal, era não possuir mecanismos institucionais para obtenção do pleno emprego. Por outro lado, naturalmente, a falta de uma garantia de emprego está na base da desigualdade social e de fortunas, eis que o processo de

---

[109] MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências das mudanças no modo de governança. In **Revista do Serviço Público**, ano 50, n. 1, jan./mar. de 1999, p. 6-7.

[110] BERQUÓ, Laura T. A. P. Pinto. **O princípio da eficiência na busca do pleno emprego**. 2006. 156 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

acumulação capitalista opera-se à base da exploração da mão-de-obra, possível graças à existência desse exército reserva de desempregados[111].

3.3.9 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte

A preocupação com a sobrevivência das pequenas empresas encontra-se positivada de modo expresso na ordem econômica de 1988, e tem estreita relação com o princípio da busca do pleno emprego, especialmente depois que se constatou que estas entidades são importantes impulsionadores que sobrelevam os índices do emprego no contexto nacional.

Tal preocupação decorre, pois, da necessidade de garantir essa existência em face do poder econômico das grandes corporações e em defesa da concorrência livre e igualitária, tudo em benefício de quem consome. Importa esclarecer que embora se admita forma hierárquica das normas, tal postulado, mesmo relativamente falando, não se aplica ao imediatamente disposto em razão de sua estrutura lógica[112].

Na prática, essa proteção funciona na forma de subsídios e redução de impostos patrocinados pelo governo, além de outros incentivos.

3.3.10 Livre concorrência

A proteção da existência da concorrência é vista não só na perspectiva do concorrente, mas também na perspectiva do consumidor.

Aliás, a preocupação com a liberdade de escolha e decisão do consumidor é a chave para se afirmar que a consideração da concorrência como um valor em si mesmo implica necesssariamente

---

[111] BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado - Entre eficiência e democratização.** Barueri: Manole, 2003, p. 5.

[112] Com precisão, acerca da hierarquia das normas, Vladimir da Rocha França leciona que as diretrizes constitucionais estabelecem objetivos para o Estado e para a sociedade, os quais deverão ser alcançados por instrumentos jurídicos (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988". *In:* Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMAPE, abril/junho de 1997, p. 481).

prejuízo ao consumidor.

Assim, a livre concorrência representa a preocupação em garantir a liberdade humana de escolher como e onde consumir. Para alcançar efetivamente este intento, faz-se necessário criar um ambiente onde as práticas de comércio respeitem tal liberdade sob seus vários aspectos.

Considerando que ao longo do trabalho muito já foi falado sobre legislação e práticas comerciais abusivas, passemos ao ponto seguinte.

3.3.11 O princípio da defesa do consumidor

As linhas mestras da defesa do consumidor na contemporaneidade, em termos mundiais, foram traçadas no início da década de 1960, quando, no dia 15 de março de 1962, em mensagem especial para o Congresso dos Estados Unidos da América, o então Presidente John F. Kennedy afirmou que eram direitos básicos do consumidor, a segurança, o direito à informação, o direito de escolher e o de ser ouvido quando da elaboração de políticas governamentais que o afetem.

Foram apontados também os rumos do direito do consumidor, com proteção contra alimentos e medicamentos nocivos aos consumidores; com o reconhecimento da necessidade de se estabelecerem medidas para proporcionar transportes mais seguros, seja na aviação, seja nas estradas; a proteção financeira, com garantias aos poupadores e aos aplicadores em ações em bolsa de valores não foi esquecida; assim como não o foi a necessidade de se estabelecer uma regulamentação mais eficaz por parte das agências governamentais que tratam de aviação, comércio, energia elétrica e gás e comunicações. Outra preocupação estava em dar acesso a imóveis habitacionais de qualidade e baixo custo para os consumidores.

Não poderia faltar aos consumidores, informação, inclusive dever-se-ia garantir-lhes acesso a representação perante o governo.

Para a efetivação de tais direitos, era preciso, dentre outras coisas, fortalecer a autoridade regulamentadora sobre alimentos e medicamentos, provocar uma transparência maior e mais

informação no tocante a empréstimos e financiamentos bancários; promover uma maior concorrência em todos os mercados e exigir informações confiáveis nas ofertas, inclusive nas embalagens e rótulos dos produtos.

Desde que foram estabelecidos esses parâmetros, abraçados não só pelos Estados Unidos, mas por todo o mundo capitalista de então, com maior ou menor eficácia ou abrangência, já passaram-se mais de quatro décadas, ao longo das quais muita coisa mudou e outro tanto segue como dantes, no universo jurídico no qual se insere o consumidor.

Atendendo a clamores internos, daqueles que faziam a ainda incipiente defesa do consumidor no Brasil, o legislador constituinte incumbido de redigir a Carta Magna de 1988, mostrou-se sensível à causa consumerista e contemplou essa defesa no texto constitucional.

No depoimento de José Geraldo Brito Filomeno, um dos artífices da defesa do consumidor no país, os constituintes deram *"ouvidos aos reclamos que se faziam há muito ouvir dos órgãos e entidades ligados à área de defesa e proteção do consumidor, não tendo sido fácil o caminho trilhado pelo 'movimento consumerista brasileiro' que, embora incipiente e atrasado com relação ao do primeiro mundo (...) ganhou pela pertinácia"*[113].

Para a CF 88, a organização direcionada dos elementos que integram a economia do País não pode ser levada a cabo sem que se respeite aqueles que estão em uma das áreas mais importantes do mecanismo econômico – os destinatários dos bens de consumo e dos serviços.

No art. 5º, inciso XXXII, reconheceu o caráter de direito fundamental à defesa do consumidor, alçando esta, no inciso V do art. 170 à categoria de princípio da ordem econômica. Adveio do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, através da Lei 8.078 e que passou a vigorar em março do ano seguinte.

O Código de Defesa do Consumidor é uma das poucas leis brasileiras que encontram eco em países estrangeiros[114], pela sua qualidade técnica e pelos avanços que representou no Direito

---

[113] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 26.

[114] NUNES, Rizzatto. A ação direta de inconstitucionalidade dos bancos terminou: a vitória da cidadania. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.).

Privado de então, sendo ainda hoje, passadas cerca de duas décadas de sua entrada em vigor, uma lei atual e que vem, não sem dificuldades, sendo implementada.

Se de um lado tivemos avanços legislativos consideráveis, com a ampliação do arcabouço normativo destinado à regulamentação das relações estabelecidas ou por se estabelecer, entre consumidores e fornecedores, por outro, a vulnerabilidade daqueles continua patente e se acentua a cada dia, com a necessidade de acesso a serviços essenciais, o avanço da tecnologia empregada na criação do desejo de compra e a atuação ineficiente dos órgãos reguladores.

3.4 A defesa do consumidor como um direito fundamental

O legislador constituinte originário da Constituição de 1988 deu à defesa do consumidor *status* de direito fundamental ao impor ao Estado esse dever, nos termos da lei, conforme disposto no art. 5º, inciso XXXII da referida Carta.

O legislador assim o fez por reconhecer, de um lado a vulnerabilidade dos consumidores em face dos agentes econômicos – inclusive do Estado quando atua nessa qualidade, quer direta, quer indiretamente – e de outro, a sua importância para o sistema capitalista.

A defesa do consumidor, como direito fundamental insere-se no princípio geral da dignidade da pessoa humana, abraçado também por nossa Constituição.

A dignidade humana deve ser tomada como algo intangível[115], impossível de ser valorada economicamente, mas suscetível de violação por diversos modos. A dignidade da pessoa humana é ferida quando ocorre discriminação de qualquer natureza, periclitação da vida, da saúde, da segurança, desrespeito a valores morais e éticos. A dignidade nasce com cada um de nós. É inata a

---

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: *ADIn 2.591.* Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 302.

[115] BOLSON, Simone Hegele. **Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.149.

cada ser humano, faz parte de sua essência[116].

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, que julgou, por 9 votos a 2, constitucional a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias, de crédito e de seguro, reafirmou a qualidade de direito fundamental que tem a defesa do consumidor, reconhecendo-lhe a condição de meio instrumental destinado a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa[117].

Reconheceu, ainda a Constituição Federal de 1988, a condição de princípio da ordem econômica à defesa do consumidor, como a dizer que, sem um consumidor protegido, não pode haver ambiente economicamente saudável.

Em razão dessa consagração constitucional, torna-se a defesa do consumidor *princípio constitucional impositivo*, cabendo-lhe a função de instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. Por outro lado, tem a defesa do consumidor caráter constitucional conformador, posto que é diretriz a ser reivindicada pela realização de políticas públicas[118].

O respeito a esse princípio da ordem econômica deve ser entendido como realização do interesse público[119], dever de Estado, e não um favor ou concessão a determinado grupo dentro da sociedade. E mais, encerra ainda a indisponibilidade do direito por parte de seus titulares[120].

Os princípios constitucionais da ordem econômica – e dentre eles a defesa do consumidor - deverão, pois, nortear a atuação do legislador, do órgão regulador, do aplicador do Direito e daqueles que desenvolvem atividades econômicas na sociedade de consumo. Não são *"meras idéias filosóficas ou princípios meramente éticos, e sim princípios que se acham consubstanciados*

---

[116] NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

[117] Confira-se, nesse particular, o voto do Min. Celso de Mello, disponível em www.stf.gov.br

[118] Eros Roberto Grau, ibid, p. 272.

[119] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 59.

[120] SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A frustração da expectativa de consumo pela publicidade.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 218.

no direito positivo de um povo em determinado momento histórico"[121] como já se mencionou anteriormente.

E mais. Toda norma relativa a direito do consumidor ou prestação de serviços públicos, de natureza infraconstitucional, deve ser interpretada conforme e harmonicamente com os mandamentos da ordem econômica do art. 170 da Constituição Federal de 1988[122].

4. NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONCORRENCIAL E PERSPECTIVAS DO CONSUMIDOR FACE AO PODER DE MERCADO

4.1 Decadência da culpa e objetivação

Como as codificações européias do século XIX ainda se orientavam pela teoria do individualismo jurídico romano e dos povos germânicos (neste caso, com reflexos sobre o grupo familiar), houve um descompasso entre a legislação e a nova realidade proporcionada pela invenção das máquinas. A multiplicação dos acidentes nas fábricas e nos meios de transporte acompanhou a evolução científica, em que pese os benefícios que a ciência proporcionou à humanidade naquela época. O interessado não lograva êxito em perceber a indenização decorrente da morte ou da lesão sofrida pelo empregado no exercício da sua atividade fabril, pois a prova da culpa do empregador era necessária e sua obtenção era impossível. O maquinista que sofria um acidente ao alimentar a caldeira do trem não tinha como demonstrar a culpa do proprietário desse meio de transporte.

Deu-se ao consensualismo um sentido de liberdade responsável para a celebração dos

---

[121] Américo Luís Martins da Silva, ibid, p. 33.

[122] MARQUES, Cláudia Lima. Decisão e primeiras reflexões sobre a vitória da ADIn 2.591 – 6. Considerações finais. A vitória de todos nós! In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591.** Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 371.

negócios jurídicos e uma segurança jurídica mais estável. Relativizou-se ainda mais a eficácia dos contratos, a fim de que o negócio jurídico padronizado pudesse sofrer a oponibilidade externa de terceiros determinados e indeterminados (estes, por meio das entidades legitimadas para propor a ação civil pública, nos termos do art. 82 da Lei 8.078/90), mesmo daqueles que ainda não chegaram a contratar com o predisponente, porém estão expostos às suas práticas.

O individualismo foi sucedido pela proteção social, marca de um modernismo jurídico que também não se mostrou plenamente satisfatório para a resolução dos litígios advindos da globalização e da célere expansão dos transportes e das comunicações.

O principal motivo que levou à construção da teoria da responsabilidade objetiva foi a necessidade de se responsabilizar o agente econômico que causa danos patrimoniais e extrapatrimoniais às pessoas pelo simples exercício da sua atividade profissional (teoria do risco), pois a demonstração da culpa do empregador e do transportador pelo dano sofrido pela vítima era praticamente impossível, impedindo-se-lhe qualquer compensação. Com a objetivação, as vítimas passaram a ter o direito à reparação pelos prejuízos sofridos decorrentes tanto dos atos ilícitos por natureza como da atividade lícita, sob a premissa de que a análise e a prova da culpa do responsável pela atividade são completamente dispensáveis, salvo quando a lei expressamente a exigir, sob pena de obstaculizar a percepção do direito em prol da vítima.

Ao consolidar a regra da responsabilidade civil sem culpa do fornecedor, exceção feita aos casos que consigna, a Lei 8.078/90, nada mais fez senão ampliar a concepção de reparação do dano pelo simples fato do prejuízo existido. Tal diretriz, de origem remota, foi obviamente adaptada à realidade sociojurídica contemporânea que em muito difere daquela existente no direito primitivo. O direito primitivo se assentava nos princípios da justiça retributiva e da vingança. O direito atual deve se fundar na justiça distributiva e na dignidade humana, procurando-se outorgar a efetiva igualdade de condições às partes, em uma relação jurídica.

A aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva, na prática, dificultava, e em muitos casos impossibilitava, a obtenção da indenização em prol da vítima, que não tinha como

demonstrar a culpa do explorador da atividade lícita em função da qual o lesado havia sido prejudicado.

O passado mostra que toda revolução jurídica tem sido precedida de uma evolução lenta. E no campo da responsabilidade civil não foi diferente, porque considerou-se erroneamente que a objetivação, por si só, era uma barbárie. A doutrina procurou, então, estabelecer métodos alternativos que permitissem a reparação do dano em favor da vítima, sem reconhecer-se a teoria da responsabilidade sem culpa. Surgiram, assim, as seguintes teorias: o abuso de direito, a obrigação de meio e de resultado, a obrigação de garantia, a obrigação de segurança, a presunção legal da culpa e a culpa objetiva[123].

4.2 Aplicabilidade da defesa do consumidor aos serviços públicos regulados

Os mais de dezessete anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor consolidaram a aplicabilidade do mesmo aos serviços públicos regulados, presente expressamente em diversos dispositivos da Lei 8.078/90[124].

O extenso rol das pessoas jurídicas que se enquadram no conceito de fornecedor não deixou de fora aquelas de direito público, garantindo que nem estas, nem nenhuma outra escapassem de se enquadrar na hipótese legal[125].

Como lei principiológica que é, esta ingressou no sistema jurídico e passou a atingir toda e qualquer relação jurídica capaz de ser caracterizada como de consumo, mesmo que esteja também regrada por outra norma de natureza infraconstitucional (Lei das Concessões, por exemplo). O Código de Defesa do Consumidor por sua natureza, não se submete a nenhum comando hierárquico superior que não a própria Constituição[126].

---

[123] Sobre o assunto conferir: LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25 e seguintes.

[124] Art. 3º, *caput,* art. 4º, VII; art. 6º, X e art. 22.

[125] NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito material (arts. 1º a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92.

[126] NUNES, Rizzatto. A ação direta de inconstitucionalidade dos bancos terminou: a vitória da cidadania.In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos:** ADIn 2.591. Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 28. São

Embora ainda existam na doutrina algumas resistências a uma aplicação ampliada do Código de Defesa do Consumidor a todos os serviços públicos[127], buscando alguns restringi-la apenas aos serviços públicos de natureza *uti singuli*[128], o certo é que são insignificantes as vozes dissonantes quanto à aplicação do Código aos serviços públicos tarifados, sobretudo quando prestados por intermédio de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias.

A Lei Geral das Telecomunicações não permite dúvidas quanto a isso, já que dispõe no seu art. 127 que "a disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores".

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que tem centenas de acórdãos sobre telefonia móvel e fixa, fornecimento de água e de energia elétrica.

Devido à natureza própria do Código de Defesa do Consumidor, da qual tratamos anteriormente, parece-nos descabida a restrição feita pelo Decreto 2.338/97, que ao tratar das atribuições da ANATEL afirma, em seu art. 19 caber a esta, exclusivamente a aplicação das sanções previstas no art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI do Código de Defesa do Consumidor. Pura ilegalidade. Observe-se que nenhuma lei fez esse tipo de restrição, até porque se o fizesse, seria inconstitucional, pois retiraria dos órgãos de defesa do consumidor poderes que lhe foram conferidos pela lei constitucional. O Código não pode ser aplicado a meias, ora por uns, ora por outros. Ou possui o órgão administrativo legitimidade para atuar na defesa do consumidor ou não a possui. Restrições como as acima descritas são casuísticas e nefastas a todo o sistema de defesa do consumidor.

4.3 O princípio da boa-fé conjugado com o princípio da eventualidade enquanto critério

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.305 e 306.

[127] Como o fazem NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito material (arts. 1º a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101 e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, in MUKAI, Toshio *et al.* **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 110.

[128] A exemplo de MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486 e PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 145.

informador (hermenêutico)

Em matéria de boa-fé, existe o trabalho de autoria de Edilson Pereira Nobre Jr., que, com precisão, apresenta os contornos do princípio da boa-fé na Administração Pública, os quais em muito adiantam a compreensão de sua aplicabilidade conjugada com o princípio da eventualidade[129], em face da insurgente análise meritória pré-contraditório, característica marcante das demandas coletivas[130].

Persegue o autor, através da análise do direito comparado, o real significado e alcance desse instituto. Do direito francês, extrai que o princípio da boa-fé passou a ser invocado como exigência de proceder com honestidade, de demandar com lealdade, da proscrição do abuso de direito no exercício de suas prerrogativas, tudo traduzido no dever de não enganar e de informação[131].

Do sistema espanhol, o autor destaca que o princípio da boa-fé pode operar como hábil critério informador, importante critério hermenêutico, além de servir de limite para o exercício de direitos e auxiliar como pauta de integração[132].

Do código civil alemão, pós Primeira Grande Guerra, no campo das obrigações, exarou as funções de: a) regrar a maneira de realização da prestação; b) limitar o exercício de direitos

---

[129] Em caráter inovador, Fábio Bezerra dos Santos propõe a aplicabilidade conjugada do princípio da boa-fé com o postulado da eventualidade. Outrossim, o autor chega à percepção de que este substrato conceitual e principiológico coaduna com evidente caráter público da ação coletiva (*fair notice*)" (SANTOS, Fábio Bezerra dos. **A ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde na Constituição de 1988**. 2008. 325 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, p. 12). "Em sua conceituação ampliativa, é princípio segundo o qual as partes têm o ônus de apresentar, concentrada e simultaneamente, em um único ato, todas as alegações e meios de prova pertinentes, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, cabendo ao juiz utilizar o subseqüente. Também denominado de "princípio de ataque e defesa global", "princípio de acumulação eventual" ou "princípio da concentração" (cf. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenado por Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *passim*).

[130] Como informa Rogério Cruz e Tucci, o princípio da eventualidade tem importância capital no direito brasileiro, pois constitui pressuposto da denominada teoria da substanciação que muitos autores já consideravam adotada pelo Código de Processo Civil (art. 282, incisos III) e que nós acreditamos ser condição *sine qua non* para uma efetiva e eficiente prestação jurisdicional coletiva (CRUZ E TUCCI, Rogério. **A *causa pretendi* no processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88). Em muitos casos, especialmente quando se pede antecipação da tutela, a aplicação da regra da eventualidade chega a ser condição de eficácia (possibilidade jurídica) do direito de ação. Dirley da Cunha Júnior, adverte que, em tendo a ação civil pública por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz poderá antecipar a tutela "liminarmente" nos termos do artigo 84, § 3º, do CDC, aplicável a ACP com lastro no artigo 21 da LACP (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** Salvador: JusPODIUM, 2006, p. 106).

[131] NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: SAFe, 2002.

[132] Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 91-97.

subjetivos; c) limitar ou fazer desaparecer o dever de prestar em face de sua não-exigibilidade; d) propiciar a aplicação da teoria do desaparecimento da base do negócio; e) ensejar a criação de deveres particulares de conduta[133].

No direito italiano, o autor percebeu a relevância dispensada ao princípio da boa-fé, explicitando-o como obrigação geral de comportamento das partes segundo a pauta da *correttezza*, a ser adotada durante as negociações preliminares, a interpretação e execução do negócio jurídico, chegando a apontar a presença da boa-fé subjetiva, em sede de direitos reais[134].

O direito brasileiro, no Código de 1916, de caráter fortemente individualista, não chegou a contar com cláusula geral de boa-fé, nada obstante, esta estivesse implícita em vasto rol de seus preceptivos[135]. Fato, aliás, que não impediu a ocorrência de vasta jurisprudência a fincar as bases sólidas do princípio da boa-fé.

Com o advento do CDC a boa-fé é definitivamente explicitada na redação dos artigos 4º, III, e 51, IV. Igualmente ocorre no Código Civil de 2002 (Lei Federal nº 10.406), onde se destaca a importância da boa-fé como pauta de conduta nas relações jurídicas. Isto se deve, à inegável publicização do direito após o reconhecimento da "litigação de massa", ocorrida, especialmente, nas últimas décadas do século XX.

Assim, Edilson Pereira Nobre Jr., encerra lembrando que, de conceito indeterminado (multívoco), o princípio da boa-fé insere-se no sistema jurídico brasileiro por injunção implícita dos princípios constitucionais da justiça social (art. 3º, I, e 170, *caput*, CF), da moralidade (art. 37, *caput*, CF), da proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, XXXVI, CF); no plano infraconstitucional, está consignada como proposição de cunho geral no artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784 de 1999, juntamente com os artigos 4º, III, e 51, IV, do CDC[136].

---

133 Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 97-103.

134 Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 103-111.

135 Carlos Ari Sundfeld informa que os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos, portanto desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios; contudo, a dificuldade de captar a gama de princípios implícitos aplicáveis a dada situação advém do fato de exigir o conhecimento do ordenamento como um todo, que só se adquire após intensa vivência (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150). Daí a utilidade formativa da menção expressa (em lei).

136 Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 309.

Enfim, a presença preponderante do interesse social nos litígios de massa, de fato opera mutações no modo de ver o processo. Contudo, não existe interesse público em torno do qual não gravite interesse particular. Nisto se instala grau de insegurança a conferir importância ainda maior na positivação do princípio da boa-fé no processo coletivo, buscando, inclusive, responsabilizar, civil, e até penalmente, aquele que descumpri-lo[137].

4.4 Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada

Maria Luiza Pereira de Alencar M. Feitosa, com exatidão destaca que a liberdade contratual, nas relações que estabelece com o sistema econômico e social, contém os seguintes aspectos: a) liberdade de contratar; e, b) liberdade sobre o quê contratar (modelação do conteúdo contratado)[138].

Nesse diapasão, a autora ilumina que a autonomia privada guarda semelhança com a "autonomia de vontade", a "autonomia negocial" e a "auto-determinação". No entanto, cabe a ressalva de que a expressão "autonomia privada" aqui é abordada de modo amplo, devendo ser entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar o próprio comportamento individual.

Isto porque num dado momento, essa compreensão torna-se importante para o correto aproveitamento dessa liberdade (e da livre concorrência) quando aplicada às práticas de comércio.

Já se percebe que existe uma tendência que decorre da natureza humana, que a expressão "autonomia privada" envolva tanto aspectos ligados a escolhas existenciais, como conglomera ainda dimensão mais trivial da vida humana, relativa à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial. Este pensamento coaduna com a tese proposta por Daniel Sarmento em interessante trabalho[139].

---

[137] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: **Dos princípios constitucionais:** Considerações principiológicas em torno das normas constitucionais. Organizado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 295-341.

[138] FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 22.

[139] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 294-341.

Por uma questão de racionalidade, o Estado não tem como reunir condições de aceitabilidade para toda ingerência na esfera privada que ultrapasse dos limites propostos pela Carta de 1988.

A questão reside, então, em dizer a Constituição (econômica, neste caso). Como se sabe, no Brasil, é o STF o órgão que tem a última palavra em matéria constitucional, contudo, mesmo um órgão de última instância, como é o caso da Corte Constitucional brasileira, em questões relevantes, como as relacionadas à autonomia privada para as práticas de comércio (e de consumo), toda decisão tem a governabilidade como condição do agir governativo ao mesmo tempo em que se torna finalidade precípua.

O Estado não pode dizer, pura e simplesmente, como o indivíduo deve orientar sua vida privada. Mas, por outro lado, o Estado pode, e deve, intervir quando o exercício desta liberdade compromete a atributividade[140].

Nesse instante é que se verifica a ponte que liga o público ao privado. Melhor dizendo, é neste exato momento que se constata a ingerência pública na esfera privada, como uma autorização conferida em razão de que os indivíduos em conjunto buscam mais liberdade privada.

Bem lúcido Daniel Sarmento quando destaca que essa é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno[141].

Está fora de dúvida que a autonomia privada encontra eco na Constituição de 1988, como também luzente é a percepção de que essa proteção não é linear, sendo muito mais intensa no plano relativo às opções existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica.

Eis que se vislumbra uma não tão nova tendência consubstanciada no modelo da regulação social setorial, expresso na fórmula "mais sociedade, menos Estado"[142].

Contudo, não se pode concluir, por caminho algum, que o Estado esgotou suas

---

[140] Ao direito atribuído a um indivíduo corresponde respectivo dever em relação a todo "igual" que atue no raio de suas ações e que sofra os efeitos dessas ações.

[141] Daniel Sarmento, ibid, p. 295.

[142] Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, ibid, p. 27.

possibilidades e que já não desempenha papel relevante no destino das comunidades.

Antes pelo contrário, a tendência que se desenha segue o rumo traçado por uma razão plural que deságua num constitucionalismo híbrido, o que se tem denominado de Estado regulador[143], nada obstante não se possa afirmar tratar-se de um novo modelo de Estado a substituir o Estado liberal, tampouco o social.

A regulação econômica guarda sim, estreita relação com o "contratualismo", bem assim não se aparta do "utilitarismo" nem da "razão social". É, por assim dizer, uma tendência a relativizar a estatização insana em prol de um Estado privado que encontra sustentação argumentativa nos fundamentos de direito público que o justificam.

Em análise conclusiva, sopesando a noção de "pessoa" subjacente à ordem constitucional brasileira, não é difícil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode abstrair-se de apreços a fito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida, o que se desnuda desde o limiar do século que se inicia.

4.5 O Código de Defesa do Consumidor e a previsão de responsabilização dos prestadores de serviços públicos

Quanto à responsabilização por danos do fornecedor de serviços, esta não diz respeito apenas às empresas vinculadas à iniciativa privada.

O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor amplia essa responsabilidade aos órgãos públicos, seja aos entes administrativos centralizados ou descentralizados. Dessa forma, assim como a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, estão abarcadas também, as autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, inclusive as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, tendo as mesmas a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

[143] Expressão admitida com ressalva por Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, ibid, p. 27.

Dessa maneira, o Poder Público não deixará de reparar os prejuízos causados aos administrados quando incidir em determinadas práticas, como por exemplo: as que provêm da paralisação dos serviços; suspensão dos serviços de comunicação; interrupção do fornecimento de energia elétrica; ou o corte no fornecimento de água à população.

O artigo 102 do Código ao tratar no Capítulo III do Título III "Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços", estabelece que os legitimados a agir, poderão propor ação visando a compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Assim, nada obstante, segundo José Geraldo Brito Filomeno[144], seja necessário realizar uma distinção entre, de um lado, "serviço público derivado da atividade precípua do Estado, visando ao bem comum" (educação, saúde, saneamento básico, construção de estradas), sendo estes, decorrência dos tributos em geral da população, e de outro, entre "serviço público ou de produção de bens com vistas ao atendimento de necessidades específicas e não cobertas pela iniciativa privada" (transporte coletivo de passageiros das cidades, serviços e fornecimento de eletricidade, telefonia, água etc.), estes, fruto de tarifas ou "preços públicos", o fato segundo o autor, é que, "incumbe ao Poder Público idêntica responsabilidade no bom equacionamento das 'relações de consumo'"[145].

Ademais, o parágrafo único do artigo 22 versa acerca da responsabilidade dos prestadores de serviços públicos na hipótese de não cumprimento das obrigações elencadas em seu *caput*. Portanto, o usuário poderá compelir o prestador do serviço à realização, exigindo ainda de acordo com o

---

[144] FILOMENO, José Geraldo Brito. Coibição e repressão de abusos no mercado. In **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 104.

[145] A propósito: a Promotoria de Justiça do Consumidor de Bragança Paulista, por exemplo, ajuizou interessante ação civil pública em face da antiga TELESP em virtude dos péssimos serviços prestados aos seus usuários (isto é, ligações que não se completam, caem, ruídos, manutenção demorada das linhas e aparelhos etc.), de molde a compeli-la, sob pena do pagamento de multa diária, a prestá-los de forma dequada e conveniente. Ao que se saiba, não houve ainda decisão definitiva da demanda, tendo o Juízo de Direito local declinado de sua competência para a Justiça Federal (Vara de Campinas), com o que concordou, donde a instauração do competente conflito de competência. In: **Código brasileiro defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 106.

artigo 84 do CDC, a reparação pelas perdas e danos por meio da ação prevista no mesmo, com possibilidade conferida por este, de pleitear, até mesmo, a antecipação dos efeitos da tutela ou ainda, a tutela específica.

Assim sendo, os prestadores de serviços públicos responderão pelos prejuízos ocasionados aos usuários ou a terceiros. Os prestadores de serviços públicos serão responsabilizados, de acordo com o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, não só pelo fato, mas também pelo vício do serviço, pela oferta, pela publicidade enganosa, pela cobrança de dívidas que tragam constrangimento, pelo uso indevido de bancos de dados e pelo não cumprimento dos contratos, até mesmo em decorrência de cláusulas abusivas.

A responsabilidade em todos esses casos é objetiva, estabelecida na Constituição Federal no artigo 37, § 6º e também no artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Há a possibilidade dos concessionários poderem arrazoar em sua defesa as excludentes da responsabilidade previstas no artigo 14, § 3º, I e II do CDC, quais sejam, força maior, inexistência de defeito no serviço prestado e culpa exclusiva do consumidor-usuário ou de terceiros.

No caso da força maior, esta se identifica com uma causa estranha, exterior em relação ao objeto danoso e a seus riscos próprios, ordinariamente imprevisíveis em sua produção e, absolutamente irresistível, embora fosse possível prevê-la. Não obstante seja previsível, todavia, ela é inevitável, insuperável e irresistível, toda vez que a razão que os determine seja estranha, e independente da vontade do sujeito obrigado.

Na hipótese do serviço ser prestado e não apresentar defeito ocorre o rompimento da relação causal que gerou o episódio lesivo, permanecendo, portanto, afastada a responsabilização. Considerando a previsão da inversão do ônus da prova no CDC e a presunção do defeito do serviço, cabe ao prestador de serviço público produzir prova inequívoca em contrário.

Em caso de culpa exclusiva do usuário/consumidor ou de terceiros, incumbe ao prestador de serviço público deparar provas, de modo a evidenciar a culpa do usuário/consumidor ou de terceiros. Mas, em razão da inversão do ônus da prova é de suma importância que se perquira da

conduta culposa do usuário/consumidor ou de terceiros. Depois de provado tal fato, deixa de existir a relação de causalidade entre o defeito do serviço e o evento dano, desaparecendo a responsabilidade do prestador de serviço.

Se o prestador de serviço público transgredir quaisquer das normas previstas em defesa dos usuários, estará subordinado às sanções administrativas do artigo 56 do CDC, sendo possível, inclusive, a revogação da concessão ou permissão e a intervenção. Nesse caso, apenas poderá ser empregada quando cuidar da defesa do interesse do usuário, sendo necessário observar-se a lei autorizativa específica, assim como, a evidência do interesse público.

A aplicação de tais sanções demandam prudência e muita cautela, as quais terão de ser empregadas por meio de processo administrativo e, na hipótese de reincidência, garantir-se-á o princípio da ampla defesa.

Há ainda a previsão pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 76, VI, da aplicação de sanções penais aos prestadores de serviços públicos, e no que tange particularmente aos serviços essenciais, serão sopesadas as circunstâncias agravantes.

4.6 Sobre o Anteprojeto de Lei de defesa dos usuários de serviços públicos

A transformação pela qual passou o Estado, abdicando do seu papel de provedor e adotando a feição de fiscalizador e regulamentador, fez com que fosse transferida para o âmbito da iniciativa privada a prestação de determinados serviços. Isso determinou que a partir daí, as relações abarcando os usuários e os prestadores desses serviços, fosse vista com mais cuidado, reconhecendo-se a evidente vulnerabilidade dos usuários.

No momento em que o Poder Público deixa de prestar o serviço público de forma direta, passando tal função para empresas privadas, mostra-se imperiosa a instituição de instrumentos de proteção para a tutela dos usuários de tais serviços de modo a proteger os princípios constitucionais que gerem a prestação dos mesmos.

Nada obstante essa transferência, o serviço continua sendo público, da mesma forma, as normas que se dedicam a reger tais relações entre usuário e prestador de serviços, são de ordem pública, inderrogáveis.

Dentro desse novo quadro em que se insere a prestação dos serviços públicos, faz-se necessária uma participação mais efetiva dos usuários, onde estes exerçam sua cidadania e demandem do Poder Público o desempenho de suas atividades.

Deste modo, considerando tais modificações, o Congresso Nacional promulgou a E.C nº. 19/98, e com isto, introduziu diversas alterações atinentes à Administração Pública, dentre estas, destaca-se a instituição do princípio da eficiência e a exigência de que, no prazo de 120 dias da data da promulgação da referida emenda, se elaborasse lei de defesa do usuário de serviço público.

Dessa forma, o chamado Ministério da Reforma Administrativa - já extinto - incumbiu uma comissão jurídica de preparar o anteprojeto prescrevendo acerca da participação e defesa do usuário dos serviços públicos.

Segundo Maria José Galleno de Souza Oliveira, dentre as inúmeras disposições versadas, a lei tem em mira a regulamentação da participação dos usuários no planejamento, execução e fiscalização dos serviços[146], cabendo às pessoas de direito público e as de direito privado para garantir os elementos imprescindíveis à promoção da participação dos usuários, e os mecanismos por meio dos quais será efetivada tal participação (art. 4º).

Segundo o anteprojeto no parágrafo único do artigo 4º, consideram-se meios necessários ao exercício da participação: I – livre acesso às informações referentes ao planejamento, execução, fiscalização, avaliação, custo, segurança, duração, eficácia, normas legais, regulamentares e, quando cabíveis, contratuais que regulam a execução do serviço; II – acesso direto e facilitado do usuário: a) ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço; b) ao órgão ou entidade a que o executor do serviço estiver vinculado ou subordinado; c) ao Serviço de Atendimento do Usuário, à Comissão de Avaliação e ao Conselho Nacional de Serviço Público, nos termos desta lei; III –

---

[146] OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil.** São Paulo: Livraria Paulista, 2006, p. 132.

registro gratuito, sem requisitos formais e mediante entrega de recibo, de sugestões e críticas sobre o serviço prestado e a forma de sua execução.

Ademais, abre a possibilidade ao exercício dessa participação por intermédio de entidades de usuários que já tenham sido instituídas a mais de dois anos que incluam entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos estabelecidos na lei (art. 5º e 10).

O anteprojeto estabelece quais são os direitos (Capítulo II) e deveres dos usuários (Capítulo III), sem prejuízo de outros decorrentes de tratado, convenções, leis, atos e contratos, e ainda a aplicação subsidiária da Lei nº. 8.079/90, notadamente no que se refere aos I - direitos básicos do consumidor; II – da proteção ao consumidor e reparação dos prejuízos; III – da responsabilidade do fornecedor de serviços; III – das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas. Prescreve ainda, que a responsabilidade dos prestadores de serviços públicos é objetiva.

Prevê também, a criação no âmbito da União, do Conselho Nacional de Serviço Público, órgão de caráter consultivo do Poder Executivo, com o escopo de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos.

A criação também, no âmbito da União, da Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, órgão subordinado ao Conselho Nacional de Serviço Público, no qual o Ouvidor será indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público e nomeado pelo Presidente da República, após argüição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução (arts. 16 e 17).

De acordo com Maria José Galleno de Souza Oliveira, verificando-se o anteprojeto, percebe-se que o mesmo não apresentou relevantes inovações, uma vez que, em muitas de suas disposições encontram-se incluídos mandamentos presentes no Código de Defesa do Consumidor, na Lei das Concessões, na Lei nº. 10.294, de 20.03.1999 (Lei de Defesa dos Usuários do Serviço Público do Estado de São Paulo), assim como nas leis que instituíram as agências reguladoras de energia elétrica, de telecomunicações e de petróleo[147].

---

[147] OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil.** São Paulo: Livraria Paulista, 2006, p. 133.

No que se refere ao Conselho Nacional de Serviço Público, poderiam ter ampliadas as funções deste, independente do Poder Executivo, não sendo apenas um órgão consultivo.

No que se refere à Ouvidoria, por se tratar de um órgão político e subordinado ao Executivo, uma vez que caberá ao Presidente da República a nomeação do Ouvidor, a atuação deste ficará, por assim dizer, limitada, incidindo sobre tal órgão o que sucede hodiernamente com as agências reguladoras.

Diante do que foi delineado, questiona-se, se, ante a atual conjuntura dos serviços públicos privatizados no Brasil, outra lei tenha capacidade de verdadeiramente aprimorar a qualidade da prestação dos serviços públicos.

O que na verdade sugerem os juristas, é uma efetiva participação dos usuários e o desempenho de modo objetivo, por parte das agências reguladoras, de suas funções.

4.7 Um Código de Processo Coletivo para Ibero-América

Seguindo essa tendência de universalização do Direito, quatro excelentes projetos de um Código Processo Coletivo para o Cone Sul, são apresentados à comunidade ibero-americana.

Para além de notável qualidade técnica todos esses projetos destacam-se pela

constitucionalização dos direitos e (re)democratização dos países do Mercosul. São eles: a) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; b) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi; c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[148].

Em todos os projetos o objeto são os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, neste particular os projetos referidos repetem os termos do CDC, deixando de progredir na conceituação mais precisa dos direitos individuais homogêneos, bem como de resolver o problema básico de sua aplicação, caracterizando-os, expressamente e de uma vez por todas, como direitos coletivos *lato sensu.*

CONCLUSÕES

O consumidor contemporâneo é mais informado do que aqueles do tempo em que surgiu o consumerismo, nas últimas décadas do século XIX. Ocorre que muitas vezes, as informações lhe chegam em excesso, deturpadas por discursos publicitários ambíguos e que trazem armadilhas nas entrelinhas.

---

[148] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. V. 4. 2. ed. Salvador: Podium, 2007, p. 61.

A economia capitalista se apresenta como um completo sistema de vasos comunicantes, em que milhares de diferentes valores de uso (bens e serviços) são produzidos cotidianamente.

A lei assegura defesa contra a publicidade enganosa e abusiva, mas o direito não se concretiza com celeridade e eficiência.

O consumidor hoje não precisa só de leis que contemplem suas necessidades, fruto da vulnerabilidade que lhe é inata. Carece, sim, de mecanismos que previnam lesões que lhes podem ser impingidas pelos fornecedores. Nos dias atuais, não se tem mais tempo para percorrer órgãos de defesa do consumidor, juizados especiais ou promotorias de justiça na busca por reparação de danos.

É preciso que a defesa do consumidor se antecipe às lesões. Que atue preventivamente, evitando abusos, detectando armadilhas, frustrando golpes dos maus fornecedores e poupando recursos públicos empregados no aparato repressivo que cumpre mal seu papel.

O respeito aos direitos do consumidor, em todo seu espectro, que envolve qualidade e quantidade de produtos ou serviços, prevenção de danos patrimoniais e morais, honestidade na publicidade, bem como informação adequada, contribuem significativamente para que a experiência da compra traga boas lembranças (ou ao menos, não traga más recordações), cativando o cliente e aumentando as chances de que ele retorne para investir mais dinheiro naquele determinado estabelecimento comercial.

É em razão de toda essa pressão que os fornecedores exercem sobre o consumidor, que muitas vezes extrapolam os limites legais, violando não só direitos deste, extremamente vulnerável não só no momento da compra ou da contratação, mas também antes e depois da contratação (em sentido amplo). A violação do princípio da defesa do consumidor e das normas a ele inerentes, por vezes representa violação, ainda, a normas que regulam a livre concorrência.

Não acreditamos que seja preciso um novo direito do consumidor, mais sim uma maior efetividade dos direitos já dispostos e que a aplicação desse direito esteja cada vez mais inserida no contexto geopolítico global, com ênfase para os países do cone sul.

Essa maior efetividade será alcançada com mais investimento público nos órgãos que compõem o sistema de proteção e defesa do consumidor, quer no âmbito administrativo, quer policial, quer judicial. Profissionais capacitados, bem remunerados, em órgãos adequadamente estruturados, poderão proporcionar uma aplicação da lei de modo a inibir violações e prevenir lesões aos direitos dos consumidores. De nada adianta um arcabouço normativo moderno, se ele for manejado por pessoas com mentalidade antiga e órgãos de estrutura arcaica.

Em última análise, podemos afirmar que o maior desafio do direito do consumidor na contemporaneidade não é sua criação, mas a concretização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores.** Coimbra: Almedina, 1982, p.12.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.**

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001 (Biblioteca de Ciências Sociais).

ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado - Entre eficiência e democratização.** Barueri: Manole, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a parir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERQUÓ, Laura T. A. P. Pinto. **O princípio da eficiência na busca do pleno emprego**. 2006. 156 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

BISCARDI, Mario R. **Derechos del consumidor y de la competência em los distintos mercados.** Buenos Aires: Errepar, 2003.

BOLSON, Simone Hegele. **Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela out-dez de 2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____ . **Do estado liberal ao estado social.** 6 ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6 ed. Coimbra:Almedina, 2002.

CASSESE, Sabino. **La nuova costituzione economica.** 3 ed. rev. e amp., 4 reimp. Roma: Laterza, 2006.

CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia?** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Coleção Primeiros Passos; 13).

CRUZ E TUCCI, Rogério. **A *causa pretendi* no processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** Salvador: JusPODIUM, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 16. ed., atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 1991.

DELLA CUNHA, Djason B. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos – modernidade e globalização.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 99.

DE LUCCA**,** Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. V. 4. 2. ed. Salvador: Podium, 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARENA, Duciran van Marsen. Regulação e defesa do consumidor no setor de telefonia. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 59, jul-set de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1 ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A proteção do consumidor na era da globalização.** In Revista Direito do Consumidor, nº 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Coibição e repressão de abusos no mercado. In **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 2007.

____. **Consumidor e cidadania: agente político e econômico.** In Revista de Direito do Consumidor, nº 40, 261/265. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

____ . **Manual de direitos do consumidor.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. *In:* **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco.** Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMAPE, abril/junho de 1997.

____ . **Perfil constitucional da função social da propriedade**, capturado de http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676 , em 09 de dezembro de 2007.

FREDO, Carlos Eduardo e outros. **Índice de mecanização na colheita da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo e nas regiões produtoras paulistas - junho de 2007.** São Paulo: Instituto de Economia Agrícola, 2008. ftp://ftp.sp.gov.br/ftpiea/mercado/hp-27-2008.pdf , capturado em 09 de abril de 2008.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel:** teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006.

GODELIER, Maurice. Godelier: **antropologia.** Organizador [da coletânea] Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Ática, 1981. (Coleção Grandes Cientistas Sociais; 21).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6 ed., rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii**. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo.** 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

____. **Teorias da globalização.** 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 4. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2005.

LEWIS, David e BRIDGER, Darren. **A alma do novo consumidor.** São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

LISBOA, Roberto Senisse. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25 e seguintes.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências das mudanças no modo de governança. In **Revista do Serviço Público**, ano 50, n. 1, jan./mar. de 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** 5. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Decisão e primeiras reflexões sobre a vitória da ADIn 2.591 – 6. Considerações finais. A vitória de todos nós! In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591.** Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

____ . **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 51, jul-set de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição.** 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: SAFe, 2002.

NUNES, Rizzatto. A ação direta de inconstitucionalidade dos bancos terminou: a vitória da cidadania. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos:** *ADIn 2.591.* Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

____ . **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

____ . **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito material (arts. 1º a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101 e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, in MUKAI, Toshio *et al.* **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil.** São Paulo: Livraria Paulista, 2006.

OSTI, Cristoforo. **Diritto della concorrenza.** Bologna: Il Mulino, 2007.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor** n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** 2 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Fábio Bezerra dos. **A ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde na Constituição de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: **Dos princípios constitucionais:** Considerações principiológicas em torno das normas constitucionais. Organizado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** 4. reimp. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Coleção Justiça e Direito. Tradução: Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15 ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A frustração da expectativa de consumo pela publicidade.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001 (Coleção Questões de Nossa Época; v. 46).

SOUZA, Marina Josino da Silva. **O princípio da eficiência na defesa do consumidor de serviço público.** 2008. 156 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Método, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenado por Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontexturalidade.** Apresentação: Dorothee Susane Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba-SP: Editora Unimep, 2005.

TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNDERHILL, Paco. **Vamos às compras – a ciência do consumo.** 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

Internet:

Açúcar Ético - http://www.sucre-ethique.org/Mecanizacao-ja-reduz-emprego-nos , capturado em 09 de abril de 2008.

Disponível em www.anatel.gov.br, acessado em 28.06.2007.

Disponível em www.stj.gov.br, a exemplo dos julgamentos nos processos: AgRg no Ag 633.173/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.5.2005; REsp 772.486/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006; REsp 834.954/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo