

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Programa de Estudos Pós Graduated em Direito

Núcleo de Pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos

A HARMONIA ENTRE CONSUMIDORES E FORNECEDORES À LUZ
DO ART. 4º, INCISO III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

FRANCISCO MARCHINI FORJAZ

SÃO PAULO
2014

FRANCISCO MARCHINI FORJAZ

A harmonia entre consumidores e fornecedores à luz
do art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito, sob a orientação
do Prof. Dr. Marcelo Gomes Sodré.

Data da Aprovação: ____/____/2014.

ORIENTADOR: PROF. DR. MARCELO GOMES SODRÉ

PRIMEIRO(A) EXAMINADOR(A): _____ .

SEGUNDO(A) EXAMINADOR(A): _____ .

“Mas, além dessa variedade infinita de ideias ou objetos do conhecimento, existe igualmente alguma coisa que as conhece ou percebe e realiza diversas operações, como querer, imaginar, lembrar-se delas. Esse ser perceptivo e ativo é que chamo de mente, espírito, alma ou eu”
GEORGE BERKELEY.

Às amadas Stella, Sofia e Laura,
futuras consumidoras que merecem
uma sociedade de consumo mais
equilibrada e justa que lhes permita
gozar a verdadeira felicidade.

AGRADECIMENTOS

Em 2008, em uma das tantas aulas do curso de pós-graduação pelo COGEAE desta Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, deparei-me com o professor Marcelo Sodré, designado para a missão de nos iluminar sobre o tema dos princípios da Política Nacional de Defesa do Consumidor. Que política era aquela que não sabíamos? Havia um direito do consumidor a ser objeto de tutela e atuação do Estado?

Certamente saí daquela aula com menos respostas e muito mais perguntas do que antes, assim como, também certamente, Marcelo Sodré foi o responsável por despertar o interesse em buscar os caminhos dessas respostas e, mais do que isso, estimulou-me a tentar compreender um pouco o porquê uma norma de clareza solar como o artigo 4º, III, do CDC, que impõe uma necessária harmonização entre o direito do consumidor (sim, ele existe) e os interesses dos fornecedores, especialmente com vistas a assegurar o desenvolvimento brasileiro, não era aplicada...

Por ter me inspirado a iniciar essa jornada, por ter me recebido sempre que procurado (antes mesmo de ingressar no mestrado, inclusive), por ter me acolhido como seu orientando e por ter contribuído para que a CAPES abraçasse esse Projeto com a bolsa que permitiu o seu desenvolvimento. Marcelo Sodré, meu profundo agradecimento.

E se inspiração e apoio são fundamentais para que um projeto se inicie e avance, minha maior inspiração e apoiadora incondicional recebe meu especial obrigado: Mãe, você sabe que cada conquista minha é também sua. Obrigado!

À Patrícia, que há 12 anos divide comigo a jornada da vida e a cada dia me ensina algo diferente. Apoio, amor e carinho incondicionais e compreensão sempre que a dedicação para conclusão do trabalho extrapolou o razoável. Amo você!

À minha filhota Stella, que veio ao mundo na reta final desse mestrado e tanta coisa já me ensinou. Obrigado por dormir tão linda sempre que o papai precisou escrever!

Um obrigado especial à minha família maravilhosa. Minha irmã Helena, que me abrigou por alguns meses em sua casa, quando chegava quase de madrugada após as aulas dos créditos e ainda podíamos papear sobre esse mundão acadêmico, às minhas sobrinhas lindas, Sofia e Laura, que iluminavam minhas manhãs, às minhas grandes incentivadoras Vó Suzanna, Tia Cida e Tia Tereza, por acreditarem em mim e serem apoiadoras incondicionais de todos os meus projetos e sonhos.

Ao Sidnei Amendoeira Júnior pelo exemplo e por compreender que apesar de não atuarmos em nosso escritório com direito do consumidor essa é a área que me fez aspirar à missão de apresentar essa dissertação.

Um especial obrigado à mestra, no sentido estrito da palavra, Fabíola Meira, grande professora do COGEAE, incentivadora para que eu ingressasse nesse mestrado e que tantas dicas valiosas me deu para chegar até aqui. Muito obrigado!

Agradeço, ainda, aos membros de minha banca de qualificação, Regina Vera Villas Boas e Josué Rios, pela atenção dada, pelo cuidado nas análises, dezenas de contribuições e pela delicadeza nas críticas.

Aos grandes amigos Priscila Reis, Walter Rosatti Vegas Júnior, Rafael Julio Borges da Silva, Joyce Alves Martins, pelo apoio, leituras e desabafos.

Por fim, agradeço à CAPES, por apoiar meu projeto, à Secretaria de Direito, pela contribuição dos dedicados Rui e Rafael, à Cindy pelo auxílio no Abstract, a cada colega que contribuiu para as conclusões que fizeram parte desse trabalho e a muitos outros que contribuíram e que não foram mencionados nominalmente.

RESUMO

FORJAZ, Francisco Marchini. *Proteção dos Consumidores e a Ordem Econômica: o art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

O artigo 4º, III, do CDC se apresenta como regra de harmonização entre os interesses de fornecedores e consumidores em uma sociedade de consumo que clama, atualmente, pelo reequilíbrio na atuação desses dois agentes de extrema relevância para a ordem econômica nacional. O mote da previsão legal em referência é assegurar o desenvolvimento do país atendendo-se ao espírito da CF88, de cunho social e efetivador de direitos individuais e coletivos.

O objetivo central desse trabalho, portanto, é permitir que estudantes e aplicadores do direito possam compreender a origem do dispositivo legal, contextualiza-lo em relação à formação e consolidação da sociedade de consumo e do modelo de Estado atualmente vigente.

Assim, no primeiro capítulo o trabalho oferece ao leitor uma descrição histórica do surgimento da sociedade de consumo com foco nos fatores que geraram desequilíbrio na atuação de fornecedores junto ao mercado, os momentos históricos que desencadearam o nascimento de um direito dos consumidores no mundo e no Brasil, além de situar esse direito com a garantia constitucional à proteção da dignidade da pessoa humana existente nas constituições modernas.

O capítulo seguinte explora a transição do Estado Liberal para o Estado Social, com enfoque no intervencionismo estatal existente, (i) inicialmente, para validar o próprio modelo liberal, o que resultou em estímulo para o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores, e, (ii) na sequência, para efetivação aos direitos sociais, o que permitiu não somente o garantismo ao direito dos consumidores como o dever do próprio Estado em efetivá-lo. Demonstra-se, então, quais os princípios constitucionais que envolvem tal proteção.

Finalmente, no terceiro capítulo, busca-se demonstrar justamente que o art. 4º, III, do CDC atua como regra de equilíbrio que deve ser aplicada para efetivação do direito do consumidor na sociedade, sendo imprescindível (i) a estabilidade de conceitos existentes no CDC, (ii) uma real atuação estatal visando a implementação da PNDC, (iii) bem como uma efetiva mudança de postura por parte dos fornecedores para que sua atuação atenda ao primado ético que funda a própria existência da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: HARMONIZAÇÃO. CONSUMIDOR. FORNECEDOR. ORDEM ECONÔMICA. EFETIVIDADE

ABSTRACT

FORJAZ, Francisco Marchini. *Proteção dos Consumidores e a Ordem Econômica: o art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

Article 4, item III of the Brazilian Consumer Defense Code (“CDC”) is commonly announced as a harmonizing rule between suppliers’ and consumers’ interests, in the context of a consumer society that currently claims for rebalancing the action of these two agents extremely relevant to national economic order. The motto of the above mentioned legal provision is to ensure the development of the country, as provided by the Brazilian Constitution of 1988, which is socially oriented and addresses the effectiveness of individual and collective rights.

Therefore, this study aims at enabling students and law enforcers to understand the origin of this legal provision, contextualizing it in the growth and consolidation of the Consumer Society and the State arrangement in effect.

Thus, the first chapter provides the reader with a historical overview of the origination of the Consumer Society focusing on factors that led to imbalance in the suppliers’ market performance, the milestones that led to the birth of a consumer law in the world and in Brazil, besides allocating this right alongside constitutional guarantees of human dignity, as set forth in modern constitutions.

The next chapter explores the transition from the Liberal State to the Welfare State, focusing on the existence of the State interventionism (i) firstly, to validate the liberal model itself, which resulted in the stimulation of the imbalance between suppliers and consumers, and (ii) further, for the consolidation of social rights, which not only guaranteed consumer rights but also originated a duty of the State to foster it. Hence, the constitutional principles involved in such protection become demonstrated.

Finally, in the third chapter, the paper seeks to precisely demonstrate that Article 4, item III of CDC acts as a balancing rule that must be applied to ensure consumer law in society, so that it is imperative (i) to achieve the stability of CDC concepts, (ii) an actual State action aimed at the implementation of the PNDC, (iii) as well as an effective change of attitude by suppliers so that their performance aligns with the ethical primacy that supports the existence of the society itself.

KEYWORDS: HARMONIZING. CONSUMER. SUPPLIER. ECONOMIC ORDER. EFFECTIVENESS.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CC02 – Código Civil – Lei 10.406/02

CDC – Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90

CF – Constituição Federal

CF88 – Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PIDESC - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PLANDEC – Plano Nacional de Defesa do Consumidor

PNDC – Plano Nacional de Defesa do Consumidor

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 – O CONSUMIDOR NA SOCIEDADE	13
1.1. A SOCIEDADE DE CONSUMO	15
1.1.1. Formação da sociedade de consumo.....	15
1.1.2. A consolidação da sociedade de consumo e do direito do consumidor.....	24
1.1.3. Sociedade de consumo e o surgimento do Código de Defesa do Consumidor no Brasil.....	37
1.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO CONSUMIDOR	52
1.2.1. As duas faces da dignidade da pessoa humana.....	54
1.2.2. O conteúdo do conceito de dignidade enquanto finalidade da ordem econômica e princípio da defesa do consumidor.....	57
2 – O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	63
2.1. A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	65
2.1.1. O Estado Liberal e a intervenção no domínio econômico pelo Estado.....	67
2.1.2. O Estado Social e o Estado Democrático de Direito.....	76
2.1.3. O papel do Estado de acordo com a Constituição Federal.....	81
2.1.4. A gestão das políticas públicas.....	84
2.2. OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	87
2.2.1. A existência digna conforme os ditames da justiça social.....	89
2.2.2. Garantia ao livre exercício econômico e ao desenvolvimento.....	92
2.2.3. A Defesa do Consumidor.....	94
3 – A EFETIVIDADE DO ART. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor	97
3.1. O ART. 4º COMO NORMA DE HARMONIZAÇÃO	102
3.2. A PROMOÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CDC	109
3.2.1. A boa-fé objetiva.....	110
3.2.2. O necessário reequilíbrio – reconhecimento da vulnerabilidade.....	119
3.2.3. Saúde e segurança – a sociedade de risco.....	123
3.3. O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR	129
3.3.1. A difícil instituição do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.....	131
3.3.2. PLANDEC, SINDEC e os PROCONs.....	146
3.4. CAMINHOS DE HARMONIZAÇÃO	151
3.4.1. O consumidor e o fornecedor no regimento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.....	153
3.4.2. Clareza do regime de responsabilidade e sua aplicação.....	157
3.4.3. Construção de um novo pensar ético na atuação dos fornecedores.....	168
3.4.4. Os limites éticos da publicidade.....	173
CONCLUSÃO	181
BIBLIOGRAFIA	185

INTRODUÇÃO

Um dos maiores empreendedores da história mundial, Henry Ford, contribuiu para a consolidação da atual sociedade de consumo ao instituir um sistema de produção em série de automóveis que revolucionou não somente a indústria automotiva como todo o sistema produtivo, permitindo ainda mais a massificação do consumo e o acesso dos consumidores aos mais variados produtos.

Outras facetas do empreendedor incluem a valorização ao trabalhador, o estímulo ao capitalismo e ao consumismo como forma de desenvolvimento da paz e da sociedade, além do desenvolvimento de técnicas de marketing publicitário em cadeia¹ de seus produtos (FORD, 2008).

É essencial contextualizar ao menos parte da história de Henry Ford e seus pensamentos para não fazer leviano uso de uma de suas frases mais propagadas dentre os estudiosos dos direitos do consumidor: “*O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco*” (RONAI, 1985).

Tal afirmação, de grande precisão, é utilizada pela doutrina atualmente (FILOMENO, 2002: p. 261; CAVALIERI FILHO, 2008: p.12) especialmente para ilustrar o que seria um suposto reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como “elo” mais fraco da economia e, portanto, a necessidade de seu fortalecimento ainda no início do Século XX. À aparência tal frase denota, realmente, preocupação com o consumidor e sua posição no mercado.

¹ A autobiografia escrita por Ford muito antes de seu falecimento (FORD, 2008) descreve com detalhes seus pensamentos acerca da necessidade de valorização dos trabalhadores como forma de fortalecimento da economia (“wage motive” ou salário de motivação) e estabelecimento de um círculo virtuoso na economia mediante o pagamento de bons salários e valorização do trabalhador. Foi um dos precursores do capitalismo do bem estar social, valorizando o bem estar de seus funcionários, que deveriam ter assegurados o acesso a saúde de qualidade e lazer para bom rendimento profissional e estímulo à economia.

Contextualizando-se tal afirmação ao pensamento de Ford, contudo, observa-se que o seu mote não é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, mas sim da vulnerabilidade da economia diante de um consumidor fraco e excluído do sistema econômico. **O fortalecimento desse elo mais fraco – o consumidor –, teria por objetivo exclusivamente o fortalecimento da “corrente-economia” como um todo e se restringiria à universalização do acesso ao consumo e não à proteção desse consumidor.**

A proteção do consumidor não poderia, para Ford, ser entendida com um fim em si mesmo, mas como a manifestação de um anseio da sociedade e do Estado, amparados e estimulados pelos controladores do mercado, em garantir o fortalecimento de todo o sistema econômico que passava a depender cada vez mais da inclusão de novos consumidores para sobreviver.

Diz-se aqui que a preocupação central de Ford era o fortalecimento da economia, e não a proteção do consumidor, pois o empreendedor enxergava o consumidor de forma padronizada, homogênea, defendendo que cabia ao mercado estabelecer o padrão de consumo e garantir somente que todos tivessem acesso aos produtos que o mercado lhes propiciasse ou impusesse. Não havia, portanto, qualquer pretensão ou interesse de proteção e/ou tutela especial ao consumidor². Esse o era pensamento dos controladores do mercado – como Ford – no final do Século XIX e início do Século XX.

Assim, o reconhecimento do consumidor como membro, ainda que passivo, do sistema econômico em pleno início do Século XX é um marco na busca do equilíbrio da Ordem Econômica e Social, lembrando-se que ainda vigia o modelo de Estado Liberal e o intervencionismo Estatal no domínio econômico e social era pontual naquele momento.

Foi necessária uma profunda mudança na estrutura social e, especialmente, na ação do Estado para que a proteção ao consumidor passasse a ser vista como essencial para o equilíbrio da ordem econômica e

² Vale lembrar, nesse sentido, outra dentre diversas notórias afirmações de Henry Ford, para quem “*o cliente pode ter o carro da cor que quiser, contanto que seja preto*”.

social.

Tal reconhecimento, que já tinha exposição e discussão no âmbito jurídico internacional, como se demonstrará adiante, teve seu desenvolvimento estreitamente ligado aos riscos a que os consumidores passaram a ficar expostos em larga escala e à afronta a seus direitos fundamentais, que agora tinham o Estado como agente ativo visando sua efetivação.

Não se pode olvidar, contudo, que a base do desenvolvimento da sociedade de consumo foi preponderante para que o consumidor ficasse à mercê dos humores e desejos do mercado. Ainda no Século XVIII, as cortes passaram a estimular o padrão de consumo daquela sociedade, ainda que restritos à Nobreza, como formas de aspiração e ascensão social (MCCRACKEN, 2003). O padrão consumista nascia, portanto, com base na **criação de necessidades** aos destinatários dos produtos, e não no mero **atendimento às necessidades** existentes.

Na massificação desse padrão de consumo – em processo iniciado no Século XIX e que teve seguimento e propagação no início do Século XX –, os detentores do poder econômico passaram a agir para atingir uma parcela maior da população, estimulando-os a aspirar ao consumo e ao novo estilo de vida urbano então a alcance de todos os cidadãos. As técnicas de publicidade atingem o seu ápice e a busca ao convencimento dos indivíduos a consumirem não encontra qualquer limite ético ou moral nesse momento em que ainda prepondera o Estado Liberal.

Seguindo o histórico da indústria automobilística mencionado nesta introdução, é interessante notar que se Ford inicialmente estimulou os cidadãos-consumidores a desejarem um automóvel, os demais produtores já passaram a estimular a adoção do automóvel como símbolo da ascensão social dos indivíduos³ inspirando-os a adquirir sempre novos modelos, tornando os anteriormente

³ Alfred Sloan Jr., presidente da General Motors desde 1923, estabeleceu um novo padrão de gestão empresarial e adotou como estratégia de negócio a criação de mais de um modelo de automóveis para que os consumidores não somente aspirassem adquirir um automóvel, mas sempre aspirassem a aquisição de um novo modelo de automóvel que inspirasse o momento do desenvolvimento pessoal que esse consumidor se encontrasse. Surgia, assim, o marketing inspiracional, que motivava os consumidores a realizarem uma compra sempre com vistas à próxima aquisição. Esse modelo de divulgação de produtos, vigente até hoje, reflete uma das técnicas mais difundidas no marketing e estimula ainda mais o perfil do consumidor moderno (TEDLOW, 1990: p. 188).

adquiridos imediatamente obsoletos. A compra é sempre realizada com vistas à aquisição de um modelo superior ou mais moderno. Surgem com força, então, os consumos pela sedução e pelo desejo descritos por LIPOVETSKY (2004: p. 26), em postura que é validada pelos consumidores mediante forte apelo publicitário.

Essa transformação da sociedade foi acompanhada e influenciada pelos efeitos ocasionados pelas grandes guerras e pelo descontrole do mercado liberal, que impuseram aos Estados o dever de maior intervencionismo, inicialmente com a finalidade de evitar a falência dos mercados e, na sequência, impondo-se a necessidade de assunção pelos Estados de responsabilidade social.

Os Estados de Direito passaram, então, lentamente, a voltar suas atenções à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, em processo que resultou na reestruturação dos ordenamentos jurídicos para municiar esse Estado de instrumentos que permitissem sua atuação nesse sentido. E se a base dos ordenamentos passou a ser a proteção à dignidade dos indivíduos e ao Estado se impunha uma atuação direta nesse sentido, a mera inserção do consumidor no mercado não era mais suficiente, era necessária a efetivação de seus direitos e o reconhecimento de sua vulnerabilidade sob pena de ruptura do sistema.

Nos Estados Unidos do início do Século XX essa proteção surgiu pela iniciativa popular e o crescimento de Associações fortaleceu a importância de reconhecer o consumidor como relevante agente da ordem econômica, como é o caso da *Consumers Union* (então *International Organization of Consumer Union*) fundada em 1936 e que tinha por objetivo deixar claro aos consumidores quais eram os bons e os maus produtos e questionar as publicidades então veiculadas que não encontravam qualquer limitador legal ou ético.

Em que pese diversos atos e documentos gerados internacionalmente reconhecendo a relevância dos consumidores no cenário econômico, no Brasil esse processo se deu de forma tímida até a promulgação da Constituição de 1988. No Brasil da década de 80, os cidadãos brasileiros se viam sem qualidade de prestação de serviços, sem garantia sobre o fornecimento de produtos e sem respaldo frente a práticas abusivas, publicidades enganosas, contratos leoninos e, portanto, sem

condições de se reafirmar como cidadãos, pois não estavam propriamente incluídos no mercado de consumo. Um olhar atento ao desenvolvimento da sociedade de consumo, em especial a brasileira, verifica o porquê dessa situação.

Portanto, se o nascimento e efetivação dos Estados Sociais ao redor do mundo se deram ao longo das décadas de 1940 a 1970, no Brasil a década de 1980 foi terreno fértil para sua consolidação como um Estado Democrático de Direito com finalidade Social, especialmente em função das alterações promovidas nos campos político, social e econômico já consolidadas e que permitiram a estruturação do ordenamento jurídico atualmente estabelecido. Diz-se terreno fértil porque, dentre outros fatores que serão explorados pelo presente estudo, se observou o final de um regime ditatorial e a retomada de um regime democrático, firmou-se o modelo de eleições diretas e, especialmente, **promulgou-se a chamada constituição cidadã**⁴.

Esse novo modelo constitucional consolidou a garantia aos direitos individuais, que foram listados e descritos de forma individualizada, tendo o Estado como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1, II, III e IV, CF). Nascia no Brasil, somente então, o reconhecimento **positivado** à necessária proteção do consumidor, inclusive como princípio da Ordem Econômica constitucionalmente estabelecida.

Pouco antes da promulgação da Constituição, precisamente em meados de 1986, COMPARATO (1986, p. 167) em inovador estudo denominado “A proteção do consumidor. Importante Capítulo do Direito Econômico” aponta a necessidade de efetiva proteção ao consumidor como importante capítulo do direito econômico.

E retoma-se aqui o pensamento de Ford acerca do consumidor como elo fraco da economia para reforçar a ideia de que, antes, a preocupação era de

⁴ “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*”.

fortalecimento do próprio mercado, enquanto agora a preocupação é dotar o Estado de instrumentos para efetivar o consumidor como membro **ativo** dessa ordem econômica. Ou seja, não se buscou meramente permitir o **acesso** dos indivíduos ao consumo, mas sim reconhecer e **efetivar** os direitos dessa categoria de indivíduos, constitucionalmente reconhecida e apontada como fundamental para a sustentação do Estado e da Ordem Econômica⁵.

Assim, a formação da constituinte, com a conseqüente promulgação da nova constituição refletiram os anseios dos cidadãos decorrentes das diversas alterações sociais e políticas acima mencionadas e que resultaram (i) dos processos de industrialização e urbanização da sociedade brasileira ocorridas na primeira metade do Século XX, e (ii) do final da Segunda Guerra, que alçou a proteção à dignidade da pessoa humana a fundamento de diversos Estados Democráticos de Direito⁶.

Tais processos trouxeram, junto ao forte viés social da Constituição, uma carga econômica decorrente da existência, então, de uma ordem econômica desestruturada e que não permitia uma mínima segurança jurídica àqueles agentes que pretendessem desenvolver atividade econômica no país. A Constituição refletia as alterações já experimentadas em Estados Europeus e nos Estados Unidos, em que o liberalismo havia se demonstrado ineficaz para garantia das liberdades individuais, sendo necessária a efetiva atuação do Estado visando a efetivação dessas liberdades mediante sua atuação para implementação dos direitos sociais.

⁵ O pontapé inicial para reverter o cenário se deu na Constituição de 1988, inicialmente com o artigo 5º, XXXII, que alçou o direito do consumidor a direito fundamental do cidadão, a ser efetivado nos termos legais, além de incluir o direito dos consumidores como princípio da ordem econômica então estabelecida. A redação do artigo 170 da Constituição Federal estabeleceu os seus fundamentos – a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa – sua finalidade - assegurar a todos existência digna – e os princípios a serem atendidos, quando, somente então, trata da livre concorrência e da propriedade privada como expressões do mercado, mas em conjunto com outros direitos individuais e coletivos, como o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente saudável.

⁶ “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha). O texto reflete o compromisso assumido pelo povo alemão ao promulgar a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em 23 de maio de 1949. Sob uma perspectiva estritamente histórica, referido artigo representa uma resposta aos atos de guerra praticados nas décadas anteriores, mas para o direito apresenta-se como um divisor de águas entre duas visões sobre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Brasileiro, aliás, vinha de um período ditatorial que não teve êxito em oferecer uma estrutura econômica sólida ao país e de diversos planos econômicos malsucedidos, o que resultou no crescimento da desigualdade social e crescimento da miséria. Enquanto desde a década de 1940 Estados europeus e os Estados Unidos da América vinham desenvolvendo políticas de bem estar social, no Brasil as tentativas nesse sentido eram tímidas e, quando existentes, absolutamente ineficazes.

Decerto causa estranhamento o fato da Constituição promulgada em 1988 ser reflexo de alterações sociais ocorridas nas décadas de 1930 a 1970 e que já eram objeto de alteração nas Constituições de diversos Estados, como o alemão que teve a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha promulgada em 23 de maio de 1949 e reconheceu a dignidade humana como inviolável, inalienável e fundamento de toda comunidade humana.

Tal demora é decorrência do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado brasileiro, que detinha forte herança colonialista e uma estrutura social de pobreza e miséria extremas. Tirante o período do primeiro governo de Getúlio Vargas, que conseguiu conciliar a consolidação de leis trabalhistas e defesa de direitos sociais ao desenvolvimento nacional e sua consequente industrialização, os governos brasileiros subsequentes tiveram preocupação maior com o crescimento econômico e à permissividade de um livre mercado desregulado. Era forte a influência do Estado Liberal.

A Constituição de 1988 veio justamente para dotar o Estado de instrumentos eficazes de implementação de direitos sociais, que a partir de então deveriam ser equalizados ao anseio de desenvolvimento do país, ponto nevrálgico justamente para garantia da estabilidade social necessária para que os direitos individuais fossem assegurados. Observa-se, aqui, a pretensão de instituição de um círculo virtuoso.

Daí se observa que a Constituição promulgada tratou propositadamente das ordens social e econômica constitucionais em títulos apartados (TAVARES, 2011: p. 120), apesar da interdependência necessária entre ambas (PINTO FERREIRA,

2001: p. 497), até mesmo em razão do mesmo objetivo – a proteção à dignidade humana. **A finalidade dessa ordem econômica é, portanto, justamente a efetividade dos direitos sociais que também buscam assegurar a todos, inclusive às futuras gerações, existência digna.**

Por isso a preocupação, desde a introdução deste trabalho, em deixar clara a pretensão do constituinte em assegurar a proteção aos direitos individuais por meio da efetivação de direitos sociais e implementação de uma ordem econômica equilibrada. O Estado deveria abandonar sua postura passiva para agir em prol da proteção à dignidade de seus cidadãos.

Em que pese a necessária intervenção no domínio econômico e as previsões trazidas pelo novo texto constitucional, o reconhecimento do direito do consumidor como direito fundamental constitucional e como princípio da ordem econômica **não teve a devida atenção no início da vigência da CF88**, apesar do constituinte reconhecer nesse momento três fatos que mudariam os rumos da disciplina dos direitos do consumidor:

- (i) o consumidor é necessariamente uma face do indivíduo e, como tal, possui direitos autonomamente (remete-se aqui ao questionamento e conclusão de SODRÉ (2009: p. 5) – “*existe um direito do consumidor*”),
- (ii) ao reconhecer a necessidade de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), o constituinte reconhece a fragilidade do consumidor no mercado e a necessidade de se estabelecer uma proteção especial a ele, e ainda,
- (iii) o direito do consumidor é relevante e fundamental no estabelecimento da ordem econômica, de forma que os consumidores não deveriam mais ser tratados como meros objetos nas relações de consumo, mas sim como agentes e interessados diretos no desenvolvimento econômico.

Tais **reconhecimentos** eram imprescindíveis no momento de aprovação da CF88, pois não obstante o cenário social e econômico fosse calamitoso, como acima pontuado, o mercado consumidor encontrava-se seriamente desordenado, com

atuação de fornecedores sem qualquer controle ou fiscalização, e era organizado quase que exclusivamente por normas técnicas expedidas pelo INMETRO e pela ANVISA e que via na atuação do recém-criado PROCON⁷ o único alento na tentativa de organização desse segmento da sociedade.

E foi exatamente no PROCON que nasceu o impulso acadêmico necessário para a inserção do direito do consumidor com papel relevante constitucional, e permitiu a consequente aprovação do Código de Defesa do Consumidor e o crescimento do seu tratamento como disciplina autônoma do direito em resposta à **desigualdade de tratamento entre fornecedores e consumidores e o desequilíbrio entre eles no momento imediatamente posterior à aprovação do CDC**. Esse desequilíbrio é um reflexo da atuação histórica do Estado, que protegia o direito de desenvolvimento das grandes corporações, mas não assegurava o desenvolvimento humano e, portanto, dos consumidores.

E se a promulgação da Constituição tinha como grande mote o reconhecimento a direitos individuais, em especial os direitos fundamentais dos cidadãos, a ausência de efetividade na proteção aos consumidores causaria, como de fato causou, um desequilíbrio em que outros princípios da ordem econômica se sobressairiam frente à defesa do consumidor, em especial seu fundamento de garantia à livre iniciativa, até então preponderante, pois a legislação protetiva ao consumidor não teve imediata efetividade.

Portanto, estando o Brasil definitivamente inserido em uma sociedade de consumo (ou até mesmo de hiperconsumo – LIPOVETSKY, 2004), onde os próprios cidadãos amparam esse modelo de superpoderes aos fornecedores para que ditem as leis de mercado, e permitem que o consumo ofereça cada vez mais risco à sociedade, era imprescindível não somente a criação de um modelo hiperprotetivo, como a criação de uma efetiva **política pública de defesa do consumidor**, para que o Estado tivesse condições de equilibrar tais leis de mercado e os riscos a que a

⁷ O Governo do Estado de São Paulo criou em 1976 o primeiro órgão público de proteção ao consumidor nominado de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, que passou a ser conhecido como PROCON, do que se seguiu a implementação de normas direcionadas aos segmentos de alimentos (Decreto-lei 986/69), saúde (Decreto-lei 211/70) e habitação (Lei 6649/79 – locação e 6676/79 – loteamento). O PROCON tem suas atividades hoje pautadas na Lei nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995.

sociedade se submeteria.

É no cenário tratado no parágrafo anterior – de necessária atuação do Estado para efetivação dos direitos do consumidor e conseqüente equilíbrio no desenvolvimento da Ordem Econômica – que o presente trabalho se funda ao tratar da relação entre a proteção dos consumidores e a ordem econômica, especialmente ao se amparar no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que tal qual a Constituição Federal também teve sua gênese e aprovação como fruto das alterações promovidas na referida década de 80.

Pretende-se com o presente trabalho, portanto, com foco na redação do artigo 4º, III, do CDC, tratar do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo como se não houvesse antagonismo entre a proteção do consumidor e a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. Tais, como já dito acima, são interdependentes e, como se verá adiante, o tratamento destes como antagônicos pode até mesmo afetar a efetividade de ambos.

Foi o que ocorreu no momento seguinte à aprovação do Código de Defesa do Consumidor em 1989, quando o Estado, apesar do amparo legal, optou pela não instituição do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (SODRÉ, 2007.p. 287) justamente com a pretensão de permitir uma melhor estruturação dos fornecedores no contexto dessa nova ordem econômica, priorizando inicialmente a consagração da livre iniciativa e ignorando não somente parte de seus demais princípios fundadores como sua finalidade.

A escolha governamental de não instituir o SNDC mostrou-se um equívoco, pois na medida em que a Ordem Econômica deveria ser fundada em todos os seus princípios de forma harmônica, o que antes se mostrou um benefício à livre iniciativa com o tempo mostrou-se profundamente pernicioso ao próprio sistema, pois sem o cumprimento aos direitos dos consumidores o sistema jamais se estabilizaria⁸.

⁸ Ressalva fundamental ao presente estudo refere-se à previsão da defesa do meio ambiente também como princípio da ordem econômica e, como o direito do consumidor, matéria que enfrentou e enfrenta resistência para ter a devida atenção como fundamental para um desenvolvimento sustentável da sociedade brasileira. Apesar de uma situação fática ainda longe da pretendida, hoje é possível um efetivo Sistema Nacional de Defesa

E se em 1990, ano em que a Lei 8.078 passou a vigor, havia necessidade de reequilíbrio de situações díspares e readequação no tratamento desigual dos consumidores dentro do mercado de consumo, hoje esse fator foi em muito reduzido e já é possível observar empresas interessadas na preservação do equilíbrio econômico e no efetivo reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores, e setores que não refletem desigualdades de condições entre fornecedores e consumidores que já merecem maior transigência quando se trata de estabelecer a prevalência dos interesses do consumidor.

Por outro lado, a inoperância do Estado em efetivar um sistema adequado criou diversas outras disparidades que colocam o consumidor em situação tão marginalizada quanto no momento da aprovação do código, o que requer um novo pensar para solução desses problemas.

E o artigo 4º, III, do CDC, situado no capítulo da **Política Nacional de Relações de Consumo** é atemporal e visa justamente dar azo à necessidade de constante atualização e equilíbrio do cenário fático existente. Daí falar-se em *“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”*.

Assim, o presente estudo terá como objetivo apresentar meios de efetivar a norma de harmonização acima transcrita, demonstrando, previamente:

- (i) o desenvolvimento da sociedade de consumo e os fatores que influenciaram a situação do consumidor inicialmente como membro passivo da ordem econômica e, posteriormente, como um dos seus principais agentes;

(ii) de que forma a proteção à dignidade da pessoa humana impactou na proteção do consumidor e no seu reconhecimento como princípio da ordem econômica;

(iii) as alterações sofridas pelo Estado ao longo do desenvolvimento da sociedade de consumo, desde o Estado Liberal e a absoluta ausência de controle sobre a iniciativa privada até o modelo de Estado Social Intervencionista atualmente vigente, que prima pelo desenvolvimento de políticas públicas que efetivem os direitos sociais e, conseqüentemente, assegurem os direitos individuais; e, ainda,

(iv) quais são os demais princípios da ordem econômica que afetam a proteção aos direitos do consumidor, em especial a garantia ao livre exercício econômico.

Com a exploração dos temas acima especificados será possível estabelecer as premissas em que se funda o referido artigo 4º, III, fazendo uma análise dos princípios do CDC, sua efetivação como norma de harmonização, o papel do SNDC como instrumento de aplicação dessa norma de harmonização, e os desafios existentes para que o direito dos consumidores passe a receber a devida atenção enquanto princípio que rege a ordem econômica, apontando-se os desvios hoje existentes na aplicação do CDC e propondo-se caminhos que permitam a construção de um novo primado ético para as relações de consumo.

1 – O CONSUMIDOR NA SOCIEDADE:

Contextualizar o direito do consumidor no âmbito da ordem econômica constitucional exige o enfrentamento do desenvolvimento da sociedade de consumo e sua conseqüente estruturação nas economias capitalistas, que passaram a fundar seus ordenamentos jurídicos em princípios que permitissem o desenvolvimento econômico da população associados à efetivação de direitos sociais e à garantia de respeito à dignidade das pessoas.

Antes mesmo de existir o direito do consumidor, o reconhecimento de sua vulnerabilidade juridicamente e, posteriormente, sua necessária proteção no âmbito social e econômico, deve-se compreender como se deu o surgimento da figura do consumidor na sociedade e como o consumo se tornou um fator cultural dessa sociedade. A figura antes irrelevante ganhou especial importância social com a massificação da produção e com a crescente expectativa dos indivíduos com sua inclusão para o consumo.

As alterações sociais que culminaram na estrutura atualmente vigente da sociedade de consumo se deram ao longo dos Séculos XVII a XIX sendo que a consolidação da sociedade de consumo se deu no ao final do Século XIX e início do Século XX, justamente quando os Estados passaram a priorizar o crescimento econômico e a industrialização e também quando os métodos produtivos e o acesso ao crédito abundante permitiam a produção e a venda dos produtos a preços cada vez menores – efetivando a sobredita inclusão.

Esse movimento foi acompanhado de grande dominação do mercado pelas grandes empresas e conglomerados econômicos, o que gerou a necessidade do Estado passar a intervir cada vez mais na economia para afastar os riscos gerados pelo Liberalismo Econômico, tudo conforme será tratado no Segundo Capítulo do presente estudo.

De qualquer forma, é relevante compreender desde já que a intervenção do Estado no domínio econômico foi acompanhada de relevante mudança das constituições, que passaram a fundar os ordenamentos jurídicos na dignidade da pessoa humana. E essa passagem, apesar de não estar ligada à evolução da sociedade de consumo, é fundamental para compreender a evolução do posicionamento do consumidor no mercado e seu reconhecimento como categoria que carece de especial tutela, seja para efetivação da finalidade da própria ordem econômica seja como salvaguarda justamente à dignidade dos indivíduos.

Fala-se em ausência de ligação entre o reconhecimento do consumidor nos ordenamentos jurídicos e a ascensão da proteção da dignidade como fundamento desses ordenamentos jurídicos, pois o segundo teve como marcos históricos o reconhecimento da miséria nos países subdesenvolvidos e os crimes de guerra observados nas décadas de 20 a 40 do Século XX. Tal reconhecimento, contudo, não foi imediato e as grandes economias ocidentais seguiram priorizando por algumas décadas a consolidação de seus modelos de Estado e seu posicionamento no mundo globalizado, o que culminou, no Brasil, no reconhecimento da necessidade de atuação do Estado para proteção dos dois institutos simultaneamente na CF88.

O primeiro tópico deste capítulo tratará, então, do surgimento e desenvolvimento da sociedade de consumo e sua íntima ligação com o modelo capitalista, além da necessária adoção de uma política essencialmente desenvolvimentista, culminando no modelo existente no Brasil atualmente, quando será possível obter um fiel retrato do nascimento da figura do consumidor na sociedade e quais foram os fatores preponderantes para que esse consumidor tenha as características que hoje nele se observam e exigem a atuação do Estado no sentido de protegê-lo.

A mesma análise será realizada em relação ao desenvolvimento da sociedade de consumo Brasileira, que mesmo antes do reconhecimento constitucional da necessidade de tutela do consumidor, já via na parcela da população marcada pela miséria a pretensão de acesso ao mercado de consumo.

O conflito deixa de ser meramente social e decorrente de classes (produtora e trabalhadora) para ter outra natureza⁹, em que todos disputam espaço e atenção com todos, e os membros da sociedade passam a brigar entre si para que todos tenham acesso ao consumo e uns tenham maiores condições que os outros.

O tópico seguinte ao desenvolvimento histórico da sociedade de consumo e do consumidor tratará do enfrentamento da dignidade e suas duas feições frente ao modelo de ordem econômica estabelecido. Isso porque hoje a proteção à dignidade da pessoa humana é apontada como fundamento do Estado e finalidade da ordem econômica. Assim, a dignidade é somente aquela que deve ser garantida a todos os cidadãos sob o enfoque difuso ou trata-se daquela dignidade associada à intimidade e aos desejos individuais dos cidadãos? A primeira, social e coletiva, presta-se à proteção da segunda, individual e privada ou o contrário? Qual a influência dessa distinção ao mercado de consumo, à sociedade de consumo e à proteção do consumidor?

Essa análise é fundamental para o presente estudo para delimitação do que se entende por dignidade sob o prisma constitucional e, especialmente, para fins de aplicação do artigo 170 da CF e do artigo 4º do CDC, que serão objetos deste estudo. Se se pretende tratar do equilíbrio entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico, compreender a finalidade dessa ordem econômica é fundamental para atingir o almejado equilíbrio.

1.1. A SOCIEDADE DE CONSUMO

1.1.1. Formação da sociedade de consumo

No estudo dos Direitos do Consumidor a doutrina costuma apontar o surgimento da disciplina mediante a compreensão da consolidação do capitalismo,

⁹ SODRÉ (2009, p.10) aponta que nos Séculos XVI e XVII preponderam os conflitos dos indivíduos com o Estado, ao longo do Século XIX e início do Século XX os conflitos se expõem entre os Trabalhadores e os Produtores, para que, no Século XX, a luta seja pelo acesso ao consumo, e aponta que não há clareza entre os polos desse conflito, já que os consumidores, diferente dos trabalhadores, não formam uma classe social.

da aceitação pela sociedade da lei de mercado da oferta e da procura e, por fim, na positivação desse modelo nos ordenamentos jurídicos¹⁰.

A revolução industrial, a massificação da produção e a conseqüente massificação do consumo não se resumem a um movimento exclusivo da cadeia de produção, trata-se, sim, de uma prévia mudança na concepção da própria sociedade¹¹.

Assim, a sociedade de consumo **eclode** no Século XX como resultado do anseio da própria sociedade e não como mera manifestação das alterações produzidas no sistema produtivo. Por isso se afirma que a sociedade de consumo e a consolidação da figura do consumidor na sociedade e como categoria a ser protegida pelo Estado não nasceu com a massificação da produção.

Essa alteração de paradigma é de extrema relevância para o presente estudo na medida em que a relação “mercado – consumidor”, a implicar diretamente no equilíbrio entre ambos na ordem econômica, não teriam mais o seu nascimento associado exclusivamente ao comportamento supostamente voraz dos controladores

¹⁰ RIZZATO NUNES (2009: p. 3) remete ao período pós revolução industrial, quando o crescimento populacional associado ao aumento da oferta de produtos permitiu a expansão do consumo, consumada no período pós guerra, com o surgimento de tecnologia de ponta e incremento dos sistemas de telecomunicações. CLAUDIA LIMA MARQUES (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT. 2008. p. 24) aponta o surgimento da disciplina com a consolidação do conceito de consumidor e a preocupação de sua tutela, manifestada especialmente no discurso de John Kennedy em 1962. Já JOÃO BATISTA DE ALMEIDA (2009. p.3) aponta que a tutela do consumidor é decorrência lógica do avanço e das modificações havidas nas relações de consumo nos últimos tempos. Aponta-se o entendimento da doutrina responsável pelos Manuais do tema para que se delimite com clareza que a disciplina dos direitos do consumidor é passada como mera decorrência do atual sistema produtivo em que o consumidor não seria um membro ativo, mas mero partícipe passivo e carecedor de tutela. A carência de tutela, como se verá, tem mais relação com o processo de dominação do mercado e sobreposição aos interesses do consumidor do que com sua dominação. É fundamental compreender que o consumidor aceitou a postura do mercado, que por década viu o Estado como mero espectador, o que contribuiu para a generalização da ideia de que a necessidade de tutela do consumidor somente nasceu na segunda metade do Século XX com a intensificação do capitalismo.

¹¹ A sociedade de consumo define-se pela abundância e possibilidade de satisfação pelos indivíduos das suas necessidades básicas, além da possibilidade de gozar de itens não essenciais de consumo como o lazer, os aparatos culturais e pessoais (BEAUCHARD, 1996), o que somente ocorre após a consolidação do capitalismo no pós-guerra. Assim, a doutrina assume que a sociedade de consumo ganha relevância somente após a consolidação do modelo iniciado junto à revolução industrial, quando os próprios indivíduos tiveram que mudar os seus padrões culturais e estruturas familiares para absorver o novo modelo que se instituiria. Daí o entendimento, que será desenvolvido neste capítulo, que a sociedade de consumo não foi uma decorrência exclusiva da Revolução Industrial e da possibilidade de acesso aos produtos pelos consumidores. A Revolução Industrial eclodiu em um momento em que a própria sociedade de consumo, em sua fase inicial, dava mostras e perspectivas de ter condição de absorver essa nova oferta de produção a resultar na já mencionada abundância característica do início do Século XX.

do mercado. Tal comportamento colocaria o consumidor em uma posição passiva e de certa forma ingênua, sendo estimulado, sem qualquer possibilidade de escolha a realizar o consumo como forma de esgotamento dos recursos e satisfação de seus interesses próprios.

Gilles Lipovetsky trata dessa visão pejorativa do consumo para depois, como se verá, afastá-la:

A civilização materialista jamais deixou de ser objeto de incontáveis críticas emanadas das mais diversas famílias de pensamento. As correntes cristãs tradicionais acusaram-na de arruinar a fé e as obrigações religiosas. Os “republicanos”, a começar por Rousseau, reprovaram o luxo e as comodidades da vida, culpados de corromper os costumes e as virtudes cívicas. Os racionalistas criticaram a futilidade da moda, o supérfluo e o desperdício das sociedades de abundância. Os pensadores aristocráticos ou elitistas exprimem todo o desprezo que lhes inspira uma cultura “vulgar” que faz triunfar as mais medíocres paixões. Os teóricos marxistas, esses lançaram suas flechas contra o capitalismo da opulência, assimilando-o a um novo ópio das massas, a uma máquina econômica produtora de falsas necessidades, de passividade alienante e de solidão impotente. (LIPOVETSKY, 2004, p.157)

Por isso esse capítulo tratará do surgimento da sociedade de consumo¹² e aprofundar suas origens, pois mostrando um pensamento diferente do que o vigente até agora, os doutrinadores nas áreas de Ciências Sociais, Psicologia e Economia tem se aprofundado nas origens da sociedade de consumo e apontado que seu surgimento se deu muito antes da Revolução Industrial e da massificação do consumo.

Desde o início do século XVII o individualismo e o hedonismo dos cidadãos passaram a tomar lugar da visão de família e sociedade e, por isso, passaram a ser associados ao consumo. Daí MACKENDRICK tratar o consumo como uma “orgia do

¹² “Durante o século XIX, por conseguinte, quebram-se as travas que prendiam o consumo... Já existira agora cultura de massa? A resposta permanece negativa... O que falta então? Acontece que a grande divisão cultural permanece baseada na distância entre o campo e a cidade, entre o provinciano e o cidadão e, daí, entre cultura de função ou procedência rural, a folclórica ou popular, e a cultura de função urbana, a superior ou escolarizada. Cultura folclórica e cultura escolarizada são os dois pólos cujo corte constitui o sentido do universo mental do século XIX. (...) Além do mais, por causado estágio insuficiente de seu desenvolvimento tecnológico e pelo relativo desafogo político em que as nações burguesas europeias vivem depois de 1848, é um processo produtivo que deixa intactas inúmeras áreas de consumo não exploradas. (...) Não bastou, portanto, a arrancada do sistema capitalista, o incremento da velocidade de comunicação, o aparecimento dos primeiros meios de reprodução técnica e a baixo preço para que se desse a cultura de massa. Já existem sim os seus veículos, os mass media, que aprendem o jeito de cativar a tudo e a todos. Inexiste a integração inconsciente de suas mensagens numa modalidade de cultura” (LIMA, 1982, p. 132-133).

gasto” e WILLIAMS como um “mundo de sonho” (MCCRACKEN, 2003, p. 21).

É fundamental, então, reiterar-se, analisar o comportamento dessa sociedade e o que a levou não somente a aceitar o modelo proposto como a estimulá-lo. E esse padrão de conduta da sociedade subverte toda a lógica existente na relação entre mercado e consumidor. Ao enxergar o consumidor como agente principal da mudança das leis de mercado e da ordem econômica do Estado, permite-se definir com mais clareza e precisão a forma que deve se dar o equilíbrio entre a defesa do consumidor e a garantia de livre iniciativa e desenvolvimento de produtos e serviços no mercado.

Dentre os cientistas sociais que passaram a estudar o desenvolvimento dessa sociedade de consumo destaca-se MCCRACKEN (2003), que estimulado pelo pensamento de MCKENDRICK, passa a reconhecer que a “grande transformação”¹³ da sociedade Ocidental não nasce exclusivamente da revolução industrial, mas especialmente da revolução do consumo que tomou lugar na sociedade dos séculos XVI a XVIII:

O consumo moderno foi a causa e a consequência de tantas mudanças sociais que sua emergência marcou nada menos que a transformação do mundo ocidental. Como sugeriu um historiador, o aparecimento da “revolução do consumo” rivaliza apenas com a revolução neolítica no que toca à profundidade com que ambas mudaram a sociedade. (MCCRACKEN, 2003, p. 21).

MCCRACKEN (2003) trabalha com o histórico do surgimento da sociedade de consumo, e afirma que o consumo moderno é um “artefato histórico”¹⁴, esclarecendo que suas características atuais são um reflexo de séculos de mudanças sociais,

¹³ “É uma curiosidade para a sociologia do conhecimento que o papel da revolução do consumo na “grande transformação” tenha sido sistematicamente e por tanto tempo ignorado. É uma curiosidade adicional que este período de negligência pareça ter terminado tão subitamente com o surgimento não de um, mas de vários trabalhos substanciais dedicados a este tópico. Se a causa desta longa negligência não é aparente, suas consequências, entretanto, o são. A história do consumo não tem história, não tem uma comunidade nem tampouco uma tradição acadêmica. É, nas palavras de T.S. Kuhn, “pré-paradigmática”. Ou, talvez seria mais acurado dizer, é “recém-nascida””. (MCCRACKEN, 2003: p. 50).

¹⁴ “Suas características atuais (consumo moderno) são o resultado de vários séculos de profunda mudança social, econômica e cultural no Ocidente. Há controvérsias quanto ao que exatamente tais mudanças são e a precisamente como elas deram lugar aos dias de hoje. Mas o que não pode ser posto em dúvida é que uma investigação das origens e do desenvolvimento do consumo moderno encontra-se agora bem a caminho e que a tarefa ocupa atualmente um crescente segmento da comunidade científica histórica e social”. (MCCRACKEN, 2003: p.21).

econômicas e culturais do Ocidente.

MCCRACKEN (2003) tenta reunir a bibliografia que trata da história do consumo e apresentar uma visão única com enfoque em sua visão acerca das mudanças de consumo presentes na Inglaterra Elizabethana. Para tanto, descreve os quatro elementos que em seu entendimento desencadearam a Revolução de Consumo: (i) a quebra do contrato familiar, (ii) a mudança na natureza da decisão de aquisição de um bem, (iii) a unidade de consumo, e (iv) a natureza atribuída aos bens.

Dentre os Autores consultados por MCCRACKEN destacam-se (i) MCKENDRICK¹⁵, cujo estudo se funda em dois pressupostos centrais: “primeiro, que a revolução do consumo foi uma quebra súbita, uma revolução genuína, e, segundo, que esta revolução tomou lugar no século XVIII” (MCCRACKEN, 2003, p. 24); (ii) WILLIAMS¹⁶; cujo trabalho se divide em dois pontos: inicialmente investigar as origens e os desdobramentos da “revolução do consumo”, para, então, apresentar um “pensamento crítico” sobre a mesma; e, por fim, (iii) MUKERJI¹⁷, para quem o ideário consumista nasceu nos séculos XV e XVI, com o surgimento da imprensa moderna e do algodão, que refletiram diretamente no desenvolvimento de três aspectos do materialismo: consumismo, bens capitais e pensamento materialista.

Do expressivo avanço do consumo no século XVII à massificação do consumo do Século XIX, as escolhas para o consumo passaram a ser individuais e

¹⁵ MCKENDRICK, Neil. “The Consumer Revolution of Eighteenth-Century England” In Neil McKendrick, John Brewer and J. H. Plumb (eds.), *The Birth of a Consumer Society: The Commercialization of Eighteenth Century England*. Bloomington: Indiana University Press, 1982. p. 9-33

¹⁶ *Dream Worlds: Mass Consumption In Late Nineteenth-Century France*. WILLIAMS, Rosalind H. Berkeley: University of California Press, 1982. A Autora trata da revolução do consumo ocorrida na França ao fim do século XIX, quando o comércio varejista atuava com pioneirismo no desenvolvimento da publicidade, transformando Paris em um “plano piloto do consumo de massa” (WILLIAMS apud MCCRACKEN, 2003, p. 26), identificando que a burguesia passara a se comportar sem freios em busca do status por meio justamente desses novos bens e hábitos de consumo, que implicaram diretamente nas mudanças da sociedade ocidental.

¹⁷ *From Graven Images: Patterns of Modern Materialism*. MUKERJI, Chandra. New York: Columbia University Press, 1983. Para a Autora, os consumidores se viram diante de bens que externavam mensagens, e não mais funções. Rodeados por bens carregados de sentido somente apreendidos por quem detivesse conhecimento daqueles significados os consumidores se tornaram necessariamente decodificadores desse novo mundo, o que implicava na alteração, quase que automática, do comportamento social associado, então, cada vez mais ao papel

relacionadas aos significados detidos pelos bens¹⁸, que dão suporte à definição dos próprios indivíduos e do mundo, sempre influenciados pelo Marketing que passou a se desenvolver no mesmo período, pois não bastava atender à demanda existente pelos consumidores, era necessária, sim, a criação de demanda e, portanto, de consumidores¹⁹.

O consumo deixa de ser voltado para a estabilidade familiar e passa a se voltar para o interesse individual e seu posicionamento na sociedade por meio do consumo:

O consumo familiar era um assunto coletivo, empreendido por uma corporação que ultrapassava as gerações. Uma geração comprava bens que representariam e aumentariam a honra das precedentes mesmo se tais bens, por outro lado, funcionassem também como fundadores das bases para os esforços de busca pela honra da geração seguinte. As compras eram feitas pelos vivos, mas a unidade de consumo incluía os mortos e os ainda não nascidos. (...) O nobre elizabetano, levado agora por suas novas ansiedades por status em meio a uma competição social excepcionalmente feroz, começou a gastar mais por si mesmo e menos pela corporação. Esta mudança em seu consumo teve várias conseqüências. Primeiro, ajudou a enfraquecer o contrato recíproco que unia a família. Segundo, transformou a natureza da tomada de decisão. Terceiro, modificou a natureza e a dinâmica da unidade de consumo. Quarto, mudou a natureza dos bens de consumo. Os bens que eram agora comprados em função de demandas imediatas de uma guerra social assumiam qualidades bastante diferentes. Não eram mais construídos com a mesma preocupação com a longevidade. Não eram mais valiosos somente se antigos. Certos bens tornaram-se valiosos não por sua pátina mas por serem novos. (MCCRACKEN, 2003, p. 32-33)

O autor identifica como primeiro momento dessa nova cultura o surgimento do 'boom' de consumo na Inglaterra Elizabethana retratada por MCKENDRICK, para quem a Revolução do consumo se deu na Inglaterra do Séc. XVIII diante da crescente preocupação da nobreza em ostentar os bens de consumo existentes então: vestuários, alimentação e cerâmica. Esse padrão de consumo, nesse

de consumidor. (MCCRACKEN, 2003, p. 40)

¹⁸ “Os consumidores ocupavam agora um mundo preenchido por bens que encarnavam mensagens. Cada vez mais, eram rodeados por objetos carregados de sentido que só podiam ser lidos por aqueles que possuíssem um conhecimento do código-objeto. Assim, os consumidores estavam, por necessidade, se tornando semioticistas em uma nova mídia e mestres em um novo código. Em suma, cada vez mais o comportamento social convertia-se em consumo e o indivíduo era mais e mais subordinado a um papel de consumidor”. (MCCRACKEN, 2003, p. 40).

¹⁹ “Na realidade, é o mesmo sentido da mercadoria. Antigamente bastava ao capital produzir mercadorias, o consumo sendo mera consequência. Hoje é preciso produzir consumidores, é preciso produzir a própria demanda e essa produção é infinitamente mais custosa do que a das mercadorias” (BAUDRILLARD, 1994, p. 26).

momento restrito à nobreza, passa a trazer imediato reflexo para o restante da sociedade.

MCKENDRICK prefacia, então, a ideia de que a mudança nos meios e nos fins produtivos decorreu da mudança prévia nas preferências dos consumidores, sendo, portanto, interesse do autor “documentar o desenvolvimento do aspecto da demanda na revolução industrial, além de iluminar como essa transformação de gostos e preferências contribuiu para a grande transformação” (MCCRACKEN, 2003, p. 23).

Para fundar sua perspectiva reformista, MCKENDRICK indica que antes a sociedade em geral tinha arraigadas ideias de consumo e do próprio mercantilismo sempre com o objetivo de subsistência e amparo familiar. Daí a forte influência da corte em seus cerimoniais teatrais inspirados na Itália Renascentista que buscavam justamente demarcar socialmente a posição daquela família na sociedade, o que passou a estimular uma crescente competição social.

Se essa competição estaria ligada exclusivamente à nobreza de acordo com o histórico exposto por MCKENDRICK, para WILLIAMS o comportamento da nobreza passou a influenciar a burguesia e, conseqüentemente, a própria classe trabalhadora, resultando na massificação do consumo, no desenvolvimento de técnicas de marketing e nas lojas de departamento já observadas na sociedade Francesa do Séc. XIX.

Nesse momento que se observa o início da obsolescência dos bens de maneira mais acelerada e a atuação e influência direta do mercado, e não mais da nobreza, como grandes estímulos para que as massas se comportassem de acordo com as regras do mercado consumista.

Os fatores expostos acima passam a influenciar a natureza e o contexto da atividade de compra realizada pelos consumidores, pois criara-se, então, um círculo vicioso em que os indivíduos e, conseqüentemente, a sociedade, agregavam aos bens cada vez mais significados sociais por meio de mecanismos de transferência de sentido.

O modelo de consumo aristocrático predominante até aquele momento paulatinamente foi substituído por novos estilos de consumo, que WILLIAMS define como: o consumo de massa, o consumo de elite e o consumo democrático, sendo tais decorrentes do “*agrupamento distintivo de estilos de vida interdependentes*” (WILLIAMS apud MCCRACKEN, 2003, p. 45) e que determinam a alteração do modelo de consumo do século XIX. Importante a visão de WILLIAMS de que a busca do consumidor e, portanto, do mercado, seria a “criação de um mundo de sonho”, pois é justamente esse “sonho” que vem determinar a fase seguinte da sociedade de consumo.

Daí a relevância da compreensão do nascimento dessa sociedade de consumo vigente até hoje, pois desde então a massificação do consumo apresentava-se como um movimento coordenado pelo mercado como mero reflexo de um comportamento da nobreza que visava, então, a ostentação dos bens e da posição social ocupada, sendo esse comportamento aspirado pelas demais classes que contribuíram, paulatinamente, para a consolidação do consumo como um fenômeno cultural:

O século XIX assistiu à criação de uma interação permanente entre o consumo e a mudança social. O consumo agora engendrava uma constante mudança social. Esta, por sua vez, engendrava constantes reformas naquele. A relação dialética entre essas duas forças originou um mecanismo que ajudou a conduzir a “grande transformação” através dos séculos XIX e XX. (MCCRACKEN, 2003, p. 49).

O preciso estudo do surgimento da sociedade de consumo por MCCRACKEN permite compreender justamente que a mudança do comportamento dos indivíduos instaurou uma cultura de consumo na sociedade, que instaurou um ciclo de significados culturais, simbólicos e comunicativos relacionados diretamente aos objetos do consumo.

A consolidação dessa sociedade se dá justamente com a possibilidade do mercado dar vazão a esse novo anseio social, decorrendo daí o grande *boom* da sociedade de consumo mediante a massificação da produção, a definição unilateral de preços pelo mercado e o crescimento da figura da adesão para a contratação, fatores que reduziram a ação dos indivíduos e permitiram que o ato de consumir

fosse passivo e sem permitir qualquer questionamento ou negociação.

Portanto, enquanto o movimento dos indivíduos para instauração desta sociedade de consumo tinha um foco a satisfação aos seus anseios pessoais e aos desejos imediatos, o movimento do mercado, agora o detentor dos meios produtivos, estabeleceu-se com a pretensão de se tornar o controlador das relações de consumo, por meio de poderosas ferramentas de sedução e controle do consumo.

Esse movimento culminou no ideal de hiperconsumo trabalhado por LIPOVETSKY (2004) e na ausência de controle pelos indivíduos e pelo Estado sobre as relações de consumo ao longo das primeiras décadas do Século XX, quando se iniciou justamente o movimento para defesa dos consumidores e a sua efetiva tutela pelo Estado.

A ausência de controle dos indivíduos decorre diretamente da subversão da lógica do capitalismo, pois se o natural seria a demanda (e, portanto, o consumidor) determinar a produção e a oferta a lhe ser apresentada, foram exatamente as ferramentas de publicidade que permitiram seduzir os consumidores e coloca-los em uma situação de acomodação.

Portanto, é natural que após essa fase da sedução e desejo retratada por Lipovetsky surgisse, *pari passu*, a sensação de descontrole e dominação diante da postura dos produtores, que se dotam definitivamente do controle do mercado e passam a determinar a produção e o consumo pelos consumidores, que se veem desprotegidos e carentes de tutela pelo Estado.

Não se deve perder de vista que os indivíduos, agora vistos como consumidores, validaram essa nova estrutura e até mesmo estimularam os detentores dos meios de produção a agir de forma voraz e controladora, pois os indivíduos, agora seduzidos, tinham crescente anseio por novidades e deixavam de questionar os fornecedores e a si mesmo se os produtos eram necessários, se atendiam ao propósito a que se apresentavam e, o principal, se eram seguros aos consumidores e suas famílias.

Assim, enquanto a sociedade de consumo iniciava o seu desenvolvimento e a produção não se dava em massa, os interesses de consumidores e produtores pareciam ser equilibrados, especialmente porque a demanda apresentava-se equilibrada com a oferta e o mercado produtor, ainda arcaico, atuava mediante os interesses dos consumidores. Havia, aqui, a harmonia necessária para desenvolvimento do mercado de maneira saudável.

Com o novo modelo evidenciou-se a tendência de desequilíbrio entre os dois polos e foi justamente a partir do reconhecimento da existência de um direito dos consumidores bem como da necessidade de tutela especial pelo Estado que a atuação do mercado se mostrou crescentemente dissociada do reequilíbrio entre os dois partícipes do mercado de consumo. Como se verá, a atuação do mercado foi desmedida por décadas e os grandes grupos visavam quase que exclusivamente atingir lucros cada vez maiores e favorecer os seus próprios interesses.

Especialmente por o Brasil se tratar de um Estado emergente e somente com recente reconhecimento de sua relevância mundial que a visão dessa postura do mercado é extremamente estigmatizada. Os interesses dos grupos que controlam a produção são sempre vistos como maquiavélicos e fundados exclusivamente em interesses próprios. E é exatamente para compreender essa postura que se faz imprescindível avaliar qual a sua origem e, especialmente, identificar se essa característica se agrava diante de um Estado em estágio pouco avançado de desenvolvimento social e urbano como é o caso do Brasil.

1.1.2. A consolidação da sociedade de consumo e do Direito do Consumidor

MCCRACKEN (2004) demonstra que a construção dos significados dos bens tem como base os valores culturais da sociedade. Assim, essencialmente por meio da publicidade e da “moda” esses valores culturais são transferidos aos bens, que por sua vez influenciam o consumidor por meio de rituais de transferência desses significados. Para o Autor é por meio desses rituais, que serão tratados adiante, que os indivíduos passam a reconhecer os valores culturais detidos pelos bens e passam a incorporar esses valores enquanto indivíduos e, posteriormente, como sociedade.

O bem é adquirido na antecipação da compra eventual de um pacote muito maior de bens, atitudes e circunstâncias, do qual é parte integrante. Tais compras são longamente contempladas e imaginadas. Normalmente, elas incluem bens de “alto envolvimento”, como um carro, um relógio, uma peça de roupa, um perfume ou gêneros alimentícios especiais (MCCRACKEN, 2003, p. 144).

Cria-se, desta forma, um círculo vicioso em que o indivíduo sempre aspira uma nova aquisição, que é imediatamente substituída por outra quando a anterior é satisfeita, estabelecendo um “fluxo consumista” fundado na perpétua transferência de significados e desejos entre os objetos.

LIPOVETSKY (2004) retrata com precisão o nascimento desse fluxo e dedica a primeira parte de seu trabalho à identificação do que ele aponta como as “três eras do capitalismo de consumo”: (i) a primeira (da sedução) se inicia nos anos 1880 e termina no final da Segunda Guerra Mundial, (ii) a segunda era (do desejo ou abundância) segue as três décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial; por fim, (iii) a terceira era (experencial) se estende dos anos 1980 até os dias atuais, justamente quando culmina a era do “hiperconsumo”.

O sinal distintivo da primeira era é justamente o surgimento do marketing de massa, quando os mercados locais são suprimidos pelos grandes mercados regionais e nacionais, que se dotam de ampla infraestrutura logística e de divulgação que lhe permitem incrementar não somente a escala de produção como a velocidade de distribuição e expressiva redução de custos.

Há, nesse momento, o nascimento de uma ciência que propõe métodos de produção, distribuição e comunicação que permitem uma “organização científica do trabalho” (Taylorismo). Todos esses fatores se centram na principal ferramenta dos mercados, que agora a exploram ostensivamente, o marketing:

O capitalismo de consumo não nasceu mecanicamente de técnicas industriais capazes de produzir em grandes séries mercadorias padronizadas. Ele é também uma construção cultural e social que requereu a “educação” dos consumidores ao mesmo tempo em que o espírito visionário de empreendedores criativos, a “mão visível dos gestores”. No fundamento da economia de consumo encontra-se uma nova filosofia comercial, uma estratégia em ruptura com as atividades do passado: vender a maior quantidade de produtos com uma fraca margem de ganho de preferência a uma pequena quantidade com uma margem importante. O lucro, não pelo aumento, mas pela baixa do preço de venda. A economia de consumo é

inseparável desta invenção de marketing: a busca do lucro pelo volume e pela prática de preços baixos. Pôr os produtos ao alcance das massas: a era moderna do consumo é condutora de um projeto de democratização do acesso aos bens mercantis. (LIPOVETSKY, 2004, p. 28).

Nessa fase o acesso ao consumo ainda é restrito e o próprio modelo de exploração comercial ainda é primário. Os produtos a granel dão lugar aos produtos padronizados distribuídos em embalagens discretas e marcas ainda sem expressão. A relação do consumidor passa a ser com o produto e não mais com o comerciante, característica central do consumidor moderno, que adquire os produtos sem a obrigatória intervenção do comerciante.

Assim, a escolha do produto, sem o intermediário no momento da compra, se dá pela sedução publicitária, que tem nas lojas de departamento um grande ator no desenvolvimento do comércio de massa, pois não se limitam a oferecer as mercadorias, estimulando diretamente o consumo por meio de estratégias de marketing, que estima o gosto pela novidade e pela moda:

Enquanto os grandes magazines trabalhavam em desculpar o ato de compra, o shopping, o 'olhar vitrines' tornaram-se uma maneira de ocupar o tempo, um estilo de vida das classes médias. A fase I [primeira era do capitalismo de consumo] inventou o **CONSUMO-SEDUÇÃO**, o consumo-distração de que somos herdeiros fiéis. (LIPOVETSKY, 2004, p. 31)

A Era seguinte tem seu início marcado nos anos 1950, identificando-se como “sociedade do desejo e da abundância”. Ela reflete um grande crescimento econômico mundial e o ápice da produtividade dos grandes produtores, elevação dos salários e do poder de compra e a difusão dos sistemas de crédito. Trata-se da Era de Ouro do Capitalismo descrita por HOBSEBORN (Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1994).

A Era de Ouro descrita por Hobsbawn coincide com a Era da Abundância de Lipovetsky, em período da história caracterizado pelo processo de recuperação da economia americana, liderado pelo presidente americano Franklin Roosevelt (1933-1945), em plano elaborado com a pretensão de recuperar a economia norte-americana após a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, uma das mais graves crises econômicas do século XX. O “New Deal” abandonou preceitos característicos

do liberalismo econômico clássico e consolidou o modelo intervencionista em vários setores da economia, como se verá no Capítulo seguinte.

O mercado econômico americano teve, então, forte impulso estatal com o investimento em obras públicas e retomada do pleno emprego, com medidas protecionistas aos trabalhadores e às indústrias americanas, de forma que o estímulo ao consumo foi mera decorrência das medidas anunciadas, propagando-se nesse momento o comportamento denominado como “american way of life” (estilo americano de viver), que influenciou parte das economias europeias e da América Latina, sempre polarizado com a política socialista da União Soviética, que caracterizou a Guerra Fria.

Estabelecia-se, então, uma produção e distribuição em larga escala, que permitiu ainda maiores descontos e o acesso aos produtos por parcelas da população que não detinham qualquer acesso a certos bens de consumo. Ao mesmo passo, se a produção em massa permitia uma maior diversidade de produtos, sua vida útil era muito inferior, não somente como decorrência do barateamento do processo produtivo, como da nova lógica imposta pelo mercado de criar contínua necessidade de aquisição de novos produtos, lógica essa imposta por campanhas de marketing bastante significativas:

Embora de natureza essencialmente fordista, a ordem econômica ordena-se já parcialmente segundo os princípios da sedução, do efêmero, da diferenciação dos mercados: ao marketing de massa típico da fase I sucedem estratégias de segmentação centradas na idade e nos fatores socioculturais. É um ciclo intermediário e híbrido, combinando lógica fordista e lógica-moda, que se instala. (LIPOVETSKY, 2004, p.34).

A publicidade assume de vez papel central nesse novo modelo, fazendo uso eficaz dos meios de comunicação que vinham se desenvolvendo, seja no meio privado, com a comunicação corporativa e a imprensa, seja no meio estatal, onde o Estado cada vez mais dependia das técnicas de propaganda para aumentar sua ascensão sobre os indivíduos.

Assim, se a produção e distribuição se davam em larga escala, da mesma forma precisava ser a publicidade, pois as vendas deveriam se dar em larga escala.

Mais do que isso, se havia se criado uma cultura de consumo decorrente da transferência de significados pela aquisição dos bens, a publicidade se revelava como principal instrumento de atribuição dos significados a esses bens, tornando-os desejados pelos consumidores.

De fato, a publicidade passou de uma comunicação construída em torno do produto e de seus benefícios funcionais a campanhas que difundem valores e uma visão que enfatiza o espetacular, a emoção, o sentido não literal, de todo modo significantes que ultrapassam a realidade objetiva dos produtos. Nos mercados de grande consumo, em que os produtos são fracamente diferenciados, é o “parecer”, a imagem criativa da marca que faz a diferença, seduz e faz vender. (LIPOVETSKY, 2004, p. 46)

Por isso afirma-se que a publicidade assumiu papel central nesse mundo de sedução e desejo, pois permite que os bens de consumo representem de forma eficaz o mundo culturalmente constituído. A publicidade, então, não tem por finalidade precípua a manipulação dos consumidores em si, mas sim a construção dos significados dos produtos e a sua representatividade perante o mercado.

Para BAUMAN (2008) o ato de consumir assumiu um padrão de conduta dos indivíduos, de forma que as relações pessoais são estabelecidas com base no consumo. Exemplo disso é notado no simples ato de presentear, que se transformou em uma manifestação pessoal comandada pelas relações mediadas pelo mercado, sempre fundada na publicidade.

É nesse momento, portanto, essencialmente pela propagação da publicidade em massa, que os mercados se dotam de amplo poder sobre a decisão dos consumidores e passam a influir diretamente em suas vidas. A publicidade permite um controle e influência nunca antes experimentados graças justamente ao estabelecimento prévio dessa cultura de consumo.

Para o direito e especialmente para o presente estudo esse momento é essencial, pois é exatamente quando os produtores passam a dominar o mercado e a impor aos consumidores (somente agora entendidos como sendo toda a população) uma estrutura que lhes favorece de maneira desproporcional.

As publicidades passam exceder seus limites, os produtos passam a oferecer riscos não informados previamente por seus produtores, a própria funcionalidade do produto deixa de atender seu propósito, de forma que esse grupo de consumidores, agora determinado por todos os indivíduos (e não mais um grupo burguês com acesso aos bens de consumo), assume uma posição de extrema fragilidade e necessidade de tutela jurídica e estatal.

Para CALAIS-AULOY (1996, apud SODRÉ, 2009, p.14):

É a partir dos anos 1960, que os consumidores tornam-se, por sua vez, um problema social. Esta época corresponde no entanto, a um desenvolvimento econômico sem precedente, que multiplica os bens e serviços oferecidos aos consumidores. Mas ela corresponde também ao crescimento da estrutura das empresas, à maior complexidade de produtos e serviços, ao desenvolvimento do crédito, da publicidade e do marketing. Por esse fato cresce o desequilíbrio entre os parceiros econômicos: em relação aos consumidores, os profissionais se encontram cada vez mais em posição superior.

Foi exatamente dentro desse contexto que John Fitzgerald Kennedy, então presidente dos Estados Unidos, constatou que “consumidores somos todos nós”, consolidando exatamente a ideia de que a sociedade de consumo consolidara-se de maneira definitiva, e elencou quatro direitos fundamentais dos consumidores, decorrentes exatamente da perda de controle sobre o desenvolvimento do mercado de consumo.

Kennedy, então, foi precursor no mote de buscar a tutela dos consumidores e sua proteção efetiva pelo estado ao clamar a necessidade de garantia de quatro direitos essenciais: (i) **o direito à saúde e à segurança**, de forma que nenhum consumidor pudesse ser exposto a produtos perigosos a sua saúde ou à vida; (ii) **o direito à informação**, que trata intimamente dos dois temas de maior descontrole naquele momento, a publicidade e apresentação do produto; (iii) **o direito à escolha**, aqui se referindo aos recentes monopólios e à necessidade de efetivação das leis antitruste que assegurassem a concorrência e a competição entre os fornecedores; e, por fim, (iv) **o direito a ser ouvido**, esse emblemático considerando-se justamente que a lógica do capitalismo, como já dito, é justamente aquele que pretende ofertar (os produtores) terem a necessidade (sequer dever) de ouvir a demanda.

O domínio do mercado pelos produtores, portanto, alterou não somente o comportamento dos consumidores nessa nova sociedade de consumo movida pelo desejo, como passou a despertar o interesse do Estado, cada vez mais intervencionista, como se verá no capítulo seguinte deste trabalho. Por isso, a postura passiva do consumidor e o crescimento do Estado Social foram essenciais para permitir o desenvolvimento dos direitos dos consumidores.

Retomando o histórico do desenvolvimento da sociedade de consumo a culminar na terceira fase descrita por Lipovetsky é importante notar que se os indivíduos, muito antes de ser possível observar uma cultura de massa, transitaram de uma cultura de consumo para o consumo de significados culturais, o mercado simplesmente atende a tal anseio e, por meio da publicidade, transforma os produtos em elementos comunicativos, agregando-lhes conteúdos simbólicos que permitem ao consumidor vislumbrar semelhança entre o produto e o significado cultural que ele transporta.

A expectativa do consumidor atinge, então, níveis tão altos como os experimentados hoje e o consumidor acaba por assumir uma situação frágil no mercado, decorrendo daí a sua hipossuficiência perante os fornecedores, já que nesse momento ele perde o controle sobre o necessário e o desnecessário e passa a se ater exclusivamente nos significados dos bens e mantém a crescente inércia do ato de consumir.

Nesse sentido BAUDRILLARD, para quem a sociedade de consumo é definida pelo consumo dos signos, onde o produto descola-se definitivamente de seu valor de uso e se associa exclusivamente ao seu significado simbólico:

Chegamos ao ponto em que o “consumo” invade toda a vida, em que todas as actividades se encadeiam do mesmo modo combinatório, em que o canal das satisfações se encontra previamente traçado, hora a hora, em que o “envolvimento” é total, inteiramente climatizado, organizado, culturalizado. (BAUDRILLARD, 1995, p. 19)

Não quer dizer que a nossa sociedade não seja, antes de mais, objectivamente e de modo decisivo, uma sociedade de produção, uma ordem de produção, por consequência, o lugar de estratégia econômica e política. Mas, quer-se também

significar que nela se enreda uma ordem de consumo, que se manifesta como ordem da manipulação dos signos. (BAUDRILLARD, 1995, p.23)

É então que a publicidade não somente se funda na demanda existente para oferecer ao consumidor aquilo que ele deseja como exerce influência sobre essa demanda, criando tendências e sugerindo preferências. LIPOVETSKY, em *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*, afirma nesse sentido:

O consumismo é um processo que funciona à base da sedução: sem qualquer dúvida os indivíduos adotam os objetos, as modas, as fórmulas de lazer elaboradas por organizações especializadas, porém de acordo com suas conveniências, aceitando isto e não aquilo, combinando livremente os elementos programados. (LIPOVETSKY, 2005, p. 84-85).

E essa adoção ocorre em “feixes de objetos”, já que o que se vende agora não são mais os produtos em si, mas sim o próprio desejo em consumir. Portanto, os significados se associam entre si e o consumidor passa a desejar o consumo e os benefícios que aquele consumo, enquanto significado, trarão a ele, abandonando de vez a funcionalidade existente:

A montra, o anúncio publicitário, a firma produtora e a marca, que desempenha aqui papel essencial, impõem a visão coerente, colectiva, de uma espécie de totalidade quase indissociável, de cadeia que deixa aparecer como série organizada de objectos simples e se manifesta como encadeamento de significantes, na medida em que se significam um ao outro como superobjecto mais complexo e arrastando o consumidor para uma série de motivações mais complexas. (BAUDRILLARD, 1995, p. 17)

Uma ressalva é fundamental: novamente na obra *Felicidade Paradoxal* LIPOVETSKY aponta que o consumidor não é facilmente manipulável e, portanto, passivo. A bem da verdade “o *homo consumericus* continua a ser um ator, um sujeito cujos gostos e interesses, valores e predisposições filtram as mensagens a que está exposto” (2004: p. 177), e conclui que “a publicidade propõe, o consumidor dispõe: ela tem poderes, mas não tem todos os poderes”.

A publicidade tenta, então, associar o projeto de vida desse *homo consumericus* aos valores que os produtos transmitirão, construindo lentamente a ideia de que o consumo, independentemente de qual produto seja, levará à felicidade. Assim, a aquisição de bens de consumo passa a ser intimamente ligada

aos ideais de felicidade e liberdade, onde se substitui “a coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pelo dispêndio, a solenidade pelo humor, o recalque pela liberação, as promessas do futuro pelo presente” (LIPOVETSKY, 2004, p. 35).

É justamente em função da associação do consumo à felicidade que os indivíduos assumem o comportamento inercial acima mencionado, pois o consumo serve como parâmetro emocional que delimitará o humor e os anseios dos indivíduos. A possibilidade de consumir mais e melhor será sempre associada ao sucesso e gera um círculo vicioso que estimula cada vez mais o consumismo.

LIPOVETSKY conclui, então, que não é possível, nesse mundo, saturar os desejos criados diante da imediata substituição daqueles já atingidos por novos maiores e mais difíceis de serem atingidos. Nesse momento, em que a representatividade do objeto tem maior significado do que sua própria função os indivíduos passam a se preocupar com o prazer e a experiência que aquele consumo lhe gera:

Viver melhor, gozar os prazeres da vida, não se privar, dispor do “supérfluo” apareceram cada vez mais como comportamentos legítimos, finalidades em si. O culto do bem-estar de massa celebrado pela fase II começou a minar a lógica dos dispêndios com vista à consideração social, a promover um modelo de consumo de tipo individualista. (LIPOVETSKY, 2004, p. 40)

E é justamente no momento em que a funcionalidade dos bens não é mais relevante para o consumo e os indivíduos já assimilaram a nova lógica consumista que torna os bens obsoletos rapidamente e estimula o consumo desenfreado que se inicia a terceira era do capitalismo de consumo, denomina por Lipovetsky (2004, p. 41) da era do hiperconsumo, quando a comercialização das necessidades deriva de uma “lógica desinstitucionalizada, subjetiva, emocional”.

Esse hiperconsumo é caracterizado pela incessante busca da satisfação emocional e do prazer oferecidos, que muitas vezes se sobressaem em relação à necessidade de reafirmação da posição social no momento da decisão da compra:

Os bens mercantis funcionavam tendencialmente como símbolos de status, agora eles aparecem cada vez mais como serviços à pessoa. Das coisas, esperamos menos que nos classifiquem em relação aos outros e mais que nos permitam ser independentes e mais móveis, sentir sensações, viver experiências, melhorar nossa qualidade de vida, conservar juventude e saúde (LIPOVETSKY, 2004, p. 42).

Nota-se que há uma clara alteração na motivação para o consumo, pois enquanto antes a motivação era associada ao status social que o consumo propiciaria, agora aquele bem é essencial para que os indivíduos possam reafirmar sua felicidade. O moto nesse momento é a busca daquilo que se entende por felicidade ilimitada, sendo tal felicidade aquela propagada nas campanhas publicitárias que vendem as experiências e os sentidos, não mais os produtos:

Passa-se para o universo do hiperconsumo quando o gosto pela mudança se difunde universalmente, quando o desejo de “moda” se espalha além da esfera indumentária, quando a paixão pela renovação ganha uma espécie de autonomia, relegando ao segundo plano as lutas de concorrência pelo status, as rivalidades miméticas e outras febres conformistas. Diferentemente do consumo à moda antiga, que tornava visível a identidade econômica e social das pessoas, os atos de compra em nossas sociedades traduzem antes de tudo diferenças de idade, gostos particulares, a identidade cultural e singular dos atores, ainda que através dos produtos mais banalizados. Revelo, ao menos parcialmente, quem eu sou, como indivíduo singular, pelo que compro, pelos objetos que povoam meu universo pessoal e familiar, pelos signos que combino “a minha maneira”. Numa época em que as tradições, a religião, a política são menos produtoras de identidade central, o consumo encarrega-se cada vez melhor de uma nova função identitária (LIPOVETSKY, 2004, p. 44).

Reafirmando a citação feita acima (BAUDRILLARD, 1995, p. 17) os significados detidos pelos produtos passam a permitir que o consumo ofereça uma experiência transmitida exclusivamente pelos objetos que traduzam significados similares.

E mais uma vez a atuação publicitária situa-se no centro da mudança do enfoque do consumo pelos indivíduos, pois se antes a pretensão era agregar valores culturais aos produtos, nesse novo contexto a atuação publicitária se volta diretamente à demonstração do prazer e da emoção geradas pelo consumo. Nesse momento o controle pelos indivíduos se perdeu integralmente e o mercado é dominado e comandado pelos produtores, que deliberam livremente sobre os rumos do consumo e sobre os produtos que os consumidores verão em suas casas.

Mais do que a perda do controle, é essencial compreender que o consumo se torna um elemento da vida social e representa um dos principais meios de interação entre os indivíduos e a sociedade. A vida em sociedade se torna uma vida para o consumo, que no mundo ocidental está presente em todos os momentos da vida dos indivíduos. Essa mudança na estrutura da vida das pessoas implica na quase impossibilidade de vislumbrar uma vida sem consumo e o afastamento de certos produtos que agora são vistos como presentes na própria essência da vida dos indivíduos.

Portanto, não basta buscar a ruptura da cultura de consumo, pois a estrutura da própria sociedade estabeleceu que a busca da felicidade se dará pelas experiências que somente poderão ser realizadas por meio do consumo. Há o estímulo, a sedução publicitária e o estabelecimento de um processo ininterrupto de criação e satisfação de desejos:

A vida do consumidor, a vida de consumo, não se refere à aquisição e posse. Refere-se, em vez disso, principalmente acima de tudo, a estar em movimento. Se Max Weber estava certo e o princípio ético da vida produtiva era (e sempre precisou ser se o propósito era uma vida produtiva) o atraso da satisfação, então a orientação ética da vida de consumo (se é que a ética desse tipo de vida pode ser apresentada na forma de um código de comportamento prescrito) tem de ser evitar estar satisfeito. O que se aplica à sociedade de consumidores também se aplica a seus membros individuais. (BAUMAN, 2008, p. 125)

Assim, a prioridade dos indivíduos se torna a satisfação aos seus interesses infinitos, estimulados justamente pelos produtores que pretendem dar vazão aos seus bens e resignificar constantemente a sua representatividade. Por isso Hobsbawn (1995, p. 328) aponta que a revolução cultural do final do século XX, proveniente dessa sociedade de consumo, deve ser vista como o triunfo do indivíduo sobre a sociedade:

“Essas texturas consistiam não apenas nas relações de fato entre seres humanos e suas formas de organização, mas também nos modelos gerais dessas relações e os padrões esperados de comportamento das pessoas umas com as outras (...). Daí a insegurança muitas vezes traumática quando velhas convenções de comportamento eram derrubadas ou perdiam sua justificação; ou a incompreensão entre os que sentiam essa perda e aqueles que eram jovens demais para ter conhecido qualquer coisa além da sociedade anômica”.

Para BAUMAN esse indivíduo se resume à sua condição de consumidor perante a sociedade, e seu papel limita-se ao estímulo e aceitação do padrão imposto. Esse consumidor, então:

“[...] avalia – recompensa e penaliza – seus membros segundo a prontidão e adequação da resposta deles à interpelação. A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Numa sociedade de consumidores, todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação). Nessa sociedade, o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção”. (BAUMAN, 2008, p.71)

LIPOVETSKY aponta uma perspectiva mais otimista, em que o consumidor, a partir da terceira fase, experiencial, busca equilibrar a qualidade de sua vida com o consumismo, dando azo, então, ao consumo consciente tão propalado atualmente:

“Na fase III, comprar não funciona mais sem saber, sem recuo informado, sem reflexão ‘científica’. Fim da época da mercadoria despreocupada e inocente: eis-nos no estágio reflexivo do consumo erigido em problema, objeto de dúvida e de interrogação” (LIPOVETSKY, 2004, p. 138).

A preocupação com o consumo adequado é potencializado novamente pelas ferramentas de publicidade, que se dotam dessa nova perspectiva antecipando a tendência de um consumo que atente para o meio ambiente e para a sociedade. A pretensão dos fornecedores é novamente assumir o controle desse novo modelo, pois o consumidor consciente deixa de ser um sujeito passivo, suscetível à influência publicitária e passa a assumir o controle novamente da lógica do mercado. Essa nova, liberdade, contudo, alerta LIPOVETSKY, “é inseparável da inflação ou da excrecência publicitária, do mundo como marca e como representação: ela coincide com o desaparecimento dos espaços desprovidos de signos comerciais”.

Diminui-se, com isso, a perspectiva de retomada, pelos consumidores, do controle do mercado, de que forma que o progresso e o desenvolvimento são pretendidos não somente pelos produtores, que vislumbram lucro e rentabilidade maior para suas empresas, como também pelos próprios consumidores, que alimentam o desejo de uma vida melhor e permeada pela felicidade que é proporcionada pelos bens de consumo e seus significados.

Em conclusão preliminar a este tópico, essencial para o desenvolvimento do presente estudo, as fases de desenvolvimento e consolidação da sociedade de consumo demonstram que o controle do mercado foi passando lentamente às mãos dos produtores, que viram nas ferramentas de publicidade o melhor instrumento de controle possível para a circunstância.

Assim, os ideais da sociedade de consumo se desenvolvem ao longo de mais de dois séculos até culminarem na sua consolidação, que é associada à Revolução Industrial e ao crescimento dos métodos científicos de produção que permitem a redução dos custos produtivos e conseqüentemente a redução do custo dos produtos, aumentando o alcance junto ao mercado.

A criação e expansão do crédito aos consumidores associado às agressivas táticas publicitárias fez com que os consumidores aceitassem a submissão às regras dos fornecedores, o que evidenciou uma postura passiva e que gerou risco aos próprios consumidores. Somando-se a isso os abusos cometidos pelos fornecedores surgiu a necessidade de pronta intervenção estatal nas relações econômicas e na evolução do reconhecimento do consumidor como figura jurídica carente de tutela especial pelo Estado.

Verifica-se que em todos os momentos da evolução dessa sociedade de consumo o princípio fundamental que regia a atuação de consumidores e fornecedores era a harmonização dos interesses de cada um deles. O fato dos fornecedores se anteciparem às tendências para manter o controle desse mercado não significa que sua atuação está voltada sempre exclusivamente à proteção dos seus interesses.

Como se demonstrou acima, ao contrário disso, apesar da publicidade exercer inegável influência sobre o padrão de consumo e ainda que se observem momentos de absoluta má-fé e lesão em massa causada por fornecedores aos consumidores, não é esse o mote de parte a parte. Há consciência e até mesmo um senso de sobrevivência do próprio mercado de que jamais haverá uma postura absolutamente passiva e submissa de uma ou outra parte, o que permite adotar o

entendimento de que a sociedade de consumo é, essencialmente, aquela que busca satisfazer os interesses dos indivíduos, que ao longo de séculos validaram o modelo social da vida para o consumo.

A quebra desse modelo ou sua adaptação como já ocorre em diversas frentes hoje será necessariamente amparada nas capacidades do mercado produtivo, na nova tentativa de sedução dos consumidores para que o modelo pretendido seja adotado e o resultado final será indubitavelmente reflexo do equilíbrio entre os interesses dos envolvidos. Do contrário, se houver interesse na imposição de um interesse sobre o outro, o resultado será o da ruptura do próprio sistema, pois este não terá nenhuma sustentação.

Daí a compreensão já antecipada na introdução desse trabalho de que a harmonização entre os interesses dos partícipes do mercado e da ordem econômica constitucional que será tratada adiante são mera decorrência lógica do histórico dessa sociedade de consumo e a previsão constitucional (art. 170) e legal (art. 4, III, do CDC) são regras de harmonização necessárias para a sobrevivência do próprio sistema.

Não obstante o detalhamento do desenvolvimento da sociedade de consumo a induzir nas conclusões prévias expostas acima, passa-se no tópico seguinte a demonstrar de que forma esse desenvolvimento refletiu na sociedade brasileira e quais foram as consequências para desenvolvimento da estrutura legal de defesa do consumidor hoje existente e que dá amparo justamente ao modelo de equilíbrio e harmonização tratado neste estudo.

1.1.3. Sociedade de consumo brasileira e o surgimento do Código de Defesa do Consumidor no Brasil

Apesar do nascimento e desenvolvimento da sociedade de consumo terem se dado na Europa enquanto o Brasil vivia resquícios de sua era colonial, os reflexos desse modelo logo se verificaram em nossa sociedade, especialmente considerando-se o rápido processo de industrialização do Brasil e a crescente urbanização verificada no início do Século XX.

É exatamente em decorrência dessa urbanização que a análise da sociedade de consumo nacional somente ganhou relevância no Brasil na segunda metade do século XX, quando políticas desenvolvimentistas passaram a ser tratadas como prioridade pelo Estado e a sociedade se viu diante da necessidade de regulamentar a atuação do mercado no país.

Apesar de algumas semelhanças sociais com os países tratados no Capítulo anterior (essencialmente França, Inglaterra e Estados Unidos), especificamente em relação ao fato de haver uma grande massa da população essencialmente rural e onde a classe então dominante passou a apresentar os hábitos de consumo no primeiro momento, a grande diferença é que, enquanto na sociedade europeia dos Séculos XVII e XVIII se estava diante do surgimento de um novo modelo de sociedade, o Brasil experimentou justamente os efeitos de um modelo que já vinha se consolidando.

Não somente a Revolução Industrial e a massificação da produção eram uma realidade, mas também os métodos produtivos, de distribuição e armazenagem não eram mais rudimentares como então e permitiam o consumo em massa com maior qualidade e organização. A sociedade brasileira, portanto, vivenciou em curto período de tempo o reflexo de um sistema que se organizou ao longo de dois séculos, tendo desenvolvido somente algumas peculiaridades inerentes à sua estrutura social.

Assim, tratar da origem da concepção de consumidor e das legislações que amparam esta figura jurídica no Brasil é um passo fundamental para compreender a necessidade de existência de um sistema harmônico, tal qual o preconizado pela nossa ordem econômica constitucional e conforme positivado em nosso CDC.

No Brasil, até 1940 a população brasileira era predominantemente rural quando atingia, até então, 70% da população nos campos, segundo dados do IBGE. Logo, se havia predominância da sociedade rural, não havia o efetivo desenvolvimento de uma sociedade de consumo, o que afastava a necessidade do

reconhecimento do cidadão-consumidor, como indivíduo a ter seus direitos tutelados pelo sistema legal então vigente.

Assim, o ordenamento tinha por objetivo a mera regulamentação da sociedade e a própria estruturação do Estado e dos Serviços Públicos. Somente em meados da década de 50 o processo de industrialização se intensificou e a sociedade brasileira viu os reflexos do padrão de consumo e estruturação da sociedade de consumo na Europa e Estados Unidos da América, que tinha na política capitalista um forte modelo de inspiração aos países em desenvolvimento. A vinda de fornecedores ao país em busca de novas frentes de “sedução” iniciou o processo de estabilização da sociedade de consumo no país, com o agravante de ocorrer em um país com graves carências sociais.

Conclusão que se obtém nesse ponto é que o desenvolvimento da sociedade de consumo no Brasil decorreu mais da transferência de valores sociais do que da própria construção da relação fornecedor e consumidor surgida nos séculos XVII a XIX na Europa. No Brasil as relações de consumo já surgem como fator cultural inerente ao desenvolvimento do país e o grande passo social a ensejar na inclusão do País nesse modelo já vigente no restante do mundo ocidental então desenvolvido era a aceleração do processo de industrialização e, conseqüentemente, de urbanização do Brasil.

MARCELO GOMES SODRÉ²⁰ afirma que *“tudo isto ocorreu dentro de um sistema capitalista que tende a aumentar as desigualdades sociais com o passar dos tempos”*, sendo *“neste contexto que surge um movimento social com o objetivo de proteger os consumidores e o direito vai ser um dos instrumentos utilizados para este fim”*.

Em seu livro **A Construção do Direito do Consumidor: Um Estudo sobre as Origens das Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor** SODRÉ trata com precisão desse processo de crescimento populacional associado à urbanização

²⁰ **A Construção do Direito do Consumidor: Um Estudo sobre as Origens das Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 21.

nos países de terceiro mundo a culminar no “nascimento do movimento de defesa do consumidor” (SODRÉ, 2009. p. 22).

Note-se que o consumidor, figura nova na sociedade brasileira, nasce claramente como parte mais frágil na relação de consumo, pois o molde formado nos países precursores do capitalismo veio pronto e sem qualquer possibilidade de adaptação à realidade brasileira. Assim, se as relações de consumo careciam de disciplina, no Brasil as próprias atividades comercial e industrial exigiam mudanças radicais na legislação, uma vez que os dispositivos legais existentes então eram frágeis e obsoletos aos conflitos da época.

Por esta razão, mostrou-se essencial o aprimoramento das leis e a criação de sistemas minimamente coerentes, com tipos penais muito mais específicos. O pós-guerra, ao final da década de 40 e início da década de 50 inundaram o mercado mundial de novas técnicas de produção, armazenagem e distribuição que ampliaram sobremaneira o acesso ao consumo em escala. E é justamente essa mudança que gera a obrigatoriedade de uma eficaz regulamentação:

“A história do direito do consumidor está associada diretamente ao surgimento dos mercados de consumo de massa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que houve uma expansão no consumo de bens duráveis jamais vista na história do capitalismo. Especialmente neste período viu-se desenvolver de maneira bastante generalizada entre as economias capitalistas mundiais a ‘Sociedade de Consumo’ nos padrões pioneiramente estabelecidos nos Estados Unidos e rapidamente acompanhada pelas demais economias capitalistas avançadas. É próprio, pois, afirmar que a atividade de consumo de massa compõe o ambiente no interior do qual irá se desenvolver o direito do consumidor” (MACEDO Jr. Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo, Max Limonad, 1998).

E foi exatamente a partir daí, pós Segunda Guerra, que as constituições e demais legislação passaram a se preocupar com a figura do consumidor e necessidade de sua tutela. Assim, levando-se em conta a redemocratização do Brasil e todos os aspectos históricos e sociais da época, em 1946 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, sendo que uma das principais novidades foi a atribuição da União para legislar sobre “produção e consumo” (artigo 5º, XV, c). O raciocínio que se extrai desta determinação legal é a consciência do legislador quanto à necessidade de legislar sobre produção e consumo.

Nos anos seguintes, algumas leis foram criadas em decorrência do crescimento da Indústria Farmacêutica, dentre elas o Decreto nº 20.397/46, que regulamentou a atividade e foram criadas a Lei 1.283/50, que tornou obrigatória a inspeção de produtos de origem animal, a Lei 1920/53, que criou o Ministério da Saúde e a Lei 2312/50, que foi um marco na proteção e saúde do consumidor, criando a Vigilância Sanitária (SODRÉ, 2007. P. 107-108).

Para NEWTON DE LUCCA (2008, p. 47) são três as fases de evolução da proteção do consumidor, sendo que:

“Na primeira delas, ocorrida após a 2ª Grande Guerra, de caráter incipiente, na qual ainda não se distinguiam os interesses dos fornecedores e consumidores, havendo apenas uma preocupação com o preço, a informação e a rotulação adequada dos produtos”.

No início da década de 60, ocorreu uma mudança no tipo de produção legislativa em defesa do consumidor, quando o enfoque penal perdeu força e deu lugar à legislação administrativa (SODRÉ, 2007. p. 110), pois a produção industrial, como já afirmado, crescera assustadoramente e passou a exigir uma maior intervenção do Estado na economia. Com isso, o aparato legislativo voltou-se à regulamentação administrativa das atividades e imposição de sanções administrativas àqueles que não se adequassem ao modelo produtivo proposta pelo Estado. Impossível dissociar essa nova fase do momento desenvolvimentista nacional, majorado pelos governos militares.

Em outras palavras, deixou-se de lado a punição penal para olvidar esforços na fiscalização (“poder de polícia”), que é uma forma do Estado intervir no domínio econômico. Para tanto, foram criados alguns “Sistemas Nacionais” que posteriormente teriam relação com o tema do consumidor, quais sejam: Sistema Nacional de Saúde, “Sistema Nacional da Livre Concorrência” e “Sistema Nacional de Metrologia”, dentre outros (SODRÉ, 2007. p. 111).

A criação dos sistemas era um prenúncio do caráter de gestão e prestacional que o Estado viria a assumir algumas décadas depois, como se demonstrará abaixo

no Capítulo seguinte sobre o intervencionismo estatal e o dever de criação e implementação de Políticas Públicas, não somente visando a efetivação do garantismo aos direitos individuais, mas também como instrumento de intervenção direta do Estado sobre o domínio econômico.

O mercado de consumo nacional, nesse momento, apresentava absoluto descontrole em relação à segurança de produtos, limitações publicitárias, controle de crédito, práticas comerciais e dirigismo contratual. Apesar de um aparente intervencionismo estatal na ordem econômica a realidade vigente era de absoluto liberalismo e confiança sobre os fornecedores existentes.

Importante notar que apesar da crescente influência do modelo de consumo americano no país, o Brasil ainda detinha níveis de pobreza extrema e grande parte da população sequer estava inserida no mercado de consumo. Ao contrário do processo observado nos países de cultura capitalista desenvolvida o processo de urbanização não foi acompanhado da necessária inserção dos indivíduos no mercado de consumo. O crescimento populacional das metrópoles brasileiras ocorreu de maneira extremamente desordenada agravando ainda mais o cenário de desigualdade social e pobreza.

Portanto, apesar de urbana, a sociedade de consumo brasileira não tinha toda a sua população inserida nesse contexto, sendo que o mote de vida dessa camada era justamente a possibilidade de inserção no mundo de sonho retratado por WILLIAMS (MCCRACKEN, 2003, p. 21) e descrito por LIPOVETSKY como sendo a fase do desejo e da abundância.

Se no desenvolvimento da sociedade de consumo a fase do desejo surgiu e tomou corpo com um consumidor bem remunerado e com condições financeiras de dar azo aos seus anseios, no Brasil esse momento se deu com grande parte da população sem qualquer condição de integrar tal mercado. A situação é crítica se observarmos uma produção publicitária fortemente amparada nas técnicas desenvolvidas pelos produtores e divulgada a um público sem condições de atendê-la.

Esse cenário, alimentado ao longo das décadas de 50 a 70 resultou em um caótico cenário no mercado de consumo nacional, que exatamente na década de 70 observava consumidores superendividados, produtos com qualidade inaceitável, produção publicitária absolutamente desregulada e atuação dos fornecedores que privilegiava visivelmente a exploração dos consumidores sem qualquer responsabilidade social. Não havia qualquer compromisso desses fornecedores com a formação de uma sociedade de consumo estruturada como a existente nos demais países desenvolvidos, e isso distinguia de maneira clara as estruturas existentes no Brasil, nos países em desenvolvimento e nos países de economia capitalista consolidada.

É possível afirmar, portanto, que desde a década de 50 até o presente momento o mercado brasileiro tem seus consumidores vivenciando as três fases do desenvolvimento da sociedade de consumo descritas por LIPOVETSKY, com clara pretensão do mercado em agir dessa forma para dar vazão aos desejos reprimidos por décadas por uma população carente de atenção e inclusão.

Pois bem, retomando ao desenvolvimento da legislação consumerista, é a partir da década de 60, essencialmente com o surgimento da inflação, que a legislação referente à *“intervenção no domínio econômico”* ganhou força, mediante a criação da SUNAB – Superintendência nacional de Abastecimento, que visava assegurar a necessidade de *“livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”*.

Ainda nessa seara, a livre concorrência ganhou atenção mediante a criação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão responsável pelo controle da concorrência (Lei 4.137/62), enquanto no tocante ao tema de pesos e medidas (Metrologia legal), foi estruturado, em 1967, o Sistema Nacional de Metrologia, que permanece até hoje e engloba o Conmetro e Inmetro, responsáveis pela criação de normas e fiscalização, tendo sido, somente em 2009, como se verá adiante, integrado ao SNDC.

Portanto, observa-se que foram mais de três décadas sem uma expressiva produção legislativa ou atenção governamental para equilibrar o mercado de

consumo. Ora, se o desenvolvimento da sociedade de consumo nos países que ampararam seu surgimento se deu com certo equilíbrio de forças e com a tomada de decisões conscientes dos indivíduos sobre sua submissão aos impérios dos fornecedores, no Brasil isso não ocorreu sequer remotamente.

Além da brevidade da transformação da sociedade brasileira de uma sociedade essencialmente rural para uma sociedade de consumo, não se pode esquecer que a inclusão da população no mercado de consumo brasileiro não se consolidou até o presente momento – segunda década do século XXI.

Portanto, se há uma conclusão firme de que o desenvolvimento da sociedade de consumo se deu de maneira firme no que tange o equilíbrio entre fornecedores e consumidores, que conseguiram harmonizar seus anseios ao longo dos Séculos em que isso ocorreu, esse pensamento é absolutamente inaplicável ao cenário brasileiro, em que houve uma desequilibrada e voraz tomada da ordem econômica pelos grandes grupos econômicos, que tiveram sua atuação amparada pelos mesmos ideais colonialistas dos séculos XV e XVI. Ao descrever o que, para ele, seria a segunda fase da evolução do direito do consumidor no Brasil, DE LUCCA (2008. p. 48) aponta o menoscabo com que os consumidores eram tratados pelas grandes corporações.

O objetivo da atuação de grande parte das empresas nacionais e estrangeiras no Brasil ao longo das décadas de 50 a 90 foi assegurar a exploração desse mercado de forma a esgotá-lo, e não estrutura-lo. Não havia compromisso com o Brasil e o desenvolvimento sustentável de seu mercado, e isso fundamentalmente pela inexistência de um mercado real de massa, de um grande potencial de consumo e de uma economia estruturada.

Portanto, falar-se em real e sustentável desenvolvimento de sociedade de consumo no Brasil não era possível até meados da década de 80, pois a aspiração ao consumo e a perspectiva de instituição de um ciclo de desenvolvimento individual ininterrupto aos indivíduos era restrito a uma pequena parte da população, impondo-se ao restante dela uma lógica de exploração absolutamente dissociada da lógica da

sociedade de consumo descrita por LIPOVETSKY, MCCRACKEN, BAUDRILLARD, dentre os demais autores citados no capítulo anterior.

Esse ciclo se interrompe em meados da década de 80 até o início da década de 90, quando o ordenamento jurídico, formado com base na Constituição Federal aprovada em 1988, permite a necessária guinada para efetivação dos direitos individuais dos cidadãos, criando-se a perspectiva de consolidação de uma adequada sociedade de consumo no Brasil.

Ao longo de quatro décadas de prioridade ao crescimento do país e controle sobre a ordem econômica, o país ingressou na década de oitenta sofrendo grave desamparo social e não se enxergava que o desequilíbrio crescente nas relações de consumo poderia gerar um colapso prejudicial para o próprio mercado e aos fornecedores. Isso porque os hábitos e os costumes dos países ocidentais foram maciçamente influenciados pelas leis do mercado, resultando na estruturação de um consumidor passivo e inerte. Essa inércia se sobressaiu em Estados em desenvolvimento como é caso do Brasil, que não adequou seu ordenamento jurídico ao necessário equilíbrio dessas regras de mercado com os interesses dos indivíduos.

É exatamente em função do exposto nos parágrafos anteriores que se afirmou no início deste trabalho que as consolidações sociais e legais ocorridas ao final da década de 80 permitiram a consolidação do Brasil como um Estado Democrático de Direito, pois até então a sociedade não via refletida em seu ordenamento jurídico e na atuação do Estado a sua pretensão de estruturação social.

Era necessária a ruptura dos modelos político, econômico e social existentes para que a atuação do Estado se efetivasse para a realidade então vigente, e foi, ao menos em parte, isso o que ocorreu.

O movimento de defesa do consumidor no Brasil teve influência diretamente das conquistas obtidas no âmbito internacional. A Comissão de Direitos Humanos da ONU realizada em Genebra em 1973 reconheceu por meio da Resolução 3.150 os

direitos do consumidor como fundamentais e reafirmou o direito do consumidor como direito humano de nova geração, direito social econômico, amparando de maneira eficaz e adequada a igualdade material perante os fornecedores.

A Assembléia Geral da ONU, na mesma esteira, editou a resolução nº 39/248 de 10/04/1985 que trata da proteção ao consumidor, e positiva o princípio da vulnerabilidade, ponto essencial para o desenvolvimento da legislação de direito do consumidor nos países em desenvolvimento como o Brasil.

A importância da atuação da ONU nessa frente em países em desenvolvimento é maior, pois os sistemas legais de países desenvolvidos não prescindiam de uma legislação especial para assegurar a igualdade material do consumidor frente aos fornecedores. Sistemas legais como o germânico, o francês e o anglo-saxão já privilegiavam, desde o surgimento de suas legislações civis, o equilíbrio de relações e a prevalência do equilíbrio da ordem econômica sobre os interesses individuais e até mesmo alguns coletivos.

A boa-fé objetiva, trazida ao ordenamento jurídico pátrio somente na década de 90 já era a base legal, por exemplo, do BGB Alemão (1900) e do Código Italiano (1942). Assim, não obstante o crescimento e consolidação da sociedade de consumo nesses países tenha se dado de maneira equilibrada e diante de boas condições econômicas e sociais, o ordenamento jurídico era estruturado para suportar essa mudança no paradigma social e econômico.

ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO²¹ afirma que o princípio da boa-fé “*assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito*”, reforçando que os sistemas legais fundados na boa-fé objetiva tencionam a ação dos tutelados a agirem de acordo com a Lei, gerando maior equilíbrio e segurança jurídica nas relações. Portanto, enquanto os países desenvolvidos estruturavam suas sociedades em um sistema legal que privilegiava o equilíbrio entre os setores da economia e seus próprios cidadãos, o Brasil caminhava para um perigoso caminho

²¹ **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 26.

de proteção a setores de dominação econômica, o que fortaleceu a origem de colônia do país e reforçou a desigualdade social.

No Brasil, como visto, a estrutura era ínfima e a sociedade extremamente frágil, de forma que as diretrizes da ONU constituíam um modelo eficaz de proteção e ditava de maneira clara quais áreas prescindiam de atuação dos Estados para assegurar proteção ao consumidor, dentre as quais se destacam: (i) proteção diante de riscos para sua saúde e segurança, (ii) promoção e proteção dos interesses econômicos, (iii) acesso a informação adequada e correta, (iv) educação do consumidor, (v) assegurar a reparação de danos, (vi) liberdade associação para formação de organizações de consumidores.

Essencialmente se observa um desmembramento dos direitos já defendidos por Kennedy em seu discurso de 62, mas efetivamente constituía-se, nesse momento, uma base material para efetivar o direito dos consumidores lesados por sistemas jurídicos ineficazes. As diretrizes forneceram fundamental subsídio àqueles países em desenvolvimento ajudando-os a estruturar suas políticas de proteção ao consumidor.

No Brasil, em paralelo ao movimento internacional, órgãos públicos estaduais – dentre eles o PROCON, em 1976 – e municipais, foram criados para permitir a tutela desse grupo que se aproximava do colapso. Esse movimento, contudo, se deu sem qualquer coordenação no âmbito nacional, com esses órgãos atuando de forma bastante precária e sem qualquer respaldo prático governamental. Embora isso demonstrasse um avanço, ainda estava muito longe do ideal, pois faltavam instrumentos legislativos para garantir a eficácia destas entidades.

De qualquer forma, a criação dos PROCONs facilitou a reunião de pensadores do direito do consumidor e operadores do direito que já vinham se ocupando com a criação de uma legislação protetiva aos consumidores em contraposição à legislação civil que refletiu na marginalização desse representativo grupo social. Assim, já no ano de 1985, sob influência desses pensadores, duas legislações inovadoras foram criadas, dando início a uma nova etapa: a Lei

7.347/85, que regula as ações civis públicas e o Decreto 91.469/85, que criou o CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

A Lei 7.347/85, aliás, ao disciplinar os danos causados ao meio ambiente e aos consumidores, dentre outros, admitiu, pela primeira vez, a existência dos direitos difusos, permitindo que grupos organizados tivessem a possibilidade de intervir judicialmente nas questões coletivas, o que gerou a imediata criação de grupos de consumidores em busca da tutela de seus interesses.

Enquanto isso, o Decreto 71.469/85, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, instituiu um dos órgãos de maior importância no cenário nacional. De forma inédita, o governo federal possibilitou que fosse formulada (mas não implementou) uma política nacional de defesa do consumidor, agrupando, num único espaço, os fornecedores, consumidores e órgãos públicos.

Para se ter uma ideia da importância deste órgão, basta verificar que foi através dele que nasceu a proposta legislativa que criou, anos mais tarde, o Código de Defesa do Consumidor. Daí infere-se que as leis surgidas neste interregno representam o espírito legislativo da assembléia constituinte, que disciplinou no artigo 3, I, da Constituição Federal que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “*a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Eros Roberto Grau, em sua obra que enfrenta a Ordem Econômica de acordo com a Constituição, trata com precisão dos propósitos apresentados pela nova Constituição:

sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignando no art. 3º, I, é titular – ou co-titular, ao menos, paralelamente ao indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social (...). Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – interpretação dinâmica. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º - e isso se

impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, não de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade. (GRAU, 2008: p. 216).

O doutrinador estabelece a relação direta entre a Constituição e a necessidade da população, carente de tutela pelos seus direitos sociais, de instrumentos que viabilizassem o reequilíbrio social já há muito tempo perdido. Portanto, é exatamente com base no princípio estabelecido no artigo 3º que se extrai a necessidade da criação de políticas públicas que devolvessem à população o equilíbrio social e a tutela de seus interesses de forma efetiva.

É interessante notar a correlação dessa alteração constitucional com o desenvolvimento da sociedade de consumo descrito no tópico anterior. Enquanto o ápice da sociedade de consumo consagrava o indivíduo a despeito da sociedade e o intervencionismo estatal era clamado para assegurar direitos individuais, a situação de desequilíbrio e descontrole existente no Brasil, que não observou efetiva instauração dessa sociedade de consumo, clamava justamente para a instituição de prestações positivas à sociedade.

Nesse âmbito, o reconhecimento do direito do consumidor seguiu um caminho diverso, em parte, do desenvolvimento dessa disciplina nos países desenvolvidos. Se lá o direito do consumidor visava assegurar os direitos dos indivíduos de realizar o consumo da forma que melhor lhes aprouvesse, aqui o direito do consumidor surgia como uma ferramenta de garantia ao direito dos cidadãos. Até mesmo em decorrência da desigualdade social e combate à pobreza, mais do que assegurar os direitos do consumidor, a Constituição visa assegurar o direito a todos serem consumidores.

A previsão constitucional de regulamentação e tutela aos direitos do consumidor seguiu, então, a sua própria gênese, pois nasceu com a pretensão de dar azo às necessidades sociais e fornecer prestações positivas à sociedade, novamente fazendo uso das palavras de Eros Grau. Assim, entender os âmbitos político, social e econômico do momento em que a Constituição Federal foi aprovada

é essencial para situar e compreender o efetivo nascimento do direito do consumidor no Brasil.

Parte dessa compreensão perpassa à prática, pelo Estado brasileiro, de um ato profundamente contraditório no mesmo momento em que o CDC entraria em vigor: extinguiu o CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor por meio do artigo 27 da Lei 8.028/90, momento em que, nas palavras de SODRÉ (2007: p. 129) *“o espaço público que garantia voz aos diversos atores do Sistema foi fechado, fazendo com que as políticas fossem traçadas a portas fechadas, sem qualquer tipo de controle social”*.

O CNDC deu lugar ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, posteriormente denominado de DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor que por anos assumiu o papel de centralizador das ações do SNDC e que enfrentou dificuldades e absoluto desamparo político ao longo ao menos dos primeiros 20 anos de vigência do CDC.

Hoje o papel é exercido pela Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon, também subordinada ao Ministério da Justiça e criada pelo Decreto 7.738/2012, a quem cabe cumprir as atribuições previstas no art. 106 do CDC e no art. 3º do Decreto nº 2.181/97. Conforme se detalhará no Tópico oportuno, a atuação da Secretaria cinge-se ao planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, tendo como um de seus objetivos justamente promover a harmonização nas relações de consumo.

Assim, ainda que os órgãos competentes ao longo das décadas anteriores tivessem atribuições semelhantes, poderá se observar adiante que somente agora, com leis efetivas e previsões claras sobre a efetivação da Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, que o assunto ganhou a devida atenção governamental.

Daí a conclusão de que o desenvolvimento da sociedade de consumo no Brasil se deu em total descompasso com o desenvolvimento de seu ordenamento jurídico, que privilegiou por décadas um insustentável desenvolvimento econômico

do país sem dar atenção aos direitos individuais e coletivos e sem compreender a proteção do direito do consumidor na ordem econômica.

Esses fatores associados a uma atuação política que favoreceu a corrupção e o crescimento da desigualdade social, levaram a uma década de 80 que refletia um Estado falido em termos ideológicos e sem amparo da população, que foi às ruas exigir a retomada do regime democrático e uma atuação enérgica visando a efetividade dos direitos individuais, que fundados na dignidade da pessoa humana passaram a receber atenção especial do Estado.

E vale notar que o surgimento da ideia de sociedade de consumo desenvolvida e de proteção desse consumidor integrado ao mercado é diferente em Estados desenvolvidos, onde a premissa inicial visava garantir aos indivíduos ao menos participarem das relações de consumo, ainda que isso ocorresse sem assegurar o seu exercício dentro de requisitos pré-definidos, e Estados subdesenvolvidos, onde a exploração é a tônica da relação entre consumidores e fornecedores e a efetivação dos direitos individuais se liga intrinsecamente à necessária proteção dos consumidores.

Ao manter grande parte de sua população às margens do mercado de consumo o Estado brasileiro permitiu justamente um desequilíbrio extremo. Grande parte da situação extrema de crise sofrida no Brasil na relação consumidor – fornecedor decorre da permissividade governamental e dos próprios fornecedores e fornecer produtos e serviços àqueles que não tinham condições de detê-los.

Isso gera uma incômoda situação, que será tratada oportunamente, em que os serviços são oferecidos a preços ínfimos sem qualidade, que produtos de baixa qualidade são colocados a venda no mercado indiscriminadamente, oferecimento de crédito sem critérios ou responsabilidade social, tudo a resultar em infundáveis reclamações, no superendividamento de grande parcela do mercado, no crescimento desenfreado e desregulado de demandas judiciais questionando as práticas comerciais e em uma prática de marketing completamente dissociada da boa-fé comercial e dos princípios éticos que deveriam reger a relação fornecedor – consumidor.

Desta forma, se paralelamente o conceito de indivíduo se fundiu com o de consumidor e se a felicidade desse indivíduo está intrinsecamente ligada ao seu direito de consumir e sonhar com a satisfação de suas ambições, a dignidade da pessoa humana torna-se elemento essencial para definir esse direito do consumidor e, especialmente, como deve se dar a harmonização das relações entre os dois agentes do mercado.

A proteção da dignidade da pessoa humana, assegurada como fundamento do Estado e como princípio da Ordem Econômica, deve ser compreendida, portanto, em relação ao seu alcance, à sua influência na efetivação dos direitos dos consumidores e à sua aplicação diante de suas distintas facetas, tudo conforme explorado no tópico seguinte.

1.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal prevê expressamente a dignidade da pessoa humana como fundamento – art. 1º, III – da República Federativa do Brasil, ou seja, é característica da República a proteção à dignidade humana. É apontada, ainda, como a finalidade central da ordem econômica instituída pelo artigo 170 da Carta Cidadã, o que significa que a atuação do Estado como interventor no domínio econômico deve sempre buscar, em última análise, a sua proteção. Por fim, é apontada como princípio – art. 226, §7º – da entidade familiar, aqui entendido como norma mandamental.

A principal dúvida que remanesce, contudo, refere-se ao alcance desse instituto e sobre o risco de sua transformação em um princípio que abarca diversos direitos e garantias a ponto de ter o seu conteúdo esvaziado. Acerca do seu alcance, vale notar que ora apresenta um viés implementador de políticas sociais e ora apresenta viés garantidor de direitos individuais, de forma que nunca se deve invocar tal princípio afastando-se a pertinência de seu reconhecimento como base das Constituições pós Segunda Guerra.

Isso quer dizer que antes mesmo das discussões acerca da conceituação da dignidade da pessoa humana, deve-se compreender o contexto (daí falar-se em pertinência) em que tal princípio passou a fundar os ordenamentos jurídicos e entender o alcance de seu conteúdo (daí a distinção do viés de sua aplicação).

A dignidade da pessoa humana ganhou a sua formulação clássica por KANT (2002), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objeto), de forma que tudo aquilo que não se puder precificar será decorrente do reconhecimento de que aquilo é dotado de uma dignidade a ser protegida.

Para SARLET (2001. p. 60):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um **complexo de direitos e deveres fundamentais** que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, como se verá, se a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos existência digna, os princípios sobre os quais tal ordem se funda deverão ser norteados por essa finalidade, o que é reconhecido no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º. Nesse âmbito, se estabelece na parte principiológica do *códex* que é objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, dentre outros, o respeito à dignidade desse consumidor.

Assim, toda e qualquer atividade econômica deverá primar pela garantia de condições mínimas existenciais a todos os envolvidos, sendo que no âmbito do Código de Defesa do Consumidor tais **condições mínimas** envolverão a garantia de **inserção** dos indivíduos no mercado de consumo de maneira equilibrada e de acordo com os princípios consagrados no CDC.

A garantia de **PARTICIPAÇÃO** parte da premissa de que, em uma sociedade de consumo, torna-se mais relevante ao indivíduo ter o seu reconhecimento como consumidor em face ao seu reconhecimento como cidadão. Assim, mais vale que possa consumir do que ter voz ativa na sociedade. Até porque, como bem se sabe, a subsistência de um indivíduo hoje é intimamente ligada à sua capacidade de consumir.

O passo seguinte à efetivação da participação do consumidor no mercado e agora a análise não se restringe à previsão existente no artigo 170 da Constituição, mas sim no sistema infraconstitucional – e aqui se observa o caráter efetivador do princípio – é assegurar aos consumidores o direito de assumirem um papel ativo e decisório nas relações de consumo. E traça-se, então, um paralelo ao imperativo ético de Kant (2002), pois se trata, aqui, de garantir que o consumidor será **agente** nas relações e não mero objeto.

Daí novamente a relevância de compreensão do alcance do instituto até para que se permita a efetivação do direito almejado. Deve-se buscar uma dignidade única aos consumidores assim reconhecidos ou devem-se reconhecer as diferentes dignidades de cada um deles e buscar o equilíbrio entre elas? Deve-se buscar a concretização da dignidade de cada indivíduo, ou interpretá-la como núcleo fundamental de direitos humanos?

Conforme se observará nos tópicos seguintes, e segundo a lição de CANOTILHO e VITAL MOREIRA (1984, p. 183), a dignidade da pessoa humana “*fundamenta e confere unidade aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica*”, sistema este validado pela nossa constituição ao consagrar a dignidade como fundamento do Estado (permitindo a valoração dos demais institutos e princípios com base nela) e apontando-a como norma-objetivo (GRAU, 2008: p. 212).

1.2.1. As duas faces da dignidade da pessoa humana:

Ao apontar a proteção da dignidade da pessoa humana como princípio inviolável, norte de ação do poder público e direito (mas também dever) de todos os

cidadãos a Constituição positivou o anseio mundial de construção de uma sociedade fundada no respeito à individualidade do ser humano e na necessidade de convivência pacífica entre os povos e as nações mundiais²².

Assim, se em 1789 a Assembléia Nacional Constituinte da França aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – DDHC (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) prevendo que “*todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a **todas as dignidades***”, limitando o próprio alcance valorativo do termo dignidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 adotou como **valor norteador de todas as demais previsões** o reconhecimento “*da dignidade inerente a todos os membros da família humana*”.

Isso significa que no século XVIII, quando foi aprovada a DDHC e justamente quando a sociedade obteve o reconhecimento perante o Estado dos chamados direitos de primeira dimensão – essencialmente os direitos individuais à liberdade e à propriedade –, a dignidade da pessoa humana era tratada como conceito filosófico, sem valoração jurídica e sem alcance normativo. A dignidade, naquele momento, foi encarada como mera qualificadora de atos e direitos, e não como conceito jurídico complexo e princípio norteador da sociedade e do Estado.

Conforme se observará adiante, a transição do Estado Liberal ao Estado Interventor exigiu que os direitos de primeira dimensão fossem definitivamente assegurados aos indivíduos, pois, sem isso, a busca pelos direitos de segunda e terceira dimensões jamais poderia ser atingido, até mesmo em função da instabilidade social e desequilíbrio que tal ação geraria.

A necessidade de assegurar os direitos dos indivíduos antes de se vislumbrar maiores pretensões é simples de observar em sociedades com grande desigualdade social como a brasileira, em que se observa um moderno arcabouço jurídico capaz

²² Vide, nesse sentido, o Preâmbulo da Constituição Federal Alemã: “*Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens, movido pela vontade de servir à paz do mundo, como membro com igualdade de direitos de uma Europa unida, o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente Lei Fundamental*”.

de reprimir abusos contra os direitos individuais e, ao mesmo passo, uma fraca atuação social e política para efetivá-la.

Essa frágil estrutura para implementação de Políticas Públicas será mais bem explorada no Capítulo seguinte, que tratará da transição do Estado Liberal ao Estado Social e seus reflexos em países em desenvolvimento como o Brasil, que mesmo após a promulgação de uma constituição dirigente se vê com dificuldades políticas para adequada promoção de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 buscou corrigir essa falha e seguiu a mesma linha das Constituições Alemã, Portuguesa, Espanhola, dentre outras, que, como dito acima, passaram a adotar o moderno conceito de dignidade da pessoa humana como preceito e valor universal que deve nortear toda e qualquer ação do Estado e dos indivíduos, de onde se extrai a proteção a tal dignidade como fundamento da ordem econômica a ser instituída.

Assim, de maneira até mesmo contraditória, o conceito de dignidade da pessoa humana surgiu com força justamente quando a sociedade já clamava pelo Estado Providência, que viria com a proposta de promover a solidariedade entre os povos, a cidadania e o bem estar social, ideais inspirados, em especial, nas grandes crises sofridas pelo Estado Moderno.

Para construir uma sólida estrutura normativa que possibilitasse a promoção dos direitos sociais, foi necessário realizar uma investigação mais profunda sobre os fundamentos que amparam os próprios direitos individuais, surgindo, então, a necessidade de elevação da dignidade da pessoa humana como valor essencial do Estado Democrático de Direito.

Daí a importância de investigar o desenvolvimento filosófico do conceito de dignidade da pessoa humana, observar como os Estados absorveram sua evolução ao longo das três gerações dos direitos fundamentais, para concluir, ao final, que hoje o ordenamento jurídico delimitou de maneira clara as duas 'facetas' da dignidade humana:

(i) em sua essência trata-se de **um princípio que visa garantir a todo ser humano o respeito à sua individualidade e aos seus valores**, conforme a concepção moderna fundada na lição de Kant e que norteia a ação do Estado de bem estar social, decorrente da visão atual em que foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos; e, ainda,

(ii) uma qualificadora de direitos, como forma de atribuir-lhes valor para busca de sua efetividade, normalmente positivada em forma de regras, decorrente da visão clássica da dignidade que amparou a redação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Portanto, enquanto a visão moderna acerca da dignidade da pessoa humana permitiu uma tutela individual mais efetiva, até mesmo decorrente da sua subjetividade, a visão clássica e histórica impôs a positivação desse valor em regras claras que pretendem dar efetividade ao princípio no âmbito coletivo, exatamente como ocorre no Código de Defesa do Consumidor.

1.2.2. O conteúdo do conceito de dignidade enquanto finalidade da ordem econômica e princípio da defesa do consumidor

Vale traçar um breve panorama do desenvolvimento desse conceito e de que forma tal evolução impactou nas duas visões que hoje são atribuídas ao termo 'dignidade'.

Na antiguidade clássica a dignidade era decorrente da posição social e reconhecimento pelos demais cidadãos sobre sua importância para a sociedade. Na Grécia e na Roma antiga a dignidade de um indivíduo não era relacionada, portanto, aos seus atos e valores, mas simplesmente pela sua posição social, o que pode ser observado na crença popular sobre a existência de cargos dotados de 'maior dignidade' que outros, como em uma comparação entre um homem público e um artesão (SARLET, 2001: p. 63).

A visão estrita à posição social detida passou a ser alterada com o crescimento do cristianismo, para quem o cristão é dotado da dignidade atribuída por

Deus à sua imagem e semelhança. Essa visão ocidental determinou, inclusive, o crescimento do cristianismo e o interesse da população em integrar o mesmo grupo ao qual pertencia o clero e a nobreza, sendo que todos seriam dotados de dignidade e suas posições sociais decorreriam da vontade divina.

Para Thomas Hobbes (HOBBS, 1979: p. 54) o valor atribuído pelo Estado e pelos demais indivíduos é preponderante para delimitação da dignidade do homem. Assim, para o filósofo, “*o valor de um homem, tal qual o de outras coisas, é o seu preço*”. Assim, os valores de um soldado e de um Juiz seriam diferentes num momento de Guerra e em outro de paz, de forma que o valor não é inerente ao indivíduo em si mesmo, mas à importância que o Estado a ele atribui. Até porque, vale destacar, para Hobbes o Estado é soberano e absoluto (HOBBS, 1979).

Outros contratualistas, como LOCKE (1991) e ROUSSEAU (1997), não tratam especificamente da dignidade como Hobbes, mas permitem que se faça um corte acerca do entendimento de que o valor social é quem define a dignidade para passar à visão atualmente vigente de que a dignidade deverá ser uma garantia mínima de subsistência a ser provida. Isso porque se passa a entender que a natureza do homem não é definida pelo medo, mas pela experiência e convivência com os demais indivíduos.

E é justamente sobre esse fundamento contratualistas que KANT (2002: p. 58-59) afirma que “*quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade*”. Dissocia-se definitivamente a ideia de dignidade a um valor externo para entendê-la como um conceito individual que visa assegurar a inviolabilidade de certos preceitos éticos (que mais tarde culminariam nos imperativos categóricos que não pertinem a esse tema).

Portanto, a partir do entendimento de Kant acima exposto, a dignidade assume um viés individual e garantista de um mínimo subsistencial. E o caráter individualista (e de certa forma vazio) decorre justamente da ideia de garantia, e não de efetivação de um direito social. É justamente sobre esse vazio conceitual que a

dignidade humana, enquanto representação de uma visão individual e privada da dignidade que podem surgir problemas no seu reconhecimento.

Em artigo propondo uma reflexão mais profunda, Ulfried Neumann (apud SARLET, 2009, p. 239) aponta para os inconvenientes que a extensão do conceito de dignidade da pessoa humana, levada ao absoluto como um direito individual de conceito amplo, acaba contraditoriamente impondo aos seres humanos. O filósofo revela que a ontologização metafísica (absolutização) do argumento da dignidade humana acabam por subtrair o caráter jurídico-normativo desse princípio.

Para Neumann não há nada no Direito que não se submeta a restrições e limites, sendo que *“a alternativa a um modelo ontológico é uma concepção na qual a dignidade humana não seja compreendida substantivamente, mas de modo relacional; na qual a dignidade não resida (apenas) na pessoa, mas (também) na interação entre pessoas”* (apud SARLET, 2009, p. 241).

Deve-se, portanto, evitar a ampliação do conceito de dignidade da pessoa humana indiscriminadamente bem como a sua invocação indevida para proteção de direitos que a ela não relacionam diretamente, para que não se subtraia seu real sentido. Exemplo disso seria invocar infração à dignidade da pessoa humana em função de um protesto indevido por uma empresa. Há lesão e infração a um direito previsto no ordenamento jurídico pátrio? Certamente que sim, como também certamente tal ato não atenta contra a dignidade da pessoa humana do lesado, que não poderá, portanto, argui-la como princípio ofendido.

O valor preponderante para definição da extensão do conceito de dignidade da pessoa é o da cidadania e da vida em sociedade, sendo que a garantia à sua proteção deverá ser pautada por um conceito definido objetivamente em regras legais claras, exatamente como ocorre na proposta de efetivação da proteção à dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica. Os valores são apontados, os princípios indicados e a previsão constitucional torna claro conceito de dignidade para fins de aplicação do artigo 170.

Para assegurar sua efetividade, portanto, não bastará que se tenha somente um valor supremo e norteador passível de empregar sentido às demais normas. Para que a proteção à dignidade tenha efetividade, deve-se estabelecer qual o conteúdo específico que se visa ao associar o direito a ser protegido com a dignidade. Exemplos nesse sentido são o ECA (artigo 3º) e o Estatuto do Idoso (artigo 2º), que apontam de maneira detalhada como devem ser asseguradas as liberdades e dignidades das crianças e dos idosos.

Assim, quando se afirma que a dignidade é fundamento, garante-se a base principiológica de sua proteção, quando se aponta como finalidade, aponta-se o comando legal a ser atendido e a necessária atuação do Estado nesse sentido, de forma que não basta que a interpretação seja conforme ao princípio, mas sim que o comando legal integre tal pretensão.

E se a proteção da dignidade deve ocorrer conforme o conteúdo da norma que visa lhe dar efetividade, a pretensão de indicar a proteção à dignidade da pessoa como finalidade da ordem econômica é justamente assegurar que os seus integrantes serão entes ativos e partícipes, não serão tratados como meros objetos e terão condições de integrar essa relação econômica de maneira adequada e “conforme os ditames da justiça social”.

Ao associar essa finalidade da ordem econômica ao reconhecimento, no âmbito do CDC, da vulnerabilidade e da necessidade de proteção do consumidor, fica mais fácil de observar a existência de uma clara regra que visa a proteção da dignidade da pessoa humana.

Ao incluir a previsão de proteção da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica, o constituinte não somente assegurou a base interpretativa para cada um dos princípios que fundam tal ordem, como dotou o intérprete de norma que visa dar efetividade a tal princípio.

Eros Grau aponta que o Brasil se define como entidade política constitucionalmente organizada desde que a dignidade da pessoa humana seja assegurada ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da

livre iniciativa e do pluralismo político. Por outro lado, e aqui não se trata mais de fundamentos ou princípios norteadores, a ordem econômica, que trata do mundo do ser, deve promover efetivamente a existência digna a que todos têm direito (GRAU, 2008: p. 197).

Do exposto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana desenvolveu-se sob dois vieses: (i) como valor social, mediante construção das percepções individuais e consolidado pelo estado como valores relevantes para proteção a todos os seres humanos, ideia que se associa mais à proteção dos direitos sociais e humanos e, o segundo, (ii) como valor individual, garantista de um mínimo subsistencial aos indivíduos, conceito amplo e passível de interpretações individuais, onde normalmente surgem os conflitos entre dignidades pessoais, presente em discussões raciais, sexuais, dentre diversas outras.

O primeiro deles, por abranger a garantia de valores sociais e direitos humanos, se sobrepõe ao segundo por ter como objeto o bem estar social e a segurança do próprio ordenamento. Isso se reflete justamente em nosso ordenamento na medida em que a Constituição consagra a dignidade como um fundamento, amplo e subjetivo, do Estado sendo que esse mesmo ordenamento busca a sua efetivação justamente como finalidade da ordem econômica (exatamente o mundo do ser desse novo Estado Providência), impondo-se a dignidade como uma norma-objetivo impositiva a ser seguida em cada um dos princípios que regem a ordem econômica (GRAU, 2008: p. 197).

Assim, afasta-se o viés individual, principiológico e abstrato e atinge-se o caráter impositivo da norma de caráter social, que claramente delimita a dignidade como um padrão pré-estabelecido e com clara definição nas respectivas legislações acerca da sua forma de implementação como demonstrado e exemplificado acima.

Essa definição prévia e expressa é observada no Código de Defesa do Consumidor que aponta também como OBJETIVO da Política Nacional das Relações de Consumo assegurar o respeito à dignidade dos consumidores, de onde facilmente se extrai a necessidade de buscar o equilíbrio entre os partícipes de forma a lhes garantir igualdade de participação, condições de negociação e

tratamento adequado como um integrante dessas relações e não como mero objeto, como muito se discute nos âmbitos da publicidade, contratos de adesão e práticas comerciais, em que não se considera o consumidor como atuante, mas mero objeto passível do controle absoluto pelos mercados, postura essa reprovável por parte dos fornecedores.

Certamente tal postura infringe não somente o princípio geral de respeitar todas as dignidades, como, especialmente, ignora em absoluto o dever de tratamento social digno aos integrantes das relações de consumo ao excluí-los da efetiva participação e assunção de um papel decisório nessas relações. Daí uma das principais causas para o desequilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, a estimular toda sorte de conflitos.

2. O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A harmonia ente os interesses dos fornecedores e consumidores perpassa por uma relação histórica entre esses dois agentes da ordem econômica que remeteu, neste estudo, a uma obrigatória e detida análise sobre o surgimento dessa relação, sobre a sua transformação em uma relação de massa e, finalmente, a sua elevação à relação fundamental da sociedade de consumo.

No tópico acima se tratou da sociedade de consumo e do surgimento do CDC no Brasil e foi possível observar que a consolidação da sociedade de consumo no Brasil foi absolutamente diversa do que ocorreu nos países que propagaram esse modelo de estrutura social: enquanto lá o crescimento da sociedade de consumo foi lento e acompanhado do próprio desenvolvimento das técnicas de produção e ferramentas de divulgação, aqui o modelo chegou formatado e passou a ser instaurado em curto espaço de tempo.

Outra característica preponderante para o presente estudo é o fato de que lá o desenvolvimento se deu na medida em que tornava possível o ingresso de mais consumidores no mercado, sendo estes dotados de condições e recursos para tanto, enquanto aqui se observa um cenário desolador em que havia (como ainda há) grande desigualdade social e miséria, a impedir que grande parte da população tenha adequado acesso ao mercado de consumo, mantendo-se a base colonial da relação entre consumidor e fornecedor.

E para que seja possível compreender as raízes do desequilíbrio na posição econômica e social entre fornecedores e consumidores é imprescindível compreender qual a participação do Estado nesse processo. No plano internacional, temos que o nascimento da relação entre os consumidores e os fornecedores se deu em conjunto com o declínio do Estado Absolutismo e forte influência dos pensadores liberais, como Adam Smith, que pregavam o desenvolvimento econômico livre das amarras do Estado e mediante sua autorregulação.

Essa ausência de regulação inicial e a mudança de cenário com o início da participação do Estado nas relações econômicas, especialmente para buscar a efetivação de direitos sociais, sob influência da escola Keynesiana, que trataremos brevemente adiante, também são de especial relevância para compreensão da evolução dos fornecedores como principais agentes da Ordem Econômica da maioria dos países. Isso tudo sem desprezar, ainda, a influência das grandes guerras que teve forte peso na alteração do papel do Estado e do Direito nas sociedades.

Os Estados envolvidos nas grandes Guerras se veem diante da necessidade de se reestruturar para sustentar novos padrões industriais especialmente em decorrência do desenvolvimento da indústria armamentista, pois inobstante a disputa ideológica presente nas Guerras, havia, ainda a disputa pelo desenvolvimento de tecnologias, técnicas de distribuição e armazenagem, inclusive para obtenção das matérias primas necessárias. Era a organização do que se convencionou chamar de “economia de guerra” (BERCOVICI, 2013: p. 256). Vital Moreira aponta que o direito é chamado a intervir em zonas cada vez mais extensas da vida econômica (MOREIRA, 1978. p. 86-97).

Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, essa política liberal trouxe efeitos ainda mais nocivos para a relação existente com os consumidores, pois, como já observado acima, a posição social e econômica dos dois agentes era sobremaneira díspar e gerou diversos abusos por parte dos fornecedores, que sequer se adequaram a esses novos mercados e se limitaram, por décadas, a ‘importar’ o padrão de consumo estrangeiro aos novos mercados.

Josué Rios aponta que tal postura configurou verdadeira supressão da liberdade dos indivíduos presente nas mais diversas situações:

[...] a) através dos mecanismos de contratações em massa: contratos de adesão/ofertas por meio de mídia; b) manipulação do comportamento via técnicas de publicidade/marketing; c) consumo de produtos/serviços que a modernidade nos impõe, mas cujos riscos e a qualidade não nos são dados conhecer/decidir (RIOS, 1998: 27-28).

Atento ao movimento dos fornecedores e preocupado em assegurar especialmente o equilíbrio entre as partes e a efetiva segurança dos envolvidos, coube ao Estado aumentar a sua intervenção no domínio econômico. André Ramos Tavares aponta que:

[...] com o constante crescimento das economias de massa nos Estados capitalistas e com o desenvolvimento da tese intervencionista na dogmática contratual, surge a necessidade de uma maior preocupação legislativa em tutelar os direitos dos consumidores (TAVARES, 2011: p. 179).

É dentro desse contexto que a relação entre consumidores e fornecedores se desenvolveu e os próximos tópicos têm o objetivo justamente de compreender como se deu o desenvolvimento das ordens econômicas constitucionais e situar se os Estados se apresentavam, então, sob pleno regime liberal ou já apresentavam traços intervencionistas-sociais a resultar em uma maior participação do Estado nas políticas econômicas e efetivação dos direitos fundamentais.

2.1. A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

José Paschoal Rossetti afirma que

[...] segundo o ponto de vista de Adam Smith, que iria sustentar toda uma nova e revolucionária teoria do comportamento econômico, o grande motivador da atividade econômica é o esforço uniforme, constante e ininterrupto de todo o homem para melhorar a sua condição – ou, mais francamente, seu interesse próprio. Este é o impulso que leva o homem a produzir mercadorias de que a sociedade necessita. Para o pensamento liberal, o interesse próprio seria, portanto, a base principal dos mercados autorregulados. Se os consumidores são livres para aplicar as suas rendas como o desejarem e se os homens de negócio são livres para competir sem restrições e conquistar a preferência dos consumidores, então as atividades econômicas escoarão naturalmente (ROSSETTI, 1982: p. 371).

Como se observou no primeiro capítulo a premissa exposta por Rossetti, de que os consumidores teriam participação ativa na delimitação da demanda não se confirma. Hoje é possível observar que o comportamento do consumidor, à aparência dotado de liberdade, é direcionado pelas estratégias de produção e marketing. A sociedade de consumo se estruturou para ser seduzida pelos

produtores, de forma que a demanda não é mais somente aquela legítima decorrente dos interesses dos consumidores, mas aquela gerada pelos próprios fornecedores.

Entretanto, se os consumidores não se dotariam de participação ativa nesta autorregulação do mercado, porque não os próprios fornecedores poderiam fazê-lo mediante a concorrência entre si? Pois a concentração de capital se deu cedo, de forma que diversas dentre as figuras ilícitas hoje combatidas pelo direito concorrencial surgiram justamente no início da expansão dos mercados, como os cartéis, monopólios, dentre outros que hoje são objeto de detida e detalhada regulamentação.

De toda sorte, para fins do presente estudo, três são as análises relevantes que serão realizadas nos tópicos seguintes:

- (i) no momento de estruturação da sociedade capitalista, especificamente nas três fases explicitadas por McCracken, qual o papel dos Estados então envolvidos no desenvolvimento daquela cultura de consumo?

- (ii) no momento seguinte, de consolidação da sociedade de consumo e de sua evolução para uma sociedade de hiperconsumo descrita por Lipovetsky, qual o papel do Estado?

- (iii) por fim, no cenário brasileiro, de absoluta desordem social e ingresso desordenado dos fornecedores no mercado, qual foi o papel do Estado e como se deu a necessária intervenção para correção dos rumos?

A primeira fase, descrita a seguir, representa justamente o auge do Estado Liberal, que privilegiou uma liberdade de mercado que favoreceu a liberdade dos fornecedores mencionada no capítulo inicial. A preocupação será demonstrar quais os fundamentos que ampararam essa atuação liberal e quais foram os fundamentos que geraram a ruptura a exigir maior intervenção estatal nas relações econômicas visando a efetivação de direitos fundamentais.

2.1.1. O Estado Liberal e o início da intervenção no domínio Econômico

Como apontado acima não é objeto do presente estudo definir o que vem a ser o liberalismo econômico, suas origens e influências ou mesmo discutir a atual perspectiva de igualdade liberal proposto por Dworkin, para citar somente um exemplo.

CELSO BASTOS aponta como liberalismo “conjunto de ideias, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade, tendo por objetivo o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado” (BASTOS, 2000: 110).

O gozo dessa igualdade e das liberdades individuais é inspirado no pensamento de economistas do Século XVIII, inspirado inicialmente na Escola Fisiocrática desenvolvida na França e consolidado na Inglaterra com a publicação da obra Riqueza das Nações, de Adam Smith, que defende o liberalismo econômico como benéfico para toda a sociedade, pois assegura que os indivíduos ditem o desenvolvimento pessoal e social de acordo com seus anseios e direitos naturais.

O liberalismo então proposto buscava combater o Estado corrupto que afetava o desenvolvimento dos mercados e, com isso, o desenvolvimento dos próprios indivíduos, que se viam tolhidos de usufruir adequadamente os frutos do próprio trabalho. O pensamento era de que sem a interferência do Estado na Economia as pessoas teriam melhores condições de desenvolvimento e teriam assegurado o seu direito à livre contratação e conseqüentemente ao consumo.

Portanto, os indivíduos seriam dotados de absoluta liberdade em duas frentes: poderiam determinar os rumos da produção e de sua atividade econômica perante a sociedade (daí sua face produtora), como poderia, ainda, determinar a demanda e o provimento de suas necessidades e desejos pessoais (daí sua face consumidora). A preocupação, contudo, naquele momento, era evidentemente assegurar a liberdade de atuação do indivíduo **enquanto produtor** e esse seria o único integrante ativo da ordem econômica a se estruturar.

Assim, o movimento do Laissez-faire, laissez-passar, deve ser compreendido essencialmente como um movimento dos pretensos controladores do mercado, visto que a sociedade do final do Século XVIII não detinha qualquer compreensão acerca das potenciais alterações sociais que viriam resultar na sociedade de consumo hoje existente, amplamente arraigada e onde os bens e mercadorias são, a bem da verdade, expressão cultural dessa mesma sociedade.

Não era essa, reitere-se, a realidade existente então. Eric Hobsbawn aponta que “o mundo em 1789 era essencialmente rural e é impossível entendê-lo sem assimilar esse fato fundamental” sendo que apesar das cidades concentrarem grande parte das populações no início do Século XIX “a cidade provinciana ainda pertencia essencialmente à sociedade e à economia do campo” (HOBBSAWN, 2013: p.33-35). Essa constatação é fundamental para o presente estudo, pois situa de forma precisa o movimento liberal e a eclosão das Revoluções Francesa e Industrial.

Daí afirmar-se neste estudo que a liberdade contratual e o liberalismo econômico eram interesse direto da classe burguesa que passava a dominar os meios produtivos e queria justamente se ver livre das amarras do Estado como controlador das práticas comerciais. Havia deliberada pretensão de alteração do modelo de produção mercantil existente até então para criação de um novo modelo de desenvolvimento econômico. A possibilidade de acúmulo de capital e a segurança sobre a detenção da propriedade tornavam essa economia de mercado livre fundamentais para a estabilização e dominação dessa burguesia.

Portanto, o movimento não se relaciona exclusivamente aos anseios da população ou dos indivíduos, carentes de maior liberdade de atuação para desenvolvimento econômico, mas sim de um movimento que visava por fim aos privilégios monárquicos e arraigados na sociedade vigente até então. Entretanto, não somente essa nova classe estava submetida a esse sistema como todo o restante da população, que tinha também o anseio de garantir sua liberdade e seu direito de propriedade. Por isso essa mesma população passou a validar os ideais da Revolução Francesa em função da necessidade de quebra dos privilégios herdados das estruturas feudais de poder e detidos agora pelos aristocratas e pelos clérigos, que em nada contribuíam para o desenvolvimento dos Estados.

O novo modelo erigido pelos ideais da Revolução Francesa resultou na garantia à liberdade de contratação e aos direitos fundamentais, à igualdade formal entre todos os integrantes da sociedade e, em especial, assegurou a todos os direitos de propriedade e de acesso aos bens de consumo. Esse movimento, como bem destaca HOBBSAWN (2013, p. 97-100) “forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo” influenciando diretamente revolução industrial britânica.

Aqui em nossa doutrina, Modesto Carvalhosa aponta que:

[...] na primeira metade do Século XVIII expandem-se na Inglaterra – fruto do processo industrial que se iniciava – as concepções individualistas ínsitas na consciência civil do povo britânico, representadas principalmente pela corrente empirista. Esse consenso traduziu-se no pensamento de LOCKE sobre os fundamentais e inatos direitos do homem e do cidadão, que teriam como fonte as leis naturais.

O autor aponta que por essa interpretação lockeana

[...] caberia ao Estado as funções de tutelar esses direitos, onde ademais, encontraria o limite de sua ingestão na vida social. Os direitos individuais, constitucionalmente reconhecidos como reflexo do direito natural, imporiam, no concerto jurídico, a superioridade dos indivíduos sobre o Estado, tendo como corolários os direitos à vida, à liberdade e à propriedade (CARVALHOSA, 2013: p. 93).

Esse momento é retratado por McCracken em especial na análise das obras de Neil McKendrick, que retrata os reflexos da Revolução Industrial na sociedade antes mesmo dela ter acesso ao consumo de massa e ao mundo de sonhos retratado por Rosalind H. Berkeley, que analisa justamente as consequências desse liberalismo na sociedade parisiense que passa a viver as consequências do progresso decorrente do liberalismo então vigente.

Como já demonstrado também no primeiro capítulo, não é possível afirmar que a sociedade de consumo então em nascimento seja de massa, e tal fator é explicado justamente pelo controle então detido agora pelos produtores diante do mercado. As revoluções mencionadas resultaram na restrição do papel do Estado a

mero regulador das relações civis e exercício do poder de polícia para efetivação da segurança dos cidadãos.

Retomando o escólio de Modesto Carvalhosa:

[...] ao Estado é negada a prerrogativa de modelar o homem e de interferir no processo interior de evolução da sociedade, no pressuposto de que as instituições humanas podem se desenvolver sem a necessidade de um espírito diretor ou de um propósito deliberado. Não tem o Estado o papel de executor da engenharia social, já que o seu controle ou ingerência na vida comunitária leva ao abuso do poder, como decorrência de sua natural vocação de arbítrio e opressão (CARVALHOSA, 2013: p. 95).

Assim, enquanto a participação do Estado na formação da ordem econômica foi minorada pelos indivíduos (a bem da verdade, como visto, sob o comando dos controladores do mercado, a seu critério e interesse), a evolução do mercado e das relações de consumo se deu de forma a permitir que a sedução dos consumidores se desse sem qualquer controle.

O liberalismo econômico implicou, portanto, na impossibilidade de real dotação, pelos indivíduos-consumidores, do controle ao menos da demanda do mercado, que nesse momento, final do Século XVIII e ao longo do Século XIX, passa a ser detido diretamente pelos indivíduos produtores, que passaram não somente a atender indiretamente aos anseios dos agora consumidores como a direcionar a satisfação desses interesses aos seus próprios propósitos.

E a unificação desses fornecedores foi preponderante para consecução do desequilíbrio observado posteriormente. Fábio Nusdeo aponta que “o mercado, para bem funcionar, deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles nem muito grande ou muito importante” (NUSDEO, 2001: p. 146) fator que não se concretizou, pois em pouco tempo o mercado estava dominado por grandes monopólios e oligopólios em seus mais variados setores.

Nesse sentido LIPOVETSKY, conforme desenvolvido no primeiro capítulo, identifica essa Era como a da sedução, pois é exatamente o momento em que os

produtores se dotam de controle quase absoluto antes detido pelo Estado e passam a exercer um controle e direcionamento de interesses sem qualquer regulamentação. Assim, se o indivíduo foi dotado de total liberdade de ação para regulação e participação do mercado enquanto fornecedor e acumulador de riquezas, não houve, naquele momento, real dimensionamento desse agir para aqueles que adotariam postura meramente passiva e seriam dominados por esse livre mercado.

Portanto, quando Adam Smith afirma que “todo homem, desde que não viole as leis da justiça, é deixado perfeitamente livre para buscar seus interesses como bem entender, e para fazer seu trabalho e capital competirem com os de qualquer outro homem ou classe de homens” (SMITH, 2003: p. 873), pretende dotar os indivíduos de liberdade para trabalhar e acumular riqueza sem qualquer participação do Estado em benefício da nação, mas não considera que ação desse indivíduo deverá sofrer restrições para assegurar os direitos daqueles demais indivíduos (ou desses próprios) que não deterão o controle sobre os rumos da ordem econômica então formada.

Essa a conclusão de Eros Grau quando aponta que “a burguesia apropriou-se do Estado e é a seu serviço que este põe o direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado” (GRAU, 2008: p. 29). Eros Grau aponta justamente que o Estado já exercia intervenção (participação/atuação) no mercado, mas tal intervenção visava, a bem da verdade, assegurar a estabilidade do próprio modelo liberal. Sobre o tema André Ramos Tavares realiza precisa distinção em relação ao Estado Interventor e o Estado (Interventor) Social, que será tratado adiante (TAVARES, 2011. p. 48).

A conclusão de Eros Grau acima referida é inspirada no trabalho do filósofo húngaro Karl Polanyi, que em sua obra “A grande transformação – as origens de nossa época” realizou firme contraponto ao liberalismo e analisou de maneira detalhada a autorregulação imperfeita do mercado ao longo do Século XIX, o que levou à necessária intervenção estatal no domínio econômico não somente para garantia dos próprios princípios liberais, mas para efetivar o desenvolvimento econômico.

Karl Polanyi aponta que a autorregulação da economia pelos controladores do mercado poderia ter resultado em um colapso sem precedentes na sociedade ou até mesmo sua extinção, sendo que um “duplo movimento” permitiu, ao mesmo tempo, a expansão desse mercado autorregulado e, por outro lado, o seu controle pela sociedade que “se protegeu contra os perigos inerentes” a esse sistema (POLANYI, 2000, p. 98). E teria sido justamente essa proteção exercida pela sociedade que teria assegurado o reequilíbrio das relações econômicas e a retomada da participação do Estado nelas.

Polanyi, em seu trabalho, questiona justamente quem se dota das liberdades pregadas pelo liberalismo e quem estaria somente exposto a tais liberdades, sofrendo diretamente com os ônus decorrentes da proteção dos interesses de somente um grupo, que se beneficia com as regras por eles impostas, então direcionadas e erigidas por um Estado que serve justamente a esses grupos, então os beneficiários da liberdade desses controladores do Estado Liberal.

O foco da análise acerca dos reflexos do liberalismo costuma ser o trabalhador e com Polanyi não é diferente, mas os consumidores, grupo então inexistente e que sequer era identificado como grupo passível de proteção naquele momento, são privados brutalmente de suas liberdades e levados ao mundo de sonhos descrito inicialmente por Williams, fruto de técnicas publicitárias agressivas e profunda pretensão dominadora dos produtores.

Portanto, ao longo de quase dois séculos, o desenvolvimento econômico foi cercado de debates filosóficos, sociais e políticos que tratavam da relação do capital com a mão de obra, dos modelos capitalista e socialista e as consequências de cada ideal para o desenvolvimento humano. A consolidação do modelo capitalista, inicialmente em um mercado autorregulado e posteriormente diante de participação estatal direta, fez com que a consolidação da sociedade de consumo não integrasse seu principal agente, o consumidor, ao seio de sua estrutura e como ente ativo de sua regulação.

Ao longo de todo o Século XIX o mercado se desenvolveu, o Estado regulou as relações humanas e o entendimento de que a todos estava assegurado o direito de livre desenvolvimento pessoal e, conseqüentemente, o desenvolvimento social, ocultou a fria realidade de que esse mesmo indivíduo, como ente passivo das atividades desse mercado que se desenvolviam, assumiu uma postura absolutamente passiva e sem qualquer influência no desenvolvimento do mercado.

Essa fragilização do indivíduo-consumidor e a sua situação na sociedade como mero espectador gerou um desequilíbrio irreparável na relação do mercado com essa nova figura que assumia uma especial proporção na sociedade de consumo de massa. Não houve preocupação, como se nota, na garantia da liberdade dessas duas faces do indivíduo – não somente o indivíduo-produtor gerador de riquezas, mas também o indivíduo-consumidor provido pelo mercado.

Até porque não havia um movimento coordenado de dominação e controle dessa sociedade de consumo tal qual de fato ocorreu. A pretensão de reduzir as escolhas do consumidor e dotar o mercado de controle sobre tal situação sempre houve, evidentemente. O que se questiona neste trabalho é se havia a perspectiva de que o consumo assumiria o papel central da sociedade e que esses consumidores validariam e estimulariam esse modelo tal qual foi feito. Certamente não havia tal expectativa.

Tanto isso é verdade que a fase da Sedução descrita por Lipovetsky teria se desenvolvido ao longo de aproximadamente 70 anos, reflexo direto de movimentos da sociedade ocorridos ao longo dos dois séculos anteriores, quando a burguesia consolidou sua colocação na sociedade e teve condições de alterar as aspirações dos indivíduos a gerar na “grande transformação” descrita por MCCRACKEN (2003, p. 49). Assim, a sociedade vinha alterando seu comportamento, os bens passaram a se dotar de significados culturais até que o próprio consumo tornou-se cultural e delineador da sociedade Moderna.

Por isso a conclusão de que na dominação do mercado pelos fornecedores não havia a deliberada pretensão de excluir o consumidor do processo de estruturação da ordem econômica por entender que tal seria nociva ao sistema.

Exclui-se para assegurar de maneira mais fácil o objetivo dos produtores: o lucro. Sequer havia o conhecimento das implicações e desequilíbrios futuros que tal situação geraria no futuro, tendo como resultado o enfraquecimento do próprio sistema, como hoje foi possível concluir.

Enquanto o consumidor atendia às expectativas do mercado, pois estava seduzido pelos produtos oferecidos e aprisionado nesse novo modelo de comportamento em que o consumo assume papel central da sociedade, as perspectivas de lucratividade das empresas eram atingidas e o real ideário dos produtores era somente manter esse círculo supostamente virtuoso às suas pretensões individuais e egoístas.

Tem-se, então, que somente no surgimento do Estado Liberal foi possível satisfazer legitimamente os interesses dos indivíduos-consumidores, de forma que a ordem econômica então posta foi mediante o equilíbrio dos interesses dos fornecedores e dos consumidores, figuras ainda não claras naquela sociedade. Por isso se afirmou no primeiro capítulo que “havia, aqui, a harmonia necessária para desenvolvimento do mercado de maneira saudável”, pois no nascimento dessa relação de consumo que a cada dia tornava-se mais massificada, a produção ainda era vinculada à demanda apresentada pelos consumidores e as técnicas de sedução e oferta dos produtos não eram tão dominantes como viriam a ser. Daí, também, a menção ao entendimento de POLANYI (2000, p. 99) de que a própria sociedade cuidou do contramovimento que permitiria o posterior e necessário reequilíbrio dessa relação.

No campo das relações de consumo vale reiterar a visão de LIPOVETSKY de que o consumidor, mais do que ser simplesmente manipulado, aceita o ser, apontando o “*homo consumericus*” como vetor do mercado e direcionador da atuação dos fornecedores. Assim, por mais que o mercado tenha atingido níveis extremos de descontrole decorrente da inefetiva autorregulação, os consumidores e, em conjunto, o Estado, sempre se mantiveram atentos aos necessários ajustes para evitar uma ruptura do sistema como um todo.

Esse contramovimento se dá tanto pela postura dos consumidores como na reação dos indivíduos perante o Estado, que passa a alterar a finalidade de sua atuação reguladora, que antes tinha por pretensão assegurar o próprio modelo liberal, e no novo modelo passa a agir como garantidor social, idealizador e executor de políticas públicas que visem o bem estar social. Isso ocorre antes que se vislumbre a necessidade de atuação do Estado para efetiva proteção dos consumidores, pois o mercado, apesar de se desenvolver em clara desigualdade entre consumidores e produtores, ainda observava um consumidor ávido por novidades e estimulando esse comportamento.

O conflito naquele momento era claramente entre o capital e o trabalho, uma longa batalha de fins ideológicos que colocava os empregados e os funcionários em conflito justamente em razão da expressiva lucratividade das empresas e dos desequilíbrios causados pelo liberalismo econômico. Estaria o Estado Liberal assegurando aos indivíduos a trabalho a liberdade apregoada pelo sistema e assegurando-lhe a dignidade necessária? Então a atuação intervencionista do Estado surge visando assegurar direitos sociais dos trabalhadores enquanto membros ativos do próprio modelo.

Antes mesmo de adentrar na análise da fase intervencionista do Estado e suas consequências para a sociedade de consumo e para o surgimento dos direitos do consumidor, vale estabelecer com clareza se realmente há intervenção de fato do Estado ou se há mera atuação no exercício de sua natural titularidade.

Eros Grau destaca que “a ideia de intervenção tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil” daí que, ao intervir, o Estado se dotaria de papel que não é seu, mas sim da sociedade civil. Para o autor essa concepção é equivocada na medida em que “família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestação de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens” (GRAU, 2008: p. 19).

André Ramos Tavares aponta, nesse sentido, que o Estado Liberal Interventor não tem preocupações sociais, mas meramente técnicas comprometidas

pela estabilidade do próprio movimento liberalismo (TAVARES, 2011: p. 52), sendo que cabe ao Estado (interventor) social “atender aos reclamos de índole assistencial da sociedade, que clamava por uma intervenção estatal que assegurasse condições mínimas” (TAVARES, 2011: p. 56).

Portanto, o Estado sempre esteve apto a atuar na regulação econômica enquanto dever do poder público, atuação essa voltada, ao longo da vigência do modelo liberal de Estado para a sua manutenção e consolidação do modelo capitalista. Intervenção houve, sim, somente quando o Estado adentrou em área de atuação da iniciativa privada, dotando-se de poderes para atuar em esfera que outrem deveria fazê-lo. Assim, não somente mediante a ruptura de sua atuação visando a proteção do modelo liberal como mediante a intervenção direta e indireta do Estado do domínio econômico, o modelo liberal viu seu declínio no início do Século XX, tendo o Estado (Interventor) Social assumido posição central nas Constituições pós primeira Guerra.

E para Eros Grau a passagem do modelo liberal para a ordem intervencionista social não configura uma ruptura em si, mas o “desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa”, pois “a transformação se dá no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas”, o que ocorre quanto “a ordem econômica – parcela da ordem jurídica -, já instalada no nível constitucional, passa a predicar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando à sua preservação”. (GRAU, 2008: p. 72-73).

2.1.2. O Estado Social e o Estado Democrático de Direito

O início do Século XX denotava uma sociedade de consumo já consolidada na Europa Central e nos Estados Unidos da América, que viam uma produção massificada e o início do modelo de produção Fordista de bens de consumo. Mais do que isso os consumidores se deparavam com a definição unilateral de preços pelo mercado, com o crescimento do modelo de contratação por adesão e o crescimento do crédito ofertado no mercado. Esses fatores terminaram de inserir no mercado de consumo aqueles ainda excluídos e reduziram ainda mais a ação dos

indivíduos, que seguiam passivos e sem qualquer possibilidade de questionamento ou negociação.

Se esse crescente desequilíbrio ainda não refletia na necessária positivação da proteção desse segmento da economia, nesse mesmo momento iniciou o movimento em diversos Estados buscando a efetivação de políticas públicas assistenciais.

Assim, no período da primeira guerra (1914/1918) os Estados se viram obrigados a atuar diretamente no domínio econômico mediante regulação e a edição de normas cogentes visando disciplinar a conduta da iniciativa privada, como também sob a intervenção direta mediante a gestão da atividade econômica com a atuação industrial estatal. A produção passa a ser voltada de maneira expressiva para a Guerra e a dificuldade de atendimento às pretensões sociais da população torna imprescindível uma mudança de paradigma.

Até mesmo em função disso, as Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial consagram, além dos direitos individuais objeto da Declaração de 1789, os direitos sociais, que dependem de prestação pelo Estado para serem experimentados pelos cidadãos. BERCOVICI destaca, em resumo, as alterações sociais que refletiram na necessidade de reconhecimento desses direitos sociais constitucionalmente:

A formação da sociedade industrial acarreta o enfraquecimento do liberalismo, embora o discurso liberal permanecesse hegemônico. A ampliação da população urbana gerou uma maior demanda por serviços públicos e por infraestruturas essenciais, como transporte urbano, energia, saneamento, habitação, além da necessidade de investimentos maciços em ferrovias, portos, usinas geradoras de energia, estradas, etc. As precárias condições de trabalho, especialmente nas fábricas, no decorrer de todo o século XIX, seriam contestadas pelos movimentos dos trabalhadores e de suas lutas surgiriam as primeiras leis trabalhistas e de seguridade social, além do início da ampliação do direito de voto, que culminaria na adoção do sufrágio universal, masculino e feminino, após a Primeira Guerra Mundial, em países como a Inglaterra e a Alemanha (BERCOVICI, 2013: p. 254).

As Constituições decorrentes desse movimento visam o estabelecimento de uma “democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade”

(BERCOVICI, 2013: p. 253) em movimento observado especialmente em Estados europeus e alguns americanos.

Em que pese a Constituição Mexicana de 1917 tenha consagrado esse novo modelo, aquela que gerou maior repercussão na transformação da posição do Estado foi a Constituição de Weimar, de 1919 que assumiu “compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha” (BERCOVICI, 2005: p. 12). Os Estados passam, então, a incorporar a economia em suas diretrizes constitucionais e a intervir com intensidade no domínio econômico.

Esse novo modelo foi inspirado no escólio de John Maynard Keynes, para quem a economia se torna assunto de Estado fundamental para assegurar os demais objetivos do Estado mediante políticas públicas. Assim, nos termos da teoria material da Constituição, esta não fica adstrita à sua normatividade, assumindo, ainda, função política, social e econômica, respondendo, portanto, pela instituição do regime político-social do Estado.

Para Gilberto Dupas o pensamento de Keynes legitimava a pretensão de reequilíbrio entre a política capitalista e a efetivação dos direitos sociais e o dever do Estado assumir justamente esse caráter integrador:

De fato o keynesianismo manteve, desde o pós guerra, a expectativa de que o Estado poderia harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia. Acabou fornecendo bases para um compromisso de classe, ao oferecer aos partidos políticos representantes dos trabalhadores uma justificativa para exercer o governo em sociedades capitalistas, abraçando as metas de pleno emprego e de redistribuição de renda a favor do consumo popular. O Estado provedor de serviços sociais e regulador do mercado tornava-se mediador das relações – e dos conflitos – sociais. (DUPAS, 2000: p. 94).

André Ramos Tavares, nesse sentido, aponta que: “o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos” (TAVARES, 2011: p. 63). Assim, diante da proteção da pessoa humana, os indivíduos, nas relações de consumo, também passam a ter seus direitos tutelados “instrumentalizando-se seus interesses

patrimoniais à tutela de sua dignidade e valores existenciais” (TEPEDINO, 2001. p. 250).

Esse modelo, apesar de consagrado na CF88, já era aplicado com base nas Constituições anteriores. No emblemático julgamento do Habeas Corpus 30.355, julgado em 21 de julho de 1948, o Ministro Castro Nunes, ao tratar de tabelamento de preços, ponderou que “[...] a Constituição vigente permite ampla intervenção estatal na ordem econômica. Há, nesse sentido, uma série de providências que marcam, inequivocamente, que ela não adotou – e nem poderia adotar – o anacrônico *laissez-faire*, *laissez-passer* em face da ordem econômica” (VENANCIO FILHO, 1968: p. 233).

Portanto, sequer é possível afirmar que o modelo liberal clássico teve amparo constitucional no Estado brasileiro, em que pese as políticas governamentais por muitos anos tenham adotado o modelo intervencionista com a pretensão de validação de um modelo liberal, e não com o objetivo de consagração de equilibrar o a livre iniciativa com o desenvolvimento social.

Em que pese a consagração do modelo constitucional dirigente (CANOTILHO, 2001) e do estado do bem estar social, houve (como ainda há atualmente) movimento contrário reagindo ao Estado Intervencionista e do bem estar social inspirado nos ideais do liberalismo clássico. Esse movimento neoliberal fundamenta-se na obra Friedrich August von Hayek, *O caminho da servidão*, de 1944, onde o autor denuncia como grave ameaça à liberdade econômica o intervencionismo então praticado pelo Estado perante o mercado.

Para fins do presente estudo, em que pese os primeiros governos posteriores à promulgação da CF88 tenham adotado políticas e promovido emendas constitucionais de cunho (supostamente) neoliberal, visando permitir maior liberdade de atuação econômica no Brasil por empresas estrangeiras, não se entenderá que há um caminho tencionando para uma maior abertura econômica e redução do intervencionismo estatal nos domínios econômico e social.

Em tese que trata justamente do papel do Estado na ordem econômica e social, Ronaldo Baltar aponta que o discurso neoliberal não teria como ser aplicado efetivamente em países subdesenvolvidos em que sequer o houve efetiva implementação dos ideais liberais ou mesmo alteração estrutural nesse modelo passível de ser compreendido como um regime de bem estar social (BALTAR, 1996: p.113-114). A bem da verdade, como se verá, apesar da CF88 consagrar uma estrutura normativa dirigente e programática tal ainda pende de efetiva implementação, sendo indevido apontar potencial reflexo neoliberal no modelo de Estado nacional.

Daí a fundamental importância, para este estudo, de contextualizar o surgimento da ordem econômica hoje vigente e o surgimento dos princípios constitucionais que a consagram. A origem dessas constituições tem por base essa ruptura do Estado Liberal e a necessidade do Estado, como ente ativo dessa ordem econômica, assegurar o desenvolvimento sempre fundado nos direitos sociais agora consagrados.

E o equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a livre iniciativa, representada pela necessidade de desenvolvimento do país, passa necessariamente pela compreensão do modelo de Estado hoje vigente e da origem não somente do desequilíbrio hoje existente como do ordenamento jurídico em que as normas de equilíbrio, como é o caso do artigo 4º, III do CDC, se situam.

Portanto, a partir do momento em que há reconhecimento efetivo dos direitos do consumidor como fundamentais para o equilíbrio da ordem econômica e isso passa a ser refletido no texto constitucional programático e objeto de ação do Estado para que se busque sua efetividade, o consumidor não pode mais integrar essa relação como membro passivo da ordem econômica ou do mercado.

Aqui se reporta, então, ao Capítulo 1.1.3 onde se desenvolveu o histórico do surgimento do CDC no Brasil e foram apontados os fundamentos para que se desenvolvesse a necessária proteção do consumidor diante do surgimento absolutamente desequilibrado da sociedade de consumo no Brasil. Como apontado,

a exclusão e desigualdade social eram tão graves que não seria sequer correto apontar a existência de um modelo liberal ou social como reflexos dos cidadãos.

A Constituição de 1988 deverá ser tida, então, como consagradora da opção do Estado brasileiro pela associação direta da defesa da ordem econômica como implementadora dos fundamentos do Estado, em especial a cidadania e a dignidade da pessoa humana, conforme disposição expressa. E ao Estado não caberá mero controle para efetivação dos seus fundamentos enquanto Estado Democrático de Direito, mas efetiva atuação.

2.1.3. O papel do Estado de acordo com a Constituição Federal de 1988

Demonstrada a consagração do modelo constitucional dirigente no Brasil, não se pode afirmar que tal modelo hoje vige com absoluta efetividade. Para Lenio Streck há uma crise no meio jurídico nacional e o primeiro passo para que essa crise seja superada é o reconhecimento acerca de sua existência:

Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda. Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio (STRECK, 2003: p. 259).

Apesar da tentativa de revisão da ideia de Constituição dirigente promovida por Canotilho, quando admite a necessidade de maior abertura da constituição e ataca a politização do judiciário (STRECK, 2003: p. 271-274), essa visão não se aplicaria ao Estado brasileiro, pois não havia (e não há) no texto constitucional brasileiro a mesma carga revolucionária existente naquela aprovada em Portugal em 1976 assim como não está o Brasil sujeito às peculiaridades da regulamentação externa existente nos países da União Europeia a que Portugal se sujeita e que, portanto, integram o estudo de Canotilho.

Assim, a realidade brasileira é diversa e é possível afirmar, assente da doutrina pátria, que a nossa constituição, apesar de sua baixa efetividade, em especial como norma programática que visa a efetivação de direitos sociais,

consagra um modelo intervencionista social que prima pelo reequilíbrio das relações sociais com fundamento estabelecido de forma clara em seu artigo 3º.

Afinal, nunca é demais repetir que, em terra brasilis, o assim denominado Estado Social foi um simulacro. A força interventora do Estado serviu para exacerbar ainda mais as discrepâncias sociais. Estou convicto de que ainda é possível sustentar que um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias não pode ficar relegado a um plano secundário, mesmo em face das novas feições que assume a economia mundial em face do fenômeno da globalização (STRECK, 2003: p. 280).

Daí afirmar-se, na introdução deste trabalho, que apesar de ser promulgada uma constituição de caráter notadamente social e dela ter consagrado claramente a necessária estrutura para que o Estado interviesse no desequilíbrio existente nas relações de consumo, houve deliberada opção por não fazê-lo. A constituição é clara ao apontar a dignidade humana como seu fundamento e ao indica-la como objetivo da ordem econômica, assim como especifica expressamente os princípios que fundam a ordem econômica, incluindo aí a proteção aos consumidores em seu cerne, sempre com o objetivo de assegurar referida dignidade humana.

Ou seja, não pode haver dúvida acerca do conteúdo programático da constituição. Deve-se, sim, questionar a opção do Estado em não cumprir com o conteúdo aprovado e encerrar a simulação a que se refere Lenio Streck de que estaríamos diante de um Estado Social Intervencionista. E não se pretende nesse trabalho realizar uma análise da teoria de interpretação constitucional ou interpretação jurídica, tema que é explorado com maestria pelo próprio Lenio Streck em seu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* (STRECK, 2002) e por Georges Abboud em *precisa análise acerca da Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais* (ABBOUD, 2011).

De toda forma, o reflexo dessa postura passiva do Estado ao presente estudo é que apesar da boa vontade política em ver o CDC aprovado logo em 1990, tal não foi dotado da necessária efetividade e o Estado optou por vê-lo sofrendo questionamentos de todas as naturezas a lhe diminuir a efetividade e não somente impedir uma adequada proteção aos consumidores e o reequilíbrio das relações de

consumo como, em especial, colocar em risco até mesmo a segurança jurídica dos fornecedores interessados no real progresso e desenvolvimento nacional.

Mas apesar da clara ineficácia de boa parte do texto constitucional ao longo dos quase trinta anos de sua promulgação parece não haver dúvidas de que o seu caráter dirigente segue inabalado, ainda que o capitalismo tenha sofrido novas e reiteradas crises, a ofensiva neoliberal tenha se intensificado e o Estado tenha apresentado claras dificuldades de cumprimento de seu papel. Para BERCOVICI a CF88 mantém em seu texto “as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para a superação do subdesenvolvimento” (BERCOVICI, 2005, p. 9).

Para Eros Roberto Grau “a Constituição do Brasil é – tem sido – uma Constituição dirigente, e vincula o legislador. E, ainda que tenha sido múltiplas vezes emendada, seu cerne, que identifico fundamentalmente nos preceitos dos seus arts. 3º, 1º e 170, resta intocado”, apesar das emendas promovidas por Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso como reflexo do neoliberalismo (GRAU, 2005, p.366).

A ordem econômica prevista e ainda prestigiada segue, portanto, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos exatos termos do artigo 170, caput, da CF88, e impõe uma ação efetiva para concretização da sociedade de bem-estar e do desenvolvimento econômico necessários para realização da esperada e referida justiça social.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais (STRECK, 2003: p. 261).

A conclusão preliminar que se tem, então, é de que vige no Brasil uma constituição dirigente, de conteúdo programático, que deve ser implementada pelo Estado por meio de políticas públicas efetivas a despeito da sua clara omissão nesse sentido nos últimos anos a resultar em clara ineficácia de diversos princípios consagrados na CF88 e na dotação, até mesmo pelo judiciário, de poderes para implementação de políticas públicas

2.1.4. A gestão das políticas públicas

Concluindo-se que o Estado brasileiro está dotado de uma constituição dirigente e que vem se omitindo na sua efetivação, em que pese a existência não somente da norma constitucional reconhecendo os direitos sociais a serem implementados como, especialmente, de regras a lhes dar absoluta materialidade, torna-se imprescindível demonstrar que a implementação de políticas públicas não é somente uma possibilidade do Estado, mas sim um dever.

A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa meramente de prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder) (GRAU, 2008: p. 13).

Maria Paula Dallari Bucci, em artigo dedicado à análise da atuação do Estado enquanto implementador de políticas públicas, aponta que “as instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje” (BUCCI, 1997: p. 89). Tal repartição implicaria na atual dificuldade de ação prestacional pelo Estado.

A autora define as políticas públicas como “*a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*” (BUCCI, 1997: p. 91). Assim, de acordo com as competências definidas constitucionalmente (artigos 22, 24 e 30 da CF88) o Estado deverá implementar os

meios necessários à realização dos objetivos sociais. Nesse sentido, STRECK:

E, neste contexto, qual é o papel da constituição? Embora ela pretenda ter um papel de consagrar as bases de um projeto nacional, de um plano de transformações, de implementadora de políticas públicas e de estruturadora do Estado, isto não passou da pretensão. A própria doutrina constitucionalista brasileira, o que é outra tradição nossa, contribui para isso, com a autointitulada "Doutrina Brasileira da Efetividade" e a redução do debate constitucional às questões envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou às questões hermenêuticas e de interpretação, consagrando um deslocamento, que não necessariamente corresponde à realidade política, do centro do sistema constitucional da esfera dos poderes executivo e legislativo para o âmbito do poder judiciário (STRECK, 2003: p.280).

Fabio Konder Comparato busca amparo na lição de Dworkin, apontado como um dos únicos autores contemporâneos a buscar uma elaboração teórica para o tema das políticas públicas, para esclarecer o objetivo da política pública:

[...] aquela espécie de padrão de conduta (standard) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil (DWORKIN, 1978 Apud COMPARATO, 1997: p. 44).

Comparato ainda destaca que “as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva” (1997: p. 44), complementando, então, que “a política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio” (1997, p. 45).

Ou seja, as políticas são implementadas por atos administrativos em decorrência da norma constitucional e demais amparo normativo porventura existente, sendo definida e identificada pela sua finalidade, indicando de maneira precisa um padrão de conduta a ser adotado para consecução de um fim. E Maria Paula Dallari Bucci destaca justamente o surgimento de tal função pelo direito administrativo ao analisar o cenário existente nos Estados Unidos diante da Constituição que consagrou o Welfare State:

Num contexto em que direito administrativo é parte do problema central da teoria

política, isto é, da conciliação entre autoridade e liberdade, o tratamento jurídico da administração pública volta-se à instituição de autoridades administrativas com poderes para realizar políticas públicas – por definição, de interesse público – e à salvaguarda dos interesses privados contra a arbitrariedade administrativa ou o excesso de poder (BUCCI, 1997: p. 93).

Portanto, o Estado brasileiro estaria estruturado administrativamente para elaboração dessas políticas seja fundado nos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente seja em razão de previsões legais expressas que consagram Políticas Nacionais ou regionais específicas mediante, inclusive, a criação de sistema estruturado para esse fim. É o caso do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, criado antes mesmo da promulgação da CF88 pela Lei nº 6.938/81, e responsável pelo estabelecimento de um conjunto de ações visando a proteção da qualidade ambiental no Brasil.

Contudo, a razão do desenvolvimento deste tópico é compreender o cenário em que surge a Política Nacional de Relações de Consumo prevista no artigo 4º do CDC, que tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

E inobstante a previsão de que a harmonia das relações de consumo é um dos objetivos da Política a ser instituída, tal harmonia, nos termos do inciso III, deve ser buscada mediante a “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”.

Nesse ponto do trabalho é possível observar de forma clara a absoluta pertinência da previsão legal ora em análise e a sua conformação ao desenvolvimento da sociedade de consumo e do papel do Estado nessa sociedade.

A Política Nacional de Relações de Consumo reflete exatamente a existência de uma sociedade de consumo desequilibrada, inicialmente em razão da atuação dos fornecedores em um Estado Liberal, dirigida à satisfação de seus interesses pessoais (lucro) em detrimento da real satisfação das demandas existentes, e

seguida da própria validação, pelos consumidores, desse modelo de sedução em um momento de rápida urbanização e inserção nessa sociedade de consumo de milhões de interessados na absorção dessa nova cultura.

E essa Política se torna precisa para a situação brasileira, em que a sociedade viu seu processo de urbanização sem qualquer planejamento estatal a resultar em uma profunda desigualdade social e pobreza em suas grandes metrópoles. Assim, somente mediante a redistribuição de renda e melhora nos índices de desenvolvimento social, econômico e tecnológico seria possível ter relações de consumo equilibradas e harmônicas.

Daí a preocupação, ao delimitar dentre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo a obrigatoriedade de atendimento dos princípios da Ordem Econômica de forma a assegurar o desenvolvimento do país, pois a Constituição, dirigente, resultante da quebra do modelo de Estado Liberal e com vistas à efetivação dos direitos sociais e individuais, prevê como um dos instrumentos para instituição da justiça social justamente o desenvolvimento econômico e tecnológico, não entendidos aqui, como se verá, como mera pretensão de desenvolvimento dos índices econômicos, mas sim como corolários dessa justiça social.

2.2. OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Conforme se observou no capítulo anterior, o Direito Constitucional Econômico visa, além de sistematizar a atividade econômica mediante a atuação dos poderes público e privado, implementar políticas públicas como decorrência direta do afastamento da autorregulação do mercado decorrente do modelo de Estado Liberal. E a promoção dessas políticas públicas tem uma finalidade bem definida constitucionalmente: assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

Deixa-se aqui de novamente contextualizar o reconhecimento da dignidade humana como finalidade da ordem econômica, pois tal tema já foi tratado no capítulo 1.2 supra como parte fundamental na efetivação do direito do consumidor em nossa sociedade. Importante, contudo, e esse será o primeiro tópico deste capítulo, compreender justamente o conteúdo desta dignidade: acorde com os ditames da justiça social.

Se a finalidade merece atenção acerca do seu direcionamento, em relação fundamentos (artigo 170, caput) e aos princípios da ordem econômica (incisos do artigo 170), Eros Roberto Grau os enuncia associando-os às demais previsões constitucionais que consagram os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º), seus objetivos (artigo 3º) e os direitos fundamentais individuais e sociais (artigos 5º a 9º), para desenvolver a correlação entre cada um deles (GRAU, 2008: p. 194).

E especial atenção é dirigida ao fato da ordem econômica ser fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, indicadas conjuntamente como fundamentos aptos justamente a “assegurar a todos existência digna”. Seria essa livre iniciativa correlata ao livre exercício de atividade econômica tratado no parágrafo único? As duas previsões, em conjunto com o artigo 1º, IV, tratariam da garantia de livre atuação econômica consagrado pelo Estado Liberal?

A resposta ao primeiro questionamento é negativa na medida em que o livre exercício da atividade econômica assegurado tem “relevância normativa menor” (GRAU, 2008: p. 206) e pretende apontar que o direito de empresa deve atender à legalidade para ser exercido. A livre iniciativa é mais ampla e poderia, sim, fazer remissão ao pensamento liberal, especialmente por se ver vinculada à ideia de valorização ao trabalho (e aqui se remete ao pensamento de Adam Smith acerca da consagração do trabalho por meio da libertação dos indivíduos das amarras do Estado para desenvolvimento de suas atividades).

Entretanto, como se verá adiante como segundo tópico deste capítulo, não somente a previsão do artigo 1º é relacionada aos **valores sociais** dessa livre

iniciativa, como a previsão do caput do artigo 170 é aplicada conforme os ditames da justiça social, não se conformando, portanto, ao pensamento liberal.

Por fim, acerca dos princípios, o terceiro tópico desse capítulo tratará da defesa do consumidor, que tem pertinência direta com o tema deste trabalho. A defesa do consumidor é incluída como um dos princípios que deverá nortear a busca pela finalidade proposta – assegurar a todos existência digna –, sendo que essa defesa, nos termos da mesma constituição, deverá ser feita mediante a aprovação de um Código de Defesa do Consumidor (artigo 48 do ADCT) e do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, uma vez que consagrado o dever do Estado em promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII).

2.2.1. A existência digna conforme os ditames da justiça social

A proteção da dignidade humana apregoada pela ordem econômica constitucional não é destituída de conteúdo a lhe permitir a interpretação. Há expressa determinação que a existência digna seja garantida de acordo com os ditames da justiça social. E a ideia de justiça social para esse fim é demonstrada com felicidade por PETER (2008: p. 201) ao apontar que “não basta alguém possuir digna existência se aquele que está ao lado não possui dignidade alguma”.

Assim, reforça-se o caráter de que a existência digna buscada pela ordem econômica não é aquela de viés individual e sem conteúdo social referida no capítulo 1.2 supra, mas sim a de caráter social e que tem por pretensão dar efetividade aos direitos sociais. Trata-se da aplicação do desenvolvimento realizado anteriormente, pois a visão da dignidade por séculos foi justamente aquela vinculada aos valores individuais e não aos coletivos. COMPARATO desenvolve exatamente essa diferenciação em discurso com forte carga ideológica abaixo reproduzido:

Durante séculos, no entanto, a justiça, virtude cardeal dos profissionais do Direito, foi concebida e analisada more geométrico, como puro ente de razão, sem a menor ligação com a sensibilidade valorativa. A sua representação simbólica, aliás, é feita, tradicionalmente, sob a forma de uma personagem cega e neutra, de gênero indefinível, implacável e marmórea e m sua fria impassibilidade. A verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com equidistâncias formais nem se contenta com equilíbrios de circunstância.

No início do século, o grande jurista polonês Leon Petrasizky, que muito inspirou a primeira fase do pensamento do meu querido mestre, professor Goffredo da Silva Telles Júnior, sustentou que os valores sociais não se deixam captar pela razão racionante nem se descobrem pela mera observação empírica, mas se revelam graças a uma intuição emocional. Chegou mesmo a falar em "emoção normativa" como fonte criadora do Direito e estabeleceu a ligação essencial entre o direito justo e o amor na vida social.

É lamentável que o positivismo empedernido das últimas décadas haja afastado essa preciosa lição como mera pieguice retórica. Numa espécie de análise fenomenológica *ante litteram*, Aristóteles já havia assinalado, na *Ética a Eudemo*, a assimilação da justiça à amizade. Na verdade, a grande crise de valores deste final de século só encontrará solução quando os governantes passarem a guiar a sua competência técnica pelo valor da justiça social, que representa a objetivação do amor comunitário. Não é ocioso, de resto, lembrar que a solidariedade - o valor que inspirou a última geração dos direitos humanos, no decorrer deste século - foi corretamente denominada fraternidade pelos revolucionários de 1789.

Mas, obviamente, essa sintonia com os grandes valores sociais supõe, de parte dos que nos governam, uma dupla sensibilidade ética. De um lado, a compreensão dos limites essenciais da condição humana, na firme rejeição daquela hubris, ou ausência de medida, que a sabedoria grega sempre considerou como a matriz da tragédia. De outro lado, um sentimento de compaixão universal, a simpatia na exata acepção etimológica da palavra, ou seja, a capacidade de sofrer com os fracos, os pobres e os humilhados do mundo inteiro.

É somente assim que os juristas contemporâneos, resgatando afinal todas as fraquezas e prevaricações passadas, poderão ser tidos e louvados como servidores da humanidade. (COMPARATO, 1995: p. 503-504).

Portanto, a valorização do indivíduo perde a conotação individual e é vista como forma de valorização da própria sociedade, de forma que a noção de igualdade material ganha força sob o Fundamento Ético Kantiano, já exposto brevemente no Capítulo que tratou da dignidade da pessoa humana. Com base justamente na busca dessa igualdade que José Afonso da Silva aponta que o sistema capitalista dificulta sobremaneira atingir o fim proposto pela ordem econômica, pois “a justiça social somente se realiza mediante a equitativa distribuição de riqueza” (SILVA, 2007: p. 710).

Assim, a finalidade da ordem econômica deixa de possuir uma carga individualista bem como deixa de privilegiar os princípios nos quais se funda a própria atividade econômica, sendo que a consagração de princípios como a defesa ao consumidor, ao meio ambiente e a busca pelo pleno emprego consagram justamente “a compreensão de que o capitalismo há de humanizar-se com a efetivação da justiça social” (SILVA, 2007: p. 710).

Até mesmo a garantia à livre iniciativa é amparada intimamente na valorização do trabalho, que prevalece como prioritária em face dos demais princípios e fundamento da ordem econômica justamente pelo seu caráter transformador (*potencialidades transformadoras* para GRAU, 2008: 200), denotando evidente quebra no modelo de Estado Liberal, que consagrava a liberdade da atividade econômica em detrimento dos demais princípios.

A conformação desses princípios com a defesa do consumidor, portanto, deve ser realizada sempre com vistas à harmonização em relação aos demais princípios, pois todos atuam conjuntamente visando a consagração da justiça social e o desenvolvimento nacional. Claudia Lima Marques aponta, inclusive, que a CF seria “o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário” (MARQUES, 2008: p.28), reforçando o caráter normativo da Constituição para implementação desse direito solidário.

E para conformar essa reconstrução e reequilíbrio, é imprescindível retomar o fato de que a sociedade de consumo, em especial a brasileira, vive séria crise decorrente da atuação desmedida dos fornecedores, que não adequaram seu padrão de atuação no exterior ao modelo da ordem econômica proposta no Brasil gerando um descompasso extremo.

Ao assumir papel central na sociedade, os consumidores passaram a deter uma forte relação de interdependência em relação aos demais atores da ordem econômica, assumindo-se o dever de proteção especial em diversas situações. Ricardo Camargo aponta justamente que o equilíbrio entre força de trabalho, tema desse tópico, e o consumo é imprescindível sob pena de colapso do próprio sistema:

O mercado pode prescindir do trabalhador substituindo-o por capital, tecnologia, informação e escala, mas não pode sobreviver sem consumidores e sem ideologia. Sem trabalho, os homens perdem o referencial enquanto homens modernos e não sabem o que fazer das mãos e mentes desocupadas, e muito menos o que fazer para o sustento próprio e das suas famílias. O descarte do trabalho enquanto finalidade econômica e até mesmo enquanto fator de produção em setores genéricos da economia, se a curto prazo representa ganho na redução de custo e diminuição de preços, a médio e longo prazos gera o rompimento da precária homeostase do sistema, acirrando competição entre grupos, nações e etnias. Por outro lado, a

redução das pessoas empregadas faz reduzir, na mesma proporção, o potencial de consumo, desestabilizando social e economicamente todo o sistema (CAMARGO, 1993: p. 69).

Portanto, “os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna”, tudo a permitir a materialização dos direitos à livre escolha do trabalho pelo trabalhador e ao recebimento de uma remuneração que lhe permita a existência digna preconizada (SILVA, 2007: p. 39).

2.2.2. Garantia ao livre exercício econômico e ao desenvolvimento

No tópico anterior apresentou-se a base fundamental da ordem econômica enquanto promotora de uma existência digna com base na justiça social e se prefaciou a necessidade de equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho, o que representa uma quebra ao modelo puramente liberal do Século XIX.

O princípio da livre iniciativa, apesar de refletir primariamente o conteúdo das Revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, que asseguraram aos fornecedores a possibilidade de instalação das atividades, realização de seus investimentos livremente, competir no mercado e auferir lucros, agora está inserido em um modelo de Estado que não permite mais a atuação desmedida dos controladores do mercado. Na visão clássica:

[...] a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para a sua própria expressão e dignidade enquanto homem, porque cabe-lhe imprimir um destino à sua vida, uma escolha, a expressão de sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica (BASTOS, 1998: p. 452).

Entretanto, os valores fundadores da livre iniciativa ficam hoje “subordinados à função social da empresa e ao dever do empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, exigidas pela valorização do trabalho” (SILVA, 2007: p. 39). José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo ainda destaca nesse sentido:

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. (SILVA, 1989: p. 663-664).

Lafayette Josué Petter destaca, ainda, que o mero desenvolvimento é despropositado se dele não decorrer do crescimento do bem estar econômico:

[...] o capitalismo propicia o crescimento econômico, mas o desenvolvimento econômico é aquele que afere dignidade da existência de todos, num ambiente de justiça social. Nessa linha de raciocínio, ganha clareza o conceito econômico exposto por Milone, que caracteriza o desenvolvimento econômico pela constatação de um crescimento bem-estar econômico, medido por meio dos indicadores de natureza econômica, *v.g.*, produto nacional e renda *per capita*, mas que inclui, em seu conceito de desenvolvimento, a verificação da diminuição dos níveis de pobreza, do desemprego, da desigualdade, das condições de saúde, nutrição, educação, moradia e transportes (PETTER, 2008, p. 88).

Na mesma linha de pensamento Carla Rister aponta a pretensão de elevação do nível econômico e intelectual da população a permitir o desenvolvimento de um ciclo de mobilidade social intermitente, defendendo que “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário” (RISTER, 2007: p.2).

Esse compromisso pelo desenvolvimento como forma de transformação social encontra amparo e incentivo, inclusive em Pactos Internacionais, como é o caso do PIDESC, em vigor desde 1976 e ratificado pelo Brasil em 1992, sendo este o principal instrumento internacional relativo aos DESC. A CDHNU proclamou logo na sequência a existência do direito ao desenvolvimento em 1977 (Resolução nº 4, XXXIII), tendo, dois anos após, confirmado a existência da igualdade de oportunidade como uma prerrogativa das nações e dos indivíduos.

Apesar do compromisso em promover e garantir os direitos previstos no Pacto, em especial para adoção de políticas públicas e programas, quanto para promover ações compatíveis com sua efetivação para todos os seus cidadãos. A situação do Brasil, contudo, não é animadora e o Governo Federal apresentou seu primeiro informe ao Comitê de DESC somente em 2001 e apesar de algumas trocas de contra-informes as recomendações realizadas em 2006 (disponível em http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Relatorio_2006.pdf) não vêm sendo cumpridas satisfatoriamente.

De qualquer forma os Pactos Internacionais de DESC são normas internacionais que representam o compromisso do país em promover o adequado desenvolvimento dos direitos econômicos associados aos direitos sociais e culturais, de forma que a sociedade tenha condições de se transformar de maneira adequada e justa.

E é justamente com vistas à garantia do desenvolvimento do país e da economia que se garante a livre iniciativa mesmo que o modelo de Estado Liberal não esteja mais vigente, pois o crescimento dos índices sociais passa necessariamente pela evolução dos índices econômicos que prescindem de uma atuação empresarial forte e estável a garantir o pleno emprego, o equilíbrio da produção e do consumo e, finalmente, o desenvolvimento dos indivíduos e do Brasil.

2.2.3. A Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor enquanto princípio da ordem econômica atende de maneira específica a conformação dessa ordem aos seus fundamentos e finalidades acima expostos. A compreensão do papel da defesa do consumidor nessa ordem liga-se diretamente ao histórico traçado no primeiro capítulo deste trabalho e à evolução absolutamente desequilibrada da sociedade de consumo nos países desenvolvidos no início do Século XX e ao longo das décadas de 50 a 70 no Brasil a gerar profundo desamparo aos consumidores.

Com sua consagração na Constituição Federal, o direito do consumidor foi dotado de triplo mandamento, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

[...] o direito do consumidor visa cumprir um Triplo Mandamento constitucional: 1) promover a defesa dos consumidores; 2) de observar e assegurar como princípio geral e imperativo da atividade econômica, a necessária defesa do sujeito de direitos, o consumidor; 3) de sistematizar a tutela especial infraconstitucional através de uma microcodificação. (MARQUES, 2008, p. 25).

Assim, para a doutrina nacional a defesa do consumidor, dotada de amparo constitucional e status de direito fundamental, teria preferência em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional (MIRAGEM, 2007, p. 111). Para Marcelo Schenk Duque:

[...] o reconhecimento do significado dos direitos fundamentais a partir do seu caráter objetivo legítima, portanto, a proteção do consumidor como um verdadeiro direito fundamental, corolário do entendimento de que zelar pela tradição dos direitos fundamentais por meio de seu desenvolvimento posterior é uma tarefa permanente. Assim, o simples fato de a proteção constitucional do consumidor não ser enquadrada como um típico direito de defesa, oponível contra o Estado, não lhe retira por si só, o caráter jurídico fundamental. Nessa perspectiva, a evolução e a consolidação da compreensão dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva mostram-se apropriados para justificar a proteção constitucional do consumidor, à medida que valorizam a pessoa como fundamento do Estado e como razão de ser dos direitos fundamentais, e à medida que fundamentam a criação de construções doutrinárias capazes de transportar os efeitos dos direitos fundamentais para o âmbito privado, nos termos que seguem. (DUQUE, 2009: p. 145).

E se a previsão do art. 5º, XXXII, da CF88 cria efetivamente um direito fundamental, o mesmo não se pode dizer acerca dos direitos essenciais garantidos aos consumidores por meio do CDC:

Na vigência da 1ª Revisão da Constituição Portuguesa, os seus mais autorizados intérpretes consideravam que a declaração de que “os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos e à reparação de danos” representava a criação de autênticos direitos fundamentais “fora do catálogo” (CANOTILHO; MOREIRA, 1984: p. 475).

E a promoção da defesa, ainda considerada a previsão constitucional, também não encontra regras definidas constitucionalmente, pendendo a proteção da aprovação do CDC nos termos do artigo 48 da ADCT:

Para que isso se verificasse, seria preciso que todo consumidor fosse titular, contra o Estado (em que extensão subjetiva: toda e qualquer pessoa jurídica de direito público interno e, também, todas as entidades da chamada Administração Pública indireta?), de uma pretensão a uma prestação determinada. Ora, a proteção ao consumidor,

referida genericamente no citado dispositivo de nossa Constituição, não pode ser considerada uma prestação pública determinada. Ademais, a referência à mediatização da lei parece indicar que nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei. (COMPARATO, 1990: p. 69).

Portanto, a defesa do consumidor representa um direito fundamental dos indivíduos constitucionalmente garantido, e um princípio da ordem econômica que deverá auxiliar na promoção da existência digna e efetivação da justiça social, atendidos os preceitos de assegurar o livre desempenho da atividade econômica, a proteção do valor do trabalho e o desenvolvimento do país.

Assim, a defesa do consumidor, uma vez declarada no art.170, como princípio geral da atividade econômica, “dá uma ideia precisa de como o constituinte brasileiro de 1988 entendeu as relações de consumo. O consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado unicamente como agente econômico” (COMPARATO, 1990: p. 70).

3 – A EFETIVIDADE²³ DO ART. 4º, III, DO CDC:

Em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino contra a lei 8.039/90, julgada em 03 de março de 1993, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que denota de maneira exemplar a pretensão do constituinte em instituir uma ordem econômica que garantisse a efetivação de justiça social por meio da CF88. Já na ementa observa-se tal pretensão:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. (ADI 319-4-DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036).

Em menos de cinco anos da vigência da CF88 e três da vigência do CDC o STF foi questionado acerca da interpretação a ser dada quando houvesse aparente confronto entre os princípios do artigo 170 da Constituição Federal e a resposta foi clara: a finalidade da ordem econômica é assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social, de forma que os princípios não se configuram um fim em si mesmo, mas um meio de atingir tal finalidade.

O acórdão enfrenta, de proêmio, a suposta existência de conflito entre os princípios para, prontamente, afastar tal entendimento sob a ótica justamente da finalidade da ordem econômica. Os ministros apontam que não haverá conflito uma

²³ O conceito de eficiência está ligado à realização de uma tarefa ou designação da maneira correta. Assim, cumprir uma tarefa com eficiência é realiza-la tal qual foi proposta. Já a eficácia diz respeito não à correção na realização de uma tarefa, mas sim à forma e ao resultado deste processo. PAULO SANDRONI aponta que “fazer a coisa certa de forma certa é a melhor definição de trabalho eficiente e eficaz”. É exatamente desses dois conceitos que decorre a definição de efetividade, que se relaciona à satisfação na realização da tarefa. Assim, e simplificando, ser efetivo é realizar o que lhe é proposto corretamente (eficiência) atingindo-se o resultado pretendido (eficácia). Daí a escolha do nome do capítulo pela busca da efetividade do artigo 4º, III, do CDC, pois o que se busca é a sua implementação efetiva e sua aplicação eficaz justamente para que os resultados almejados sejam atingidos.

vez que a aplicação de cada princípio elencado no artigo 170 da CF88 deverá ser realizada com vistas à efetivação da finalidade da instituição da ordem econômica pelo texto constitucional.

Para tanto, assim como é feito neste trabalho no capítulo 2 acima, o referido acórdão trata exatamente da transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, ponderando que a livre iniciativa, apesar de consagrada como fundamento da ordem econômica (a despeito das constituições anteriores, que a tinha como princípio) teve maiores limitações justamente em favor da justiça social, “tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa”, nas palavras do Ministro Castro Meira.

O Ministro ainda complementa no inteiro teor do seu voto que “entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, XXXII) e o da redução das desigualdades sociais”. Assim, para o Ministro, a proteção ao direito do consumidor refletia (como reflete), em diversos aspectos, justamente a possibilidade de promoção da justiça social.

O ministro Celso de Mello, em voto-vista, arremata com o entendimento da Suprema Corte sobre o papel do Estado Brasileiro, que prima pela solução das questões sociais antes esquecidas:

O estágio de evolução em que se encontra o Estado contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de sua transformação. O Estado não pode ser visto como um aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante. A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sociais, o Estado terá, certamente, falhado à sua alta missão institucional.

Esse julgamento é emblemático na medida em que reconhece o direito do consumidor como fundamental para a efetivação da justiça social que a ordem econômica deverá promover, e dá a exata ideia do texto do artigo 4º, III, do CDC,

que tem como mote justamente remeter o aplicador da lei e seu intérprete exatamente a esse artigo 170 da CF88, sempre lembrando qual o papel do direito do consumidor nesse Estado Social que a obrigação de efetivar os Direitos Sociais e individuais garantidos por meio do texto constitucional.

Em que pese a precisão do acórdão e a possibilidade de tornar-se referência futura para efetivação do equilíbrio almejado entre os fornecedores e os consumidores, foram raros os acórdãos que trataram desse papel do Estado no desenvolvimento do país mediante os preceitos da justiça social. As discussões, aliás, permaneceram restritas, na Suprema Corte, à análise de legislações que tinha justamente a pretensão de regular atividades que, no entendimento dos fornecedores, não deveriam ter intervenção estatal.

No âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que teria amplo espaço para discutir o alcance do artigo 4º, III, do CDC, a discussão ficou praticamente restrita a dois tópicos centrais: a boa fé objetiva e o equilíbrio contratual. Evidentemente tal discussão já é notável e certamente já alcançou notório resultado, como se verá nos tópicos seguintes.

Entretanto, o objetivo central do referido dispositivo legal – a harmonia de interesses entre fornecedor e consumidor de modo a compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico – não vem recebendo a devida atenção pelos aplicadores do direito e pelos tribunais, de forma que o embate entre fornecedores e consumidores vem se polarizando, muitas vezes, como uma disputa entre juízes “consumeristas radicais”, que pretendem ver o CDC aplicado indiscriminadamente visando a proteção dos consumidores²⁴ e outros juízes que adotam uma postura extremamente conservadora e chegam ao extremo de apontar que a aprovação do CC02 daria azo à revogação do CDC e a incorporação definitiva do direito consumidor como subárea do direito civil²⁵.

²⁴ Em movimento observado especialmente nas decisões dos Juizados Especiais Cíveis e na atuação de diversas associações que visam a defesa dos consumidores como absoluta no mercado.

²⁵ Pensamento prontamente combatido por autores como Cláudia Lima Marques (2004: p. 37-67), que passou a defender o necessário diálogo entre as fontes para maior efetividade de seus princípios recém-consagrados pelos dois diplomas: “Ocorre que o novo Código Civil Brasileiro, a contrário do Código Civil alemão reformado em 2000,82 nada menciona sobre ‘consumidores’. Esta expressão constitucional (Art. 170,V da CF/88) não

Esses debates também são importantes, obviamente, mas criam a equivocada ideia de que a proteção do consumidor é antagônica aos interesses dos fornecedores. Diz-se equivocada, pois o mercado desequilibrado como o existente no Brasil previamente à aprovação do CDC e narrado no Capítulo 1 deste trabalho, certamente é prejudicial aos fornecedores, pois não permite a própria sustentabilidade do mercado e a estabilidade necessária para o seu desenvolvimento. Tratar o mercado nacional como vem sendo feito desde 1500 – como colônia a ser explorada sem preocupação com seu desenvolvimento – não atende mais aos preceitos constitucionais e deixará aqueles que se portarem dessa forma à margem do sistema.

Portanto, a pretensão aqui é justamente demonstrar a importância do artigo 4º do CDC e seu inciso III como imprescindível norma que deve nortear a nova cultura do mercado de consumo, em que fornecedores e consumidores devem agir conjuntamente com base na boa-fé objetiva e equilíbrio entre si para assegurarem a preconizada existência digna a todos, o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, tudo conforme os ditames da justiça social.

Inicialmente faz-se imprescindível compreender a natureza de norma-objetivo²⁶ do dispositivo em análise e a sua pretensão de permitir e incentivar a harmonização entre os agentes e a promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade. Assim, não se deve perder de vista que a proteção do

mencionada em 2.045 normas⁸³ do novo CC/2002 (são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, no Art. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados a consumo’, nos Art. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no §1 do Art. 1.011). Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002. Em outras palavras, é de se concluir que o CDC e o tema de defesa do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT). A história legislativa do projeto ensina que a redação anterior do artigo final do Código (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...”

²⁶ Para Eros Grau tais normas objetivo “surgem definitivamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser implementado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não seja adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo (GRAU, 2008: 164-165).

consumidor terá lugar sempre que não importar em grave lesão ao desenvolvimento do país que implicará, ao fim e a cabo, prejuízo ao próprio mercado.

Assim, logo na sequência será analisada a natureza do CDC e a sua função social, pois é exatamente tal função que permite a situação da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, como destacado acima. E tal função social decorre justamente do reconhecimento de que, em uma sociedade de consumo os consumidores são efetivamente uma parte vulnerável e sujeita a riscos dos quais sequer tem conhecimento. Por isso a boa-fé objetiva se torna a base desse sistema protetivo e exige-se dos integrantes dessas relações de consumo uma postura proba.

Compreendida a base principiológica do artigo 4º, III, do CDC, especial atenção será dada justamente à necessidade de estruturação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que permita efetivar a previsão legal e, conseqüentemente, os direitos constitucionalmente garantidos. Ao observar que o SNDC foi um ideal jamais efetivado, não se pode agora pretender a instalação de um Sistema Nacional fundado no mercado desregulado e despreparado da década de 80, mas sim no atual mercado, que se estruturou para suportar e atender ao direito material existente, mas que se acostumou a agir e definir suas políticas sem a participação efetiva de um representante dos interesses dos consumidores.

E ao concluir que o Sistema Nacional que se observa hoje foi uma opção estatal deliberada, será possível concluir também que a sua estrutura e suas atribuições foram, conseqüentemente, pensadas para a sua ineficácia, o que resulta na proposição de um sistema diferente do atual, com dotação de poderes aos órgãos historicamente legitimados e criação de uma estrutura fundada nos demais sistemas que encontram grande respaldo político e social.

Portanto, é fundamental que os operadores e estudiosos dos direitos do consumidor passem a defender o equilíbrio e a harmonia em que se funda o Código, pois a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico somente se sustentará com o encerramento do ciclo que se iniciou antes mesmo da criação do CDC, quando os

integrantes dos PROCONs e autores do anteprojeto idealizaram uma lei protetiva amparada em **preceitos e políticas públicas**.

Se é falha “a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor”, como se verá que de fato é, se não há “educação e informação de fornecedores e consumidores” e se é falha a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo”, estamos diante de uma legislação moderna e festejada, mas desamparada de políticas públicas e de um sistema à altura de sua importância, que reflete obrigatoriamente no desequilíbrio e desarmonização que não deveriam existir entre a defesa do consumidor e o interesse dos fornecedores perante a ordem econômica constitucional.

3.1. O ART. 4º COMO NORMA DE HARMONIZAÇÃO

A CF88 previu de maneira clara não somente a figura jurídica do consumidor como assegurou a sua proteção (artigo 5º, XXXII), o situou como agente econômico de especial relevância para a ordem econômica nacional (artigo 170, V) e previu a necessidade de elaboração de um Código para promoção da sua Defesa (artigo 48 do ADCT).

Como se concluiu no capítulo anterior, a pretensão do constituinte foi clara ao tratar o consumidor como um agente da ordem econômica e, ao prever o dever de sua proteção e defesa, houve o reconhecimento de sua vulnerabilidade justamente perante essa ordem econômica. A previsão constitucional trata, portanto, da necessidade de reequilibrar não somente a atividade econômica no país como as relações entre os agentes que dela participam: entre os cidadãos e os fornecedores (daí a inclusão dos direitos do consumidor, ao meio ambiente saudável e a função social da propriedade como princípios), entre fornecedores e fornecedores (daí a previsão da livre concorrência, privilégio a pequenas empresas e busca pelo pleno emprego) e do Estado com os cidadãos e fornecedores (daí a soberania, a propriedade privada e a garantia ao livre exercício de atividades econômicas).

Tratando-se, então, de uma constituição dirigente, de conteúdo programático, que deve ser implementada pelo Estado por meio de políticas públicas efetivas, o Código de Defesa do Consumidor a ser aprovado pelo Congresso nos termos do artigo 48 do ADCT deveria justamente prever a forma de atuação desses três agentes para reequilíbrio na relação entre eles perante a ordem econômica.

Assim, o CDC prevê qual a atuação do Estado para proteção dos consumidores e as regras que fundariam a tentativa de reequilíbrio entre consumidores e fornecedores, sendo tal reequilíbrio não somente como sujeitos de direitos como, principalmente, como atores da ordem econômica, especialmente se observada a finalidade dessa ordem econômica situada numa sociedade essencialmente de consumo: assegurar a todos existência digna.

É exatamente essa a função do artigo 4º do CDC, ao apontar como objetivo da Política Pública estatal visando a proteção do consumidor o “respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida”. Isso porque, como destacado no primeiro capítulo, o respeito à dignidade do consumidor nos termos acima transcritos guarda relação direta com o reconhecimento de que a sociedade brasileira é uma sociedade de consumo e cabe ao Estado, primordialmente, garantir a todos o direito de **ser** consumidor antes mesmo de assegurar o seu direito **enquanto** consumidor efetivamente.

Assim, o legislador atendeu ao anseio constitucional de realização de justiça social e de estabelecer uma ordem econômica que, sob o princípio da livre iniciativa, permita, mais do que o desenvolvimento dos fornecedores ou a estrita proteção de um grupo: o desenvolvimento nacional.

Desse anseio surge um **aparente** conflito de princípios constitucionais: se houver confronto entre a pretensão de defesa do consumidor e da livre iniciativa, qual deverá prevalecer? Trata-se, como já se viu, de **falso** conflito, pois o objetivo de ambos é comum e extremamente claro: assegurar a todos existência digna mediante o desenvolvimento do país. **E não há sequer necessidade de utilizar de qualquer**

interpretação para chegar a tal conclusão, pois há regra expressa nesse sentido – exatamente o artigo 4º, III, do CDC.

Portanto, ao revés de ampliar o debate acerca do alcance dos princípios, sua classificação e das formas de interpretação para definição das formas de solução dos aparentes conflitos entre princípios constitucionais (tema enfrentado com precisão por Eros Grau – GRAU, 2008: 155-170), a solução aqui simples pois há uma norma (ou princípio-objetivo, na definição de Eros Grau) que resolve qualquer aparente conflito nesse sentido.

Imprescindível manter à vista, sim, a pretensão do constituinte com a implementação de uma ordem econômica fundada na garantia de uma existência digna fundada nos ditames da justiça social, pois qualquer aparente conflito será resolvido mediante a análise do intérprete sobre qual princípio deverá ser aplicado para efetivação da finalidade proposta. Surge, então, a crítica de Lenio Streck acerca da standarização e manualização das análises críticas sobre o direito a ser aplicado nos casos concretos:

Nesse sentido, não é desarrazoado referir que no campo jurídico ocorre uma extração de mais-valia do ser do Direito, que pode facilmente ser detectada a partir do cotidiano enfraquecimento do sentido da Constituição. Há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura standartizada, reprodutiva e manualizada, no interior da qual o Direito não é mais pensado em seu acontecer. Na ausência de uma reflexão crítica, ocorre uma colonização do mundo jurídico, através de uma metodologia de cunho metafísico, como se a atividade interpretativa fosse o resultado de métodos, que assegurariam o devir da subjetividade. Nesse imaginário de crise, uma das conseqüências é que a doutrina não mais doutrina, sendo, na verdade, doutrinada pelos tribunais. As decisões, transformadas em resumos prêm-à-porters, servem para o balizamento da doutrina produzida pelos manuais. Não é demais referir, neste contexto, que as críticas dirigidas ao ensino jurídico e a operacionalidade do Direito, feitas há mais de vinte anos, continuam atuais. Considerável parcela das decisões judiciais continua a fundamentar-se em verbetes jurisprudenciais, retirados de manuais jurídicos e citados de forma descontextualizada, obstaculizando o aparecer da singularidade dos casos. É o que se denomina, a partir da filosofia hermenêutica, de objetificação do processo interpretativo, onde o verbete (doutrinário ou jurisprudencial) serve como “categoria” para o operador elaborar “deduções” ou “subsunções”, circunstância que faz do intérprete – sem que disto ele se dê conta – um refém da metafísica (STRECK, 2003: p. 286).

É exatamente a postura “standartizada” retratada por Lenio Streck que se busca combater com esse trabalho, pois o artigo 4º, III, do CDC vem sendo

reiteradamente tratado como mero instrumentalizador da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual entre fornecedores e consumidores quando, a bem da verdade, sua real preocupação é combater a visão arraigada do liberalismo econômico, propondo uma atuação harmônica, e não conflitante, entre consumidores e fornecedores, deixando clara, ainda, reprimenda a qualquer atuação protecionista que coloque em risco a própria ordem econômica ou o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

A doutrina trata, de forma generalizada, a relação entre consumidores e fornecedores como conflituosa e, o mais preocupante, como antagônica, como se a prevalência do interesse de um deles resultasse imediatamente no prejuízo ou lesão ao outro. Isso não é verdade e essa visão decorre especialmente do desenvolvimento da sociedade de consumo e, especialmente, da sua consolidação no início do Século passado quando os produtores se dotaram definitivamente do controle do mercado e suplantaram qualquer ação do Estado ou da própria sociedade visando suplantam a ferocidade com os mercados se desenvolviam.

O liberalismo, assim como ocorre com o neoliberalismo hoje, passou a ser visto pela doutrina consumerista como um mal a ser combatido, sendo toda ação praticada por um fornecedor associada imediatamente a esse ideal liberal e que visa, acima de tudo e em tese, a desenfreada busca pelo lucro.

É em função desse preconceito hoje existente que se propõe nesse estudo que se interrompa essa visão de conflito natural entre consumidores e fornecedores pois tal tem natureza essencialmente liberal, como demonstrado à exaustão nos tópicos iniciais. Também como se demonstrou, a relação entre fornecedores e consumidores nasce harmônica e o próprio consumidor passa a dotar os fornecedores de ferramentas para controlar o mercado.

Hoje, a existência de uma constituição que apresenta princípios claros para buscar uma ordem econômica estável permite justamente o resgate dessa harmonia natural entre consumidores e fornecedores como agentes interessados em um bem comum e no desenvolvimento de ambos, a bem da verdade o mesmo princípio de pensadores liberais, como o de Adam Smith, que pregava o desenvolvimento dos

indivíduos pelo trabalho e pelo livre exercício de suas atividades, o que acabou sendo suplantado pela já mencionada incessante perseguição ao lucro desmedido das corporações.

E em razão dessa clareza de princípios e do claro objetivo da ordem econômica que entendemos não ser possível falar em real conflito que princípios da ordem econômica ou de conflito entre o seu fundamento na livre iniciativa e os princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência. Rizzato Nunes, a título de exemplo, ao analisar os princípios que regem a ordem econômica trata justamente da suposta existência de conflito entre os princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência para, de forma precisa, apontar que o texto constitucional tratou de limitar a livre iniciativa, de forma que a defesa do consumidor permitirá justamente a repressão ao lucro exagerado e a manutenção do risco do negócio com o fornecedor:

Antes de analisarmos os princípios indicados no título é importante lembrar que os princípios e normas constitucionais têm de ser interpretados de forma harmônica, ou seja, é necessário definir parâmetros para que um não exclua o outro e, simultaneamente, não se auto excluam. Isso, todavia, com já observamos, não impede que um princípio ou norma limite a abrangência de outro princípio ou norma. Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regrados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido da livre concorrência. (...)

É verdade que a livre iniciativa está garantida. Porém, a leitura do texto constitucional define que: (...) c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade; (...) e) o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor. (NUNES, 2009: p. 59-63).

Não há incosequente defesa a um princípio da ordem econômica (no caso a defesa do consumidor), mas sua mera conformação ao ordenamento de forma a assegurar a finalidade dessa ordem econômica. Até porque a defesa irrestrita do direito do consumidor sem essa necessária conformação ao sistema poderia impossibilitar a efetividade das disposições constitucionais.

Por isso questiona-se: a defesa do consumidor poderá se configurar em um risco ao projeto maior de garantir a existência digna fundada no primado da justiça social? Jamais, e caberá justamente ao intérprete assegurar que a aplicação da norma em apreço se dê de maneira adequada e a permitir o estabelecimento de uma nova relação entre os dois centrais agentes do mercado.

E o papel de efetivador dessa norma será do Superior Tribunal de Justiça atendendo à sua competência para apreciar potenciais infrações aos dispositivos infraconstitucionais, especialmente tendo-se em vista a promulgação do CDC, que centralizou toda ação e base principiológica da defesa dos consumidores. A Corte Constitucional, inclusive, já sinalizou nesse sentido, apontando que a análise de violação a princípios constitucionais não será realizada quando implicar na necessidade de revisão da interpretação de legislação infraconstitucional (Súmula 636 do STF)²⁷.

O STJ, como se explorará especificamente nos tópicos seguintes sobre cada uma das matérias enfrentadas, já se manifestou sobre essa sua competência reconhecendo justamente que “no afã de harmonizar os princípios ditados pela Carta Magna, verifica-se que a intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII)” (STJ, REsp. 744.602, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/03/07, DJ 15/03/07).

Ou seja, visando efetivar a finalidade e os princípios da ordem econômica constitucionalmente consagrada, o STJ recorre justamente ao papel do Estado Social e ao seu dever de promover políticas públicas.

²⁷ EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.8.2012. A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, “a”, da Lei Maior. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 738925 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 08-11-2013 PUBLIC 11-11-2013).

Entretanto, o que se observa na maioria dos casos é justamente a interpretação standartizada a que se refere Lênio Streck no trecho transcrito anteriormente, pois ao contrário do que muitos dos julgados afirmam, a bem da verdade o que se busca com o reconhecimento do direito do consumidor como princípio da ordem econômica não é diretamente a proteção do consumidor, mas a efetivação da justiça social por seu intermédio, sempre que aplicável.

O afã de harmonizar os princípios da ordem econômica decorre, sim, do artigo 4º, III, do CDC, ora comentado, e este reflete a pretensão do legislador (não mais do constituinte) de efetivar a proteção do consumidor com estrita observância à necessidade de **desenvolvimento do país**. Referida previsão legal, portanto, possui alcance muito maior e conteúdo muito mais amplo do que a atual interpretação que a ele vem sendo dado.

O inciso III do artigo 4º permite tanto ao Estado quanto ao aplicador do direito compreender que a situação do direito do consumidor como princípio da ordem econômica tem como objetivo claro a promoção do desenvolvimento nacional e do equilíbrio entre fornecedores e consumidores, que deverão atuar com objetivos comuns no mercado. Daí a imprescindibilidade de reconhecimento da boa-fé em seu texto e a sua correlação com o equilíbrio entre os dois agentes.

E aqui se retoma o pensamento de Eros Grau acerca das normas-objetivo, e agora especificamente quando trata do artigo 4º do CDC:

O Direito, na visão clássica, se prestava unicamente a instrumentar. A partir do momento, no entanto, em que ele amplia a sua atuação e passa a desenvolver políticas, surgem no ordenamento jurídico normas sobre os 'fins'. É isso que se deflui a nosso ver, do art. 4º. É como se ele dissesse: 'há uma política nacional das relações de consumo' e os fins dessa política são aqueles enunciados no próprio art. 4º, ou seja, o art. 4º é uma norma-objetivo, nem norma programática nem norma de conduta. (...) a existência de uma norma-objetivo, dentro de um conjunto de normas jurídicas, importa em que estejam normatizados, isto é, transformados em jurídicos, determinados fins econômicos e sociais (GRAU, 1993: 187).

MARCELO SODRÉ (2009: p. 36) é enfático ao apontar o artigo 4º do CDC como "um guia seguro para a organização, compreensão e aplicação dessa lei tão importante" destacando sua inspiração no artigo 2º da Lei Federal nº 6.938/81, que

instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente e teve no referido artigo 2º porto seguro para implementação da lei.

De toda sorte, em que pese a clara inspiração, não se pode olvidar que o inciso III não é decorrência da referida lei ambiental e sua remissão não só ao artigo 170 da Constituição como à necessária harmonia entre os agentes remete justamente à preocupação de estabelecer relação direta entre a forma de implementação dessa defesa do consumidor sem se afastar a finalidade e os princípios maiores almejados pelo texto constitucional. Esse objetivo, infelizmente, foi ignorado ao longo de anos e ainda hoje é possível observar incontáveis situações em que o real objetivo da aprovação de uma lei protetiva se perdeu.

Tendo delimitado a natureza do inciso III como norma-objetivo que impõe ao Estado e ao aplicador do direito o dever de promoção da harmonia dos interesses dos consumidores e dos fornecedores no âmbito da ordem econômica, tais situações serão tratadas no presente estudo, que explorará justamente os fundamentos dessa atuação: a função social do CDC e a atuação estatal visando a efetivação dessa norma.

3.2. A PROMOÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CDC:

O inciso III ora em análise trata de dois princípios: (i) **harmonização** de interesses entre fornecedores e consumidores e (ii) **compatibilização** entre o caráter protecionista do Código e a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico do País. O objetivo será sempre o atendimento dos princípios em que se funda a ordem econômica e, portanto, a existência digna dos cidadãos.

Ou seja, a previsão legal em análise não atua em proteção de qualquer um dos partícipes, mas exclusivamente em prol do sistema e para promoção da justiça social constitucionalmente prevista. Tratando-se de previsão legal inserta no Código de Defesa do Consumidor apontada como princípio da Política Nacional de

Relações de Consumo, a harmonização e compatibilização preconizadas têm como objetivos claros resguardar o sistema e especialmente a sua efetividade.

Some-se a tais objetivos o caráter social do CDC, evidenciado logo em seu artigo 1º, ao apontar tratar-se o Código de norma de ordem pública e interesse social. Acerca do interesse social José Geraldo Brito Filomeno (GRINOVER, 2001: p. 26) destaca que “o Código visa resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo”.

Pois bem, se o papel social do CDC é inequívoco, como é também é clara a sua inserção como princípio da ordem econômica justamente em razão de sua imprescindibilidade para assegurar equilíbrio nas relações em uma sociedade notadamente de consumo, a interpretação e aplicação dos próprios comandos existentes no CDC deve ser realizado sob esse prisma.

E o objetivo deste tópico no trabalho não é a explanação acerca dos conceitos que fundam essa função social do CDC – (1) a boa fé objetiva, (2) o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e (3) a ponderação acerca dos riscos a que os consumidores estão sujeitos no mercado, mas contextualizar esses institutos aos princípios que fundam o inciso III do artigo 4º do CDC, a necessária harmonização entre fornecedores e consumidores e a compatibilização do CDC ao desenvolvimento do país.

3.2.1. A boa-fé objetiva

A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 (artigos 113 e 422), foi explicitada a partir destes marcos legislativos, impondo deveres de conduta leal aos contratantes e funcionando, ainda, como um limite ao exercício abusivo de direitos.

Antes da existência dos dispositivos mencionados acima, a boa-fé era relacionada exclusivamente com a intenção do sujeito/contratante e era estudada em casos específicos em que havia previsão legal, como nas ações possessórias. Trata-se da boa-fé subjetiva, pois se relaciona com a pessoa que ignora um vício em relação à outra pessoa, bem ou negócio, e, ainda, com a pretensão do agente em adotar tal postura.

O conceito de boa-fé sofreu uma evolução e passou a desconsiderar a intenção do agente para apresentar modelos **padrão de conduta** que se aguardam de quem contrata ou apresenta uma oferta ao mercado.

Tais deveres de conduta são especialmente apresentados no Código de Defesa do Consumidor, que criou um micro sistema visando o equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, tudo com vistas ao “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, conforme determina o seu artigo 4º, inciso III, objeto deste estudo.

Desta forma, nas relações de consumo apresentam-se de maneira delimitada quais serão os modelos de padrão de conduta que deverão nortear a apresentação dos produtos e serviços, a realização de publicidades e promoções comerciais e, especialmente, os termos em que os contratos deverão ser firmados, sendo que, ainda que haja a intenção do fornecedor em agir de boa-fé, basta a ofensa às regras definidas para que haja responsabilidade pelos danos que o consumidor vier a sofrer.

Hoje, o princípio da boa-fé objetiva, é utilizado por juizes para averiguar o comportamento dos contraentes desde o momento da oferta, das negociações preliminares, pré-contratos, contratos definitivos e até no momento do término do contrato. A ideia é a de que todas as partes envolvidas devem atuar com lealdade e cooperação, comprometendo-se, mutuamente, ao quanto contratado, até para respeitar as expectativas criadas, preservando-se um comportamento ético, com

vistas à criação de uma segurança jurídica nas relações negociais-comerciais-empresariais.

Assim, a ideia de harmonia nas relações de consumo é intimamente ligada à boa fé e à necessidade imperiosa de se fixar um padrão de conduta aos envolvidos para que o sistema funcione adequadamente. O que se pretende, diferente do modelo de responsabilidade civil existente no início do Século passado, é a estabilização de um modelo jurídico preventivo, fundado justamente no equilíbrio entre todos os envolvidos (equilíbrio da própria sociedade, diga-se) e que não seja mais fundado no dano e na intenção de causa-lo.

Assim, o fornecedor não deve mais preocupar-se exclusivamente com evitar danos aos consumidores ou ao mercado, mas sim permitir uma relação harmônica e equilibrada, fundada no padrão de conduta proba que se esperar de um agente da ordem econômica. Por isso a preocupação nesse estudo de delimitar, como foi feito nos Capítulos 1 e 2, o surgimento da figura do consumidor no mercado, sua situação frente à evolução da sociedade de consumo, até o momento em que o Direito passou a disciplinar essa relação.

A fonte deste pensamento é o direito alemão (BGB, o Código Civil alemão de 1900) sob forte influência, também, do Código Civil Italiano de 1942, que, em síntese, pregam o dever de guardar fidelidade à palavra dada (TARTUCE, 2005: p. 263). É a ideia de não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia.

As implicações práticas desta mudança de orientação em relação aos contratos comerciais tradicionais é a necessidade de um controle mais apurado em relação às publicidades apresentadas e às informações prestadas aos consumidores, que deverão ter total conhecimento do serviço contratado ou produto adquirido, com todas as implicações de tal negócio, sob pena do fornecedor se ver diante da responsabilização em função de vícios do produto e/ou serviço oferecido ao consumidor.

Cláudia Lima Marques, a tratar da boa-fé alerta justamente para o dever de cooperação e, portanto, estabelecimento de uma nova base relacional:

[...] uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. (MARQUES, 2002: p.182).

É exatamente em função dessa pretensão de alterar a base relacional entre os envolvidos nas relações de consumo que a boa fé tornou-se um dos pilares da aplicação do artigo 4º, III do CDC, pois a relação entre esses dois agentes da ordem econômica estava profundamente arranhada e não havia mais qualquer confiança a permitir um relacionamento equilibrado. Mesmo após a aprovação do CDC, e hoje já são 24 anos desde que isso ocorreu, ainda não se afastou o estigma de que o fornecedor busca seu lucro sempre mediante o prejuízo do consumidor.

Esse estigma gerou, ao longo da vigência do CDC, um novo problema a ser enfrentado na aplicação do artigo 4º, III, do CDC: a tentativa do consumidor em, sempre que possível, obter vantagem sobre o fornecedor que, mesmo agindo de boa fé e sem causar efetivo prejuízo ao consumidor ou ao mercado, agir contra algum preceito legal.

Portanto, se a relação entre fornecedores e consumidores se desenvolveu de maneira desequilibrada, a busca pelo reequilíbrio deve passar pela necessária adoção de uma postura proba por ambos agentes, sendo que a boa fé objetiva deve nortear, sempre que possível, a consagração da harmonia entre esses agentes e, especialmente, permitir o pleno atendimento à finalidade da ordem econômica e o desenvolvimento do país.

O E. Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar diversas situações comerciais em que os fornecedores agiram com preocupação exclusiva sobre o lucro que adviria de sua atividade, e não o respeito aos demais integrantes do mercado, sejam eles seus concorrentes sejam os consumidores. Um caso já clássico, recentemente julgado, é o do REsp 1.342.899/RS, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti.

A situação discutida era sobre a postura de uma fabricante de automóveis realizar a venda de um automóvel sob a indicação de que sua fabricação seria em 2006, mas o modelo seria 2007. Essa mesma fabricante de automóveis lançou, no ano de 2007, um novo modelo de automóvel, de forma que aquele fabricado em 2006 e que seria pretensamente o mesmo modelo a ser fabricado em 2007, não se confirmou. A fabricante agiu de boa fé no caso? O consumidor teve atendida sua legítima pretensão de deter um carro do modelo 2007?

A resposta pelo E. STJ foi de que o fabricante defraudou a confiança depositada pelo consumidor ao prometer a ele, em 2006 o carro que seria fabricado em 2007 e não fazê-lo, pois em 2007 não houve fabricação de modelos semelhantes ao adquirido pelo consumidor. Importante notar que não há questionamento, pelo consumidor, do direito do fabricante realizar adaptações nos seus modelos de automóvel, aprimorar sua linha de montagem ou mesmo atualizar seus modelos.

Entretanto, se a fabricante tinha a pretensão de lançar em 2007 um novo modelo do automóvel, não deveria ter vendido no ano de 2006 o modelo que pretensamente seria fabricado em 2007. Esse caso representa de maneira clara e objetiva a dimensão do princípio da boa fé e a aplicação conforme os preceitos do artigo 4º, III, do CDC.

Observe-se na ementa abaixo que a pretensão do Relator é que haja harmonia entre as pretensões de consumidores e fornecedores e efetivação do equilíbrio entre os dois:

[...] PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. PROPAGANDA ENGANOSA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ALEGAÇÃO DE REESTILIZAÇÃO LÍCITA AFASTADA. [...] 3.- Embora lícito ao fabricante de veículos antecipar o lançamento de um modelo meses antes da virada do ano, prática usual no país, constitui prática comercial abusiva e propaganda enganosa e não de "reestilização" lícita, lançar e comercializar veículo no ano como sendo modelo do ano seguinte e, depois, adquiridos esses modelos pelos consumidores, paralisar a fabricação desse modelo e lançar outro, com novos detalhes, no mesmo ano, como modelo do ano seguinte, nem mesmo comercializando mais o anterior em aludido ano seguinte. Caso em que o fabricante, após divulgar e passar a comercializar o automóvel "Pálio Fire Ano 2006 Modelo 2007", vendido apenas em 2006, simplesmente lançou outro automóvel "Pálio Fire Modelo 2007", com alteração de vários itens, o que leva a concluir haver ela oferecido em 2006 um modelo 2007 que não viria a ser produzido em 2007, ferindo a fundada expectativa de consumo de seus adquirentes em terem, no ano de 2007, um

veículo do ano. 4.- Ao adquirir um automóvel, o consumidor, em regra, opta pela compra do modelo do ano, isto é, aquele cujo modelo deverá permanecer por mais tempo no mercado, circunstância que minimiza o efeito da desvalorização decorrente da depreciação natural. 5.- Daí a necessidade de que as informações sobre o produto sejam prestadas ao consumidor, antes e durante a contratação, de forma clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas e assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes, sendo de se salientar que um dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que se veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação, quanto ao fornecimento de produtos ou serviços. [...] 7.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial. (REsp 1342899/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 09/09/2013)

Em que pese a ausência de clara preocupação com a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, tal certamente não é afetada no caso, em que se reconhece expressamente o direito de reestilização dos automóveis pela fabricante, mas impõe que tal atenda os ditames da boa fé e o direito do consumidor de ser informado adequadamente.

Outro caso recente e que demonstra a atemporalidade da previsão legal ora tratada, é a discussão travada na Terceira Turma do E. STJ onde há questionamento sobre um provedor de internet e seu dever de fornecimento dos dados daqueles que se manifestam em seu sítio eletrônico. A boa fé é apontada como norte de atuação do fornecedor, tendo como fundamento justamente o artigo 4, III, do CDC:

[...] 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC. 5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1417641/RJ, Rel.

Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

E se a obrigação de atuação de boa fé pelos fornecedores ampara a necessidade de harmonização entre os seus interesses aos dos consumidores a recíproca é verdadeira e é exatamente nesse ponto em que se observa a promoção da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

E é com essa preocupação que o mesmo STJ deu parcial provimento ao REsp 1.256.703/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em que o Hospital e Maternidade Assunção questiona o dever de estrito cumprimento de obrigações legais em relação à apresentação de contrato e orçamento prévio confrontado com o dever de atendimento emergencial de um consumidor. O consumidor afirma que não tinha conhecimento de ter sido sua filha internada em um Hospital particular e de não ter sido informado sobre as condições contratuais e custos da internação.

Conforme se observa na ementa abaixo, o Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que o estrito atendimento às recomendações legais poderia até mesmo impedir o atendimento ao consumidor, de forma que, ainda que certos preceitos de defesa ao consumidor não tenham sido atendidos pelo Hospital, este agiu de boa fé e seria inadequado não remunerá-lo pelos serviços prestados:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES RESGUARDANDO O EQUILÍBRIO E A BOA-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE SE EXTRAEM DO CDC. INSTRUMENTÁRIO HÁBIL A SOLUCIONAR A LIDE. 1. O Código de Defesa do Consumidor contempla a reciprocidade, equidade e moderação, devendo sempre ser buscada a harmonização dos interesses em conflito, mantendo a higidez das relações de consumo. 2. A inversão do ônus da prova é instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil. 3. Não há dúvida de que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no artigo 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva,

equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente. 5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1256703/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011).

O julgamento é emblemático, pois dá a exata medida da aplicação do artigo 4º, III, do CDC, uma vez que não deixa de reconhecer a existência do direito do consumidor mas garante ao fornecedor o devido atendimento aos seu objetivo social e, conseqüentemente, a promoção da Justiça Social a ser buscada pela Ordem Econômica Constitucional.

Por isso o entendimento de que o Hospital agiu corretamente ao ignorar seu dever de realizar orçamento prévio e apresentar o contrato para privilegiar o seu múnus social que é justamente resguardar a saúde e a vida de seus clientes:

Outrossim, no caso, a exigência de que o serviço médico-hospitalar fosse previamente orçado colocaria o hospital em posição de indevida desvantagem, pois, se assim o fizesse, dada a situação emergencial da paciente, o Hospital e seus repostos estariam sujeitos à responsabilização cível e criminal, pois não havia escolha senão a imediata prestação de socorro médico. Igualmente, a elaboração prévia de orçamento nas condições em que se encontrava a paciente acarretaria inequívocos danos à imagem da empresa, visto que seus serviços seriam associados à mera e abominável mercantilização da saúde.

É exatamente esse o equilíbrio e a harmonia preconizados pelo artigo 4º, III, do CDC e, especialmente, essa é a sua pretensão ao prever que o CDC não poderá se configurar um impeditivo ao desenvolvimento. Ademais, se a ordem econômica tem por finalidade a promoção da justiça social, o entendimento do STJ é acertado quando aponta que o objetivo social de um Hospital é resguardar a saúde e a vida de seus consumidores, e certamente a função social de sua atuação.

Daí afirmar-se, como foi feito no segundo capítulo deste trabalho, que a livre iniciativa não é imperativa e se afasta, na atual conjuntura social, daquela ideia vigente no ápice do Estado Liberal. Hoje a livre iniciativa assegura que todos desenvolvam suas atividades empresariais desde que atendidos os princípios e a finalidade da ordem econômica constitucional. Hélio Zaghetto Gama é citado no acórdão acima e pondera justamente que nas relações entre consumidores e

fornecedores a inviabilidade da atividade econômica implicará na própria inviabilidade do mercado, sendo imprescindível a harmonização dos seus interesses:

Nas contraposições de interesses, surgem relações jurídicas onde os instrumentos legais de proteção devem ser adotados, com as preocupações de não inviabilizarem os negócios, pois isso inviabilizaria o próprio mercado. Daí as adoções, nas economias livres, dos mecanismos de proteção da concorrência, no objetivo de preservar as liberdades dos mercados e o respeito que deve existir entre os próprios fornecedores, para impedir o abuso do poder econômico de um contra os interesses dos demais. (GAMA, 2006: p. 123-125).

O autor defende, no mesmo sentido do trecho acima transcrito, que os três fundamentos básicos do Direito que devem ser perseguidos numa sociedade harmoniosa são: a Reciprocidade, a Equidade e a Moderação, sendo que “é nesses três princípios que se baseiam todas as estruturas dos nossos direitos” (GAMA, 2006: p. 24). E o fundamento central, para o autor, a fundamentar os fundamentos dessa sociedade harmoniosa nas relações de consumo é justamente o artigo 4º, III, do CDC:

Segundo a visão do Código de Defesa do Consumidor esses fundamentos, que antecedem aos princípios e à lei ou que devem operar na sociedade em razão da busca da harmonia social, devem ser obedecidos. Tal entendimento decorre das interpretações daquele inciso III do art. 4º que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, das interpretações da parte final do art. 7º que incorpora ao direito do Consumidor aqueles direitos que derivem dos princípios gerais do direito, da analogia, dos costumes e da equidade e, numa visão mais ampla, decorre das interpretações dos arts. 39 e 51 e seus incisos e parágrafos, já aqui de forma mais pragmática. (GAMA, 2006: p. 24).

A reciprocidade como fundamento da interpretação das normas decorre do primado ético kantiano de que as pessoas devem agir perante os demais da mesma forma que desejam que ajam. Pela equidade todas as pessoas devem dispensar um tratamento equitativo e proporcional, na busca de uma igualdade material. E a moderação deve amparar a razoabilidade daquele que detém uma marca ou um processo industrial de prestígio (GAMA, 2006: p. 26-27).

Diante do exposto no presente tópico ressalta-se que a base das relações de consumo será, inequivocamente, a atuação dotada de boa fé, sendo que a construção doutrinária e jurisprudencial tomam como base justamente esse dever de

conduta proba para que se atinja o equilíbrio e a harmonia entre consumidores e fornecedores.

Como se observou nos acórdãos colacionados acima outros dois fatores imprescindível para se atingir o equilíbrio pretendido são a correta aplicação e interpretação acerca do reconhecimento do consumidor como vulnerável e o adequado dimensionamento acerca dos riscos a que ele está sujeito no mercado, sendo justamente esses os dois tópicos a serem explorados neste estudo.

3.2.2. O necessário reequilíbrio – reconhecimento da vulnerabilidade

Na introdução deste estudo foram destacados pensamentos do empreendedor Henry Ford acerca do mercado de consumo e dos consumidores propriamente ditos no início do Século XX. E uma das frases mais propagadas do fundador da indústria automobilística Ford, existente até hoje, é utilizada nos meios de estudo do direito do consumidor como exemplo justamente do tema deste tópico: a vulnerabilidade do consumidor.

Ford afirma que o consumidor é o elo mais fraco da economia e pondera que nenhuma corrente será mais forte do que o seu elo mais fraco. Entretanto, como esclarecido alhures, a pretensão do empreendedor não era chamar atenção da sociedade à fragilidade do consumidor, mas sim unicamente à fragilidade da economia, de forma que não defendia o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, mas a retirada de seu poder de decisão para que o mercado se fortalecesse ainda mais e, conseqüentemente, a economia.

Essa é uma faceta do pensamento liberal então vigente (início do Século XX), em que diversos fatores implicavam no constante crescimento do consumo, na consolidação da sociedade de consumo e na dotação das decisões sobre a estrutura dessa sociedade de consumo diretamente voltadas aos fornecedores, sem, contudo, qualquer participação ativa dos consumidores. Daí a fragilidade citada pelo

empreendedor e a 'solução' de dotar os fornecedores de ainda mais poderes sob a justificativa de fortalecimento **da economia**.

Por isso se destacou no Capítulo Primeiro o caminho percorrido pela sociedade para que os direitos dos consumidores passassem a ser preocupação do Estado e da sociedade, com especial destaque à importância que teve o discurso de Kennedy para que essa sociedade e a comunidade jurídica passassem a se preocupar com a tutela dos consumidores como categoria especial carente do reconhecimento de sua vulnerabilidade perante o mercado.

Os abusos cometidos pelos fornecedores ao longo de mais de um Século de crescimento e consolidação da sociedade de consumo sob a condução de um Estado Liberal ou, ainda que intervencionista, visando a estabilidade do modelo liberal, levou ao risco de ruptura do Estado e do modelo capitalista, em especial nos países subdesenvolvidos como o Brasil em que o modelo liberal ainda era associado à clara exploração de recursos e mão de obra como forma de manutenção da dominação econômica.

Esse cenário levou a sociedade e a comunidade jurídica a enxergarem essa nova categoria, que apesar de existente não detinha qualquer expressão, o que ficou evidente com o discurso de Kennedy, já na década de 60, mencionado acima, que apontou ser imprescindível reconhecer quatro direitos essenciais dos consumidores: (i) **o direito à saúde e à segurança**, (ii) **o direito à informação adequada**; (iii) **o direito à escolha**, e, ainda, (iv) **o direito a ser ouvido**.

Os quatro direitos apregoados guardam relação direta com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, uma vez que ele era o principal agente desse mercado e não detinha mais qualquer papel ativo na estruturação do sistema e da ordem econômica dos Estados. O principal fator que chamou atenção de Kennedy foi justamente a existência de graves riscos a que os consumidores estavam sujeitos sem que sequer pudessem dimensioná-los...

Assim, o risco, que será explorado no tópico seguinte, guarda íntima relação com a vulnerabilidade do consumidor e com a necessidade de sua proteção, pois

fica claro que se o mercado sob a égide liberal tivesse cuidado para que o consumidor não fosse submetido a riscos desnecessários, talvez os direitos do consumidor não recebessem a atenção que hoje detém. Se hoje há tamanho protecionismo trata-se de mera decorrência de décadas de descaso e descuido dos fornecedores que, ávidos por lucro e pela supressão da concorrência, sujeitaram os consumidores crescentemente a riscos antes inimagináveis.

Por isso que para fins do presente estudo, é necessário compreender o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como um movimento social e cultural natural que se iniciou com a submissão do consumidor aos atos praticados pelos fornecedores e a consolidação de sua passagem. A compreensão da vulnerabilidade e seu reconhecimento foi definida claramente no primeiro capítulo com o apontamento das fases de construção da sociedade de consumo e a situação do consumidor nesse processo.

Ou seja, no Século XIX os consumidores estavam entregues às técnicas de dominação de mercado exercidas pelos produtores, que atuavam livremente sem qualquer embargo ou limitação pelo Estado ou pelos próprios consumidores, que mudaram o seu comportamento, traduzindo as relações de consumo como fatores culturais e não mais jurídicos-negociais, conforme o escólio de MCCRACKEN.

E foi com a consolidação do consumo como valor cultural que se permitiu o *boom* da sociedade de consumo e a massificação da produção e distribuição de bens e serviços, de onde surgiram os problemas que seriam enfrentados posteriormente pelo direito do consumidor, como controle de preços, oferta e publicidade desregulados, contratação por adesão e especialmente os acidentes de consumo, fatores esses que reduziram a ação dos indivíduos e permitiram que o ato de consumir fosse passivo e sem permitir qualquer questionamento ou negociação.

Pela ótica do consumidor a consolidação da sociedade de consumo deflagrou o ideal de hiperconsumo trabalhado por LIPOVETSKY (2004) e a ausência de controle pelos indivíduos e pelo Estado sobre as relações de consumo ao longo das primeiras décadas do Século XX, quando se iniciou justamente o movimento para defesa dos consumidores e a sua efetiva tutela pelo Estado.

Portanto, mais do que um instituto jurídico, **a vulnerabilidade do consumidor é uma circunstância fática decorrente de uma escolha ativa feita pelos fornecedores de se dotarem da responsabilidade de definir os rumos do mercado e de uma escolha passiva do consumidor em se submeter às leis do mercado, e seus riscos, indiscriminadamente.** Ao se consolidar a sociedade de consumo com um consumidor ignorante sobre a sua própria participação no mercado, não restou alternativa aos legisladores senão reconhecer essa posição determinando a proteção do consumidor.

E esse reconhecimento se dá pela simples determinação constitucional de que o consumidor carecerá de proteção pelo Estado e pelo comando de aprovação de um Código de Defesa do Consumidor.

Não há qualquer dúvida de que o reconhecimento da vulnerabilidade é constitucional e é exatamente por isso que se torna imprescindível compreender a circunstância fática em que se deu a consolidação dessa sociedade de consumo. Entender que a vulnerabilidade do consumidor é instituto jurídico previsto e consolidado somente pelo CDC em seu artigo 4º, I, é ignorar de maneira injustificada o próprio reconhecimento do direito do consumidor como fundamental à estrutura da ordem econômica e como direito fundamental que carece de proteção pelo Estado, seja por atuação direta do executivo (art. 5º, XXXII) ou do legislativo (art. 48, do ADCT).

Portanto, sob o prisma da vulnerabilidade, quando o artigo 4º, III, fala em equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, quer dizer, a bem da verdade, reequilíbrio de uma relação já em absoluto desequilíbrio. E quando afirma que o propósito da Política Nacional das Relações de Consumo é harmonizar os interesses dos participantes, quer dizer que tal certamente, àquela altura, não é harmônico.

Inobstante a efetiva preocupação no reequilíbrio das relações de consumo, tal atuação não poderia gerar um novo desequilíbrio, gora de forma a gerar risco à atividade econômica. Desta forma, quando referido inciso chama a atenção à

necessidade compatibilização da defesa do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, quer assegurar justamente que a busca pelo reequilíbrio não gere novo desequilíbrio, agora prejudicial ao sistema.

Portanto, o objeto de estudo aqui não se relaciona com a formulação clássica doutrinária acerca da vulnerabilidade como sendo o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo e que, por não deter o controle sobre bens de produção devem se submeter ao poder dos titulares destes (ALMEIDA, 2009, p. 24), mas sim as implicações que a atuação estatal gerará para o preconizado reequilíbrio e harmonização das relações.

Isso porque, como descrito no primeiro tópico deste terceiro capítulo, o inciso III do artigo 4º deve ser tratado como norma de harmonização que estabelece como dever a harmonia e o equilíbrio de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica. Ou seja, a atuação será em prol do consumidor visando afastar a sua fragilidade no mercado, mas a finalidade será sempre a promoção da justiça social e do desenvolvimento do país.

O mesmo ocorre em relação à compatibilização dos interesses do consumidores com a necessidade de desenvolvimento, uma vez que o critério para tanto certamente será também a promoção da justiça social e não a mera segurança, despropositada ou infundada, da livre iniciativa. Essa deverá ser assegurada, sim, quando o seu óbice se configurar uma ameaça ao atendimento dos princípios e finalidade da ordem econômica, do contrário, aquele princípio que melhor se afigurar para atingir o fim proposto constitucionalmente deverá prevalecer.

3.2.3. Saúde e segurança – a sociedade de risco e o dever de informação:

A vulnerabilidade reconhecida do consumidor tem como um dos principais fatores, como se demonstrou no tópico anterior, o risco a que os consumidores estão sujeitos sem que lhes seja permitida qualquer intervenção ou atuação. Ainda que haja o dever legal de buscar o equilíbrio nas relações, o Código deveria, como de

fato o fez, apontar uma solução para permitir ao consumidor tomar conhecimento dos riscos a que está sujeito e formas de permitir ao consumidor tomar uma decisão consciente sobre os produtos que consumirá em razão dos riscos a que ele estará sujeito.

Assim, o Código estabeleceu um sistema de gradação de riscos e forma de sua comunicação, inobstante as previsões de clareza e ostensividade das ofertas, que também devem englobar uma clara comunicação acerca dos riscos a que os consumidores estão sujeitos. Cláudia Lima Marques destaca, no que tange a produtos ou serviços “perigosos ou que possam trazer algum risco à saúde e à segurança do consumidor, o dever geral de informar sobre as características do produto, instituído pelo art. 31, é complementado pelo dever de informar ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto, como dispõe o art. 9º do CDC” (MARQUES, 2006, p. 776).

E associada à descrição histórica do desenvolvimento da sociedade de consumo não se pode afastar que o risco sempre teve íntima relação com a crescente passividade dos consumidores e a necessidade de utilização de técnicas mais avançadas de produção e distribuição e, conseqüentemente, de menor controle sobre a produção. Assim, a tecnologia, ao mesmo tempo em que permite a massificação da produção, agrega a esse mesmo sistema um risco antes inexistente.

Em precioso artigo que trata da “Sociedade do Risco e o Futuro do Consumidor” a doutrinadora Fabiana Maria Martins Gomes de Castro expõe com precisão os reflexos do crescente risco a que a sociedade se sujeitou ao longo do processo de industrialização, em transformação que Ulrich Beck denomina de modernização reflexiva que “a par da constatação de novos riscos, anteriormente ausentes, causados pela expansão cega e contínua da sociedade e como elemento subjetivo dessa percepção, surge a reflexão sobre os próprios fundamentos desse desenvolvimento desmensurado” (CASTRO, 2002: p. 123).

Portanto, o risco surge como forte motivador do consumidor, conforme bem observa Othon Sidou:

O que deu dimensão ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, a ponto de impor-se como tema de segurança ao Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbe delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e conseqüentemente ampliação da publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno desconhecido dos economistas do passado – a sociedade de consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, aplicação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente (SIDOU, 1977: p. 5).

O excerto acima transcrito dá a exata medida da correlação entre tudo que se afirmou no primeiro capítulo e o risco como fator preponderante para o surgimento dos direitos do consumidor como consequência direta da modernização da sociedade de consumo. Assim, é justamente no momento em que os consumidores ingressam na segunda fase do consumo descrita por LIPOVETSKY, em que há abundância de produtos e os consumidores se veem em condições de consumir maciçamente sem questionar, sob qualquer prisma, a utilidade ou necessidade de aquisição de certo bem.

É nesse mesmo momento que o consumidor se afasta ainda mais da razão para determinar o seu consumo e, conseqüentemente, detém menor condição de apurar os riscos que aquela relação lhe gera. O mote da atividade publicitária, aliás, carente até mesmo do mínimo ético esperado, era justamente convencer os consumidores de que o consumo seria sempre seguro, ainda que se soubesse que isso não era verdade.

E esse risco somente pode ser dimensionado posteriormente, muitos anos após a consolidação desse novo modelo. E Fabiana Castro aponta que a consolidação dessa sociedade de Risco descrita por BECK decorre de processos perigosos, apontando três deles: (i) processo de fabricação e distribuição mediante alto grau de complexidade tecnológica, (ii) globalização do mercado, a permitir que diferentes graus de segurança fossem regulamentados e (iii) justamente as técnicas agressivas de marketing, que induziam os consumidores maciçamente em erro (CASTRO, 2002: p. 127).

A associação do risco como realidade e da informação como remédio e direito inalienável do consumidor, portanto, integram a nova realidade contratual na esfera

do consumidor, sendo que cabe ao fornecedor, diante da já mencionada regulamentação legal, demonstrar ao consumidor de maneira clara quais os riscos que ele está correndo ao consumir um produto. E aqui novamente se observa a indissociável ideia de boa fé objetiva e equilíbrio entre fornecedor e consumidor, pois o reconhecimento do direito à informação clara e ostensiva e a proteção contra a publicidade enganosa estão diretamente ligados à diminuição dos riscos a que os sujeitos devem estar sujeitos.

O E. STJ vem enfrentando o tema com frequência, em especial sob a ótica da aplicação do princípio da boa fé objetiva, sendo que um caso emblemático permitiu a união justamente dos três temas: risco, boa fé e vulnerabilidade.

Trata-se do julgamento do REsp 586.316/MG interposto pela Associação Brasileira da Indústria Alimentícia – ABIA, que buscava por meio de Mandado de Segurança impedir a ação do Procon que visava, em Minas Gerais, obter maior clareza nas embalagens de produtos alimentícios acerca das circunstâncias e em qual profundidade em que seria relevante o consumidor ser informado sobre a existência, ou não, de glúten em um produto.

Inicialmente o Exmo. Ministro Relator Herman Benjamin ponderou sobre o dever de educar pela rotulagem e o compromisso social que a empresa deve adotar quando traz informações relevantes acerca de seu produto:

Educar pela rotulagem – como efeito reflexo do dever de informação – está em total sintonia com o comportamento moderno de vários dos associados da ABIA, que tanto valorizam e efetivamente praticam a chamada responsabilidade social. Daí não seria mais simples, menos traumático e socialmente louvável que a Recorrida adotasse voluntária e proativamente o comportamento espelhado no CDC e na Constituição? Claro, essas são indagações e perplexidades metajurídicas, mas nem assim destituídas, por completo, de interesse em demandas como esta, sobretudo para aqueles que, como o Relator, admiram e festejam a pujança e o avanço tecnológico da indústria alimentícia nacional, qualidades que a levaram à conquista de mercados e visibilidade em todos os continentes.

De maneira brilhante o Ministro aponta o dever do intérprete de atentar à responsabilidade social daquele que coloca o produto no mercado em alertar ao consumidor, e até mesmo educa-lo acerca de certa característica de seu produto que cause algum risco à coletividade de consumidores ou ao menos a parte deles.

Portanto, se os fornecedores podem atentar às diferentes necessidades dos consumidores, deverão, da mesma forma, atentar aos riscos potenciais que poderão causar:

O que se espera dos agentes econômicos é que, da mesma maneira que produzem sandálias e roupas de tamanhos diferentes, produtos eletrodomésticos das mais variadas cores e formas, serviços multifacetários, tudo em atenção à diversidade das necessidades e gosto dos consumidores, também atentem para as peculiaridades de saúde e segurança desses mesmos consumidores, como manifestação concreta da função social da propriedade e da ordem econômica ou, se quiserem, uma expressão mais em voga, de responsabilidade social.

A conclusão é fundada no interesse social do CDC e no seu artigo 4º, III, ao apontar a necessidade de atendimento da finalidade do Estado Social e a ponderação em relação ao dever de permitir o progresso tecnológico e a circulação de bens:

Finalmente, importa ressaltar que as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social" (art. 1º, do CDC). São indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social. Partem da afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, como mecanismo que propicia igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem necessidade ou benefício, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. É esse o pano de fundo do direito-dever de informação, no microsistema do CDC.

E ainda que seja imprescindível ponderar o alcance do comando legal em contraponto ao custo que sua aplicação gerará, o acórdão privilegia o dever de respeito aos direitos de uma minoria (os portadores de doença celíaca) como decorrente da própria essência desse Estado Social:

Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. (REsp 586316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009)

Esse acórdão manifesta de maneira precisa tudo o que se expôs nesse trabalho até o momento, pois reforça que a atuação econômica deverá ser fundada no interesse social, que por sua vez atenderá a dignidade dos indivíduos, sendo que essa proteção não deverá ser extrema a ponto de inviabilizar o progresso, mas equilibrada e considerando a boa fé, a vulnerabilidade e os riscos a que o grupo estiver sujeito, sempre com vistas à nova visão de Estado Social consagrada pela Constituição.

E uma vez demonstrada a base de aplicação do artigo 4º, III, do CDC, e devidamente contextualizada a sua inclusão dentre os princípios da Política Nacional de Defesa do Consumidor especificamente em um Estado Social, é imprescindível compreender qual o papel do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para efetivar a PNDC, especialmente considerando-se as previsões legais contidas (1) no inciso II deste mesmo artigo 4º, que trata da necessidade de ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, (2) no artigo 5º, que trata dos instrumentos a disposição do Estado para execução da PNDC e (3) nos artigos 105 e 106 do CDC que tratam justamente do SNDC.

Assim, mais do que compreender como deverá ser feita a interpretação e aplicação dos conceitos legais adequadamente pelos integrantes do mercado, pelos aplicadores do direito e, em especial, pelos juízes em decisões judiciais, a efetividade do artigo 4º, III, do CDC passa necessariamente pela atuação direta do Estado e da implementação de um SNDC ativo e alinhado com a disposição constitucional que trata da ordem econômica e na necessária harmonia entre seus integrantes.

E tratou-se neste estudo previamente dos fundamentos e princípios que amparam essa PNDC justamente para que se permita, ao tratar do SNDC, ter maior clareza de quais são os seus objetivos e quais foram as dificuldades de sua implantação do Estado Brasileiro, lembrando-se aqui o histórico já desenvolvido no primeiro capítulo acerca da formação da sociedade de consumo brasileira e surgimento dos direitos do consumidor no país.

3.3. O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC trata de uma Política Nacional de Defesa do Consumidor, prevista no artigo 4º, de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto nos artigos 105 e 106, e de um Sistema de Fiscalização e Controle do Mercado de Consumo, previsto no artigo 55, conforme observado por SODRÉ (2009, p. 38) em preciosa análise realizada acerca justamente do SNDC. A principal questão na existência de tantos sistemas é a correlação entre eles, a separação das funções de cada qual e os instrumentos existentes para sua implementação.

E Marcelo Sodré realiza precisa distinção entre esses três sistemas apontando que o artigo 4º tem o maior espectro dentre os três sistemas, pois tem por objetivo **compatibilizar os interesses dos fornecedores e dos consumidores**, enquanto o SNDC tem como objetivo a **promoção da defesa do consumidor** e o Sistema de Fiscalização visa nortear a ação dos órgãos administrativos que atuam em prol do sistema (SODRÉ: 2009, p. 39).

Ou seja, tudo que se tratou até o momento neste estudo se relaciona ao primeiro tópico, de espectro mais amplo e que objetiva a efetiva inclusão da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica como apregoa o artigo 170 da CF. O objetivo é não tratar-se de mera previsão constitucional mas sim uma expressão do desejo estatal de ponderar os interesses dos consumidores como agentes de relevância na ordem econômica.

João Batista de Almeida é preciso nesse sentido justamente ao delimitar que:

[...] antes de cuidar da Política Nacional de Proteção e defesa do Consumidor, cuida da Política de Relações de Consumo, dispondo sobre os objetivos e princípios que devem nortear o setor. Já se disse, acertadamente, que a defesa do consumidor não pode ser encarada como instrumento de confronto entre produção e consumo, senão como meio de compatibilizar e harmonizar os interesses envolvidos. (ALMEIDA, 2009, p. 16).

Portanto, o objetivo central da PNDC é, primeiramente, assegurar os interesses dos consumidores, mas sem deixar de atentar à finalidade da ordem

econômica e sua viabilidade. Daí afirmar-se que a atuação estatal deve ser visando a eliminação do conflito entre fornecedores e consumidores e a atuação enérgica quando for necessária a proteção desse consumidor agora reconhecidamente mais fraco:

Nesse contexto, tal Política deve ter por objetivos, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores - objetivo principal das relações de consumo-, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia das relações de consumo, de molde a pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida. Objetivo importante dessa Política é também a postura do Estado de garantir a melhoria de qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos. (ALMEIDA, 2009, p. 17).

Retomando-se o histórico e a evolução da sociedade de consumo e a crescente instabilidade na relação entre consumidores e fornecedores a partir do momento em que se evidenciou o descontrole sobre os riscos decorrentes do processo produtivo e se deflagrou a desconfiança sobre o conteúdo das mensagens publicitárias e informações contidas nas ofertas e apresentações dos produtos, outra não poderia ser a pretensão ao instituir uma Política Pública de Relações de Consumo senão a busca pela harmonização.

Como já se afirmou, a Política Nacional de Relações de Consumo reflete exatamente a existência de uma sociedade de consumo desequilibrada, inicialmente em razão da atuação dos fornecedores em um Estado Liberal, dirigida à satisfação de seus interesses pessoais (lucro) em detrimento da real satisfação das demandas existentes, e seguida da própria validação, pelos consumidores, desse modelo de sedução em um momento de rápida urbanização e inserção nessa sociedade de consumo de milhões de interessados na absorção dessa nova cultura.

Daí a necessidade de termos uma Política Pública fundada, essencialmente, na necessária harmonização dessa relação, pois se a prioridade do Estado é garantir aos indivíduos o pleno desenvolvimento pessoal e a proteção a sua dignidade, torna-se mais razoável e possível que isso ocorra em um cenário em que

consumidores e fornecedores se relacionem de maneira harmônica. Essa a conclusão de João Batista de Almeida:

Por isso, a Política Nacional de Relações de Consumo deve estar lastreada nos seguintes princípios: [...]

c) Harmonização de interesses. Como se disse, o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes, ou seja, 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. Colima-se, assim, o equilíbrio entre as partes. (ALMEIDA, 2009, p. 19)

Portanto, a PNDC é a Política Pública que define a atuação estatal com o objetivo de reequilibrar a relação entre consumidores e fornecedores, sendo que o Sistema Nacional é justamente um braço dessa Política e que tem por objetivo promover a defesa do consumidor, de forma que os objetivos do CDC sejam adequadamente atingidos.

A atuação desse SNDC poderá ocorrer sem atender aos preceitos do PNDC? Certamente que não, mas como se verá no tópico abaixo o maior problema a se enfrentar quando o assunto é o SNDC é a sua ineficaz implementação e o descumprimento, por parte do Estado, de estruturar adequadamente os órgãos que deveriam agir para que as Políticas Públicas passassem a, de fato, existir.

3.3.1. A difícil instituição do SNDC

O estudo das políticas de consumo e os crescentes elogios ao sistema legal criado para defesa dos interesses dos consumidores contrastam com a evolução do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, idealizado pelo mesmo elogiado Código em seus artigos 105 e 106, mas que, por muitos anos engatinhou e ainda hoje se encontra longe de refletir o sistema que os autores do anteprojeto do Código pretendiam ver em funcionamento e centralizaria todas as ações dos entes envolvidos na defesa do equilíbrio nas relações de consumo.

Como demonstrado no Capítulo anterior, a Constituição dirigente impõe ao Estado efetiva atuação para que os direitos assegurados constitucionalmente sejam efetivados, não bastando o mero exercício de suas funções essenciais e mero controle social e exercício do Poder de Polícia.

Assim, a ideia primária que se tem com a proposta de implementação de uma política pública e de um Sistema Nacional a exercê-la é que tal deverá necessariamente cindir-se como a base Nacional da Defesa dos Direitos do Consumidor no Brasil, ou seja, invariavelmente, a atuação de todos os órgãos e agentes envolvidos na Defesa do Consumidor, deveria se pautar nas ações deste sistema, que tem uma ideologia definida, premissas de funcionamento, hierarquia e absoluta autonomia e poder de ação em relação às políticas governamentais.

Mais do que isso, e ainda tratando de um plano ideológico, onde se tenta delimitar dentro do conceito do tema proposto qual a sua real funcionalidade e o modelo a ser perseguido, é possível imaginar que todo e qualquer fornecedor e consumidor, pólos passivo e ativo em relações de consumo, enxergariam tal Sistema Nacional como norteador das ações preventivas de danos ao próprio sistema e como base na atuação do Judiciário ao tratar das relações de consumo.

O norte ideológico já foi definido nos tópicos anteriores e encontra forte amparo constitucional e legal: defesa do interesse social mediante a promoção da dignidade dos indivíduos, sempre de forma harmônica e equilibrada, com base na boa fé, reconhecendo-se a vulnerabilidade dos consumidores e os riscos a que estiverem sujeitos.

A estrutura e o funcionamento desse sistema aparentam se ancorar na previsão legal observada nos artigos 105 e 106 do CDC, que corroboram exatamente para o entendimento de que há a pretensão de centralizar as ações em um órgão único que atue visando a defesa do consumidor perante a sociedade.

E se há a responsabilidade estatal de promoção da Defesa do Consumidor, será que somente a aprovação de uma lei que disciplina esse microsistema bastaria? Mais do que isso, será que a mera previsão legal de que será organizado

e coordenado um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor bastaria para que houvesse a unidade e centralização necessárias para evitar demora na implantação desse microssistema?

Se observada a pretensão constituinte de aprovação de uma constituição dirigente e efetivadora de direitos sociais a resposta seria positiva, e o Estado prontamente atuaria visando criar a estrutura necessária à construção do sistema apregoado no CDC. Entretanto, seguindo o alerta feito no Capítulo Segundo, quando se tratou da transição do Estado Liberal Intervencionista para um Estado Social, havia, ainda, forte influência liberal (a bem da verdade neoliberal) que implicou em forte resistência à atuação estatal exatamente como se pretendia pelo texto constitucional. E a dificuldade decorreu justamente do momento de aprovação e da íntima ligação que o reconhecimento dos consumidores tinha com a liberdade de atuação econômica vigente até então no país e no mundo.

Considerando-se uma atuação de cunho claramente exploratório por centenas de empresas, o novo governo, que refletia a pretensão de estabilizar a economia e assegurar o crescimento do país, claramente optou, em que pese a aprovação do CDC, em não municiar a estrutura estatal de recursos para realizar efetiva promoção da defesa do consumidor.

Historicamente, como se demonstrou, sabe-se que o legislativo aproveitou um momento político e econômico favorável à proteção social para aprovar uma lei protetiva como o Código de Defesa do Consumidor, e foi exatamente esse o primeiro problema enfrentado pelo CDC: se havia um ambiente favorável para aprovação da Lei, no passo contrário não havia uma situação social, política e econômica que amparasse esse sistema protetivo.

A sociedade carecia, naquele momento pós-ditadura e de pretensões de abertura econômica, de garantias governamentais de que não seriam mais cometidos abusos e de que o estado regularia as relações existentes entre os detentores de capital e a sociedade. Por outro lado, enquanto o momento social permitiu a aprovação do CDC, o momento econômico não endossou a sua imediata aplicabilidade, e o Estado viu-se privado de aparelhar-se para obter uma imediata

aplicação do moderno e festejado sistema legal, tudo para fortalecer as empresas interessadas na abertura de capital promovida pelos governos ao longo das décadas de 1990 e 2000.

Até para servir de amparo a tal reflexão é possível observar e analisar outro sistema protetivo que cresceu em termos de repercussão social e ganhou amparo legal e jurisprudencial quase no mesmo período que a defesa aos direitos do consumidor: a proteção ambiental, disciplinada e discutida nos meios jurídicos a partir da década de 80, e que serviu, inclusive, como amparo para diversos dispositivos legais de proteção ao consumidor, como já se mencionou acima.

Enquanto o Sistema Nacional de Meio Ambiente, amparado na Política Nacional de Meio Ambiente, foi estruturado e amparado pelo Estado, ainda que não de forma ideal, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não foi implantado imediatamente após a aprovação do Código de Defesa do Consumidor de forma que os princípios e ideais da PNDC por muito tempo se perderam e ficaram, de certa forma, restritos às poucas decisões judiciais que se mencionou acima, e isso porque no meio acadêmico a discussão acerca da imprescindibilidade de equilíbrio entre fornecedores e consumidores já assumia maior clareza e relevância.

Assim, o Sistema Nacional de Meio Ambiente nasceu fundado na Política Nacional de Meio Ambiente, e serviu de base para a criação da estrutura legal e administrativa que lhe daria amparo. O SNDC, por sua vez, surgiu *a posteriori* e teve que partir de um plano das ideias para a, até hoje existente, luta para se impor.

Por isso se afirma que não era possível implementar um Sistema Nacional para Defesa do Consumidor naquele momento (e por mais aproximadamente uma década), pois não havia unidade social e preparo do mercado evoluídos a ponto de enfrentar uma Lei protetiva amparada pela ação estatal centralizada e organizada, ambos (Lei e ação estatal) visando combater os abusos cometidos ao longo de décadas de ausência de controle e ação abusiva dos detentores do capital.

Portanto, em que pese a Constituição tenha criado base e condição para aprovação de uma Lei protetiva e de uma nova diretriz de atuação estatal no âmbito

das relações de consumo, o Estado limitou-se a aprovar a Lei e deixar que questionamentos acerca da mesma lhe diminuíssem a efetividade e aplicação imediata, prejudicando sobremaneira o almejado equilíbrio social e harmonia entre fornecedores e consumidores.

Reitere-se que, pela natureza social era até mesmo natural que a Lei enfrentasse resistências pelos fornecedores, mas a ausência de intervenção estatal e a inefetividade de ação em busca de uma unicidade (exatamente a criação de um Sistema Nacional) fizeram com que a Lei e os defensores da necessária proteção aos consumidores nas relações de consumo passassem por um estranho “período probatório” e de adaptação social para ver os direitos apregoados pelo CDC incutidos socialmente entre consumidores e fornecedores.

Prova de que não havia qualquer sistematização para proteção do consumidor e não havia aceitação pelo mercado dessa intervenção buscando assegurar os direitos dos consumidores são as disputas judiciais contra a regulamentação da atividade econômica visando trazer maior segurança aos consumidores:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTIVEL. CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO. 1 - A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor. 2 - A edição de regras de polícia ostentados pelos arts. 11 e 18, respectivamente, das portarias ministeriais 61/1995 e 63/1995, estão autorizados pelos princípios insculpidos nos arts. 5, XXIX, XXXII e 170, II e V, da CF/1988. 3 - O Código de Proteção ao Consumidor (arts 4, I, III e IV, 6, IV e 55) da sustentação jurídica para a edição das portarias referidas, além do DEL n. 395, de 27/04/1938, da Lei n. 2004, de 03/10/1953 e legislação posterior que reestruturou o Ministério das Minas e Energia e fixou as suas atribuições. 4 - A liberdade de "bandeira" para a comercialização de combustível, relação considerada de utilidade pública, não atende aos interesses de se proteger o bem comum e as relações de consumo. 5 - Segurança denegada, liminar cassada. (MS 4.138/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/1996, DJ 21/10/1996, p. 40193, REPDJ 25/11/1996, p. 46134)

Outros exemplos disso que podem ser destacados são: (i) a absoluta descentralização dos nossos Procons e os conflitos de atribuição daí decorrentes²⁸,

²⁸ [...] COMPETÊNCIA CONCORRENTE. APLICAÇÃO DE MULTAS PELA MESMA INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PODER PUNITIVO DO ESTADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA LEGALIDADE. [...] 1. Caso em que são aplicadas multas administrativas pelo DPDC e pelo Procon-SP a

(ii) a existência de agências controladoras de certos setores, enquanto outros setores não são regulados, (iii) a implementação das agências reguladoras por leis aprovadas sem controle realizado pelo SNDC, o que implicou na existência de previsões conflitantes com o próprio CDC²⁹, (iv) os termos de concessão de serviços públicos, decorrentes de privatizações, que muitas vezes ignoraram prazos e garantias aos consumidores, e, ainda, (v) a absoluta ineficácia dos processos coletivos e atuação dos órgãos de defesa de massa, o que evidentemente gerou uma demanda expressiva e ainda não absorvida em nossos tribunais.

As falhas apontadas acima resultaram em fortalecimento de setores que se recusaram a cumprir o novo sistema e criaram embaraços ao longo duas décadas para evitar a aplicação das normas protetivas aos seus segmentos.

Como dito acima, houve expressiva perda de força estatal na promoção da defesa dos consumidores com o crescimento dos poderes das agências reguladoras, que associado ao seu uso político, tornou o seu papel técnico inverossímil e, por muitas vezes, temerário. Ora, as Agências foram criadas para atender à necessidade do Estado de regulamentar e fiscalizar a ação dos prestadores de serviços básicos à sociedade atendendo a tendência de delegação

fornecedor, em decorrência da mesma infração às normas de proteção e defesa do consumidor. 2. Constatado que o Tribunal de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC. 3. No mérito, não assiste razão à recorrente, não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado. 4. Nos termos do artigo 5º, parágrafo único, do Decreto n. 2.181/97: "Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pelo DPDC, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica. (REsp 1087892/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

²⁹ [...] COMPETÊNCIA DO PROCON PARA LAVRAR AUTO DE INFRAÇÃO. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SNDC. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE DA MULTA. 2. A atividade fiscalizadora e normativa das agências reguladoras não exclui a atuação de outros órgãos federais, municipais, estaduais ou do Distrito Federal, como é o caso dos Procons ou da própria Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que podem fiscalizar, apenas, qualquer pessoa física ou jurídica que se enquadre como fornecedora na relação de consumo, nos termos do art. 3º e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: RMS 24.921/BA, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12.11.2008; REsp 26.397/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 11.4.2008; REsp 25.065/BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira

dos serviços públicos à iniciativa privada.

SODRÉ (2007: p. 129) menciona que em 1995 foi criado um Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado que se incumbiu de “apresentar uma proposta de redefinição do papel do Estado em um mundo globalizado”. A proposta apresentada foi por um modelo gerencial de descentralização de poder, que facilitou a abertura de mercado e aumentou a competitividade internacional, possibilitando salvaguardas àqueles que pretendessem ingressar no mercado nacional.

Isso significa que, enquanto os serviços públicos passavam às mãos da iniciativa privada e do capital estrangeiro, a população passava a depender do mínimo de intervenção estatal para garantia de seus mais básicos direitos, e novamente o SNDC sofreu um duro golpe, vendo a criação das agências reguladoras. Aqui se repete o que foi dito alhures: a opção governamental de 1990, quando foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor, foi pela desestruturação do embrião de SNDC que surgia à época, o CNDC, pois se aprovava uma legislação protetiva por um lado, não poderia dotar os consumidores e entes interessados em sua eficácia imediata de um Sistema forte que imporia direitos e deveres aos partícipes da relação de forma a onerar suas ações.

Ao governo interessava atrair o capital externo, e aos investidores interessava a realidade brasileira dos anos 70 e 80: muita desorganização, pouca atuação pública e demora na definição de políticas públicas, tudo a facilitar a maior lucratividade pretendida pelas empresas que ingressaram no mercado nacional que, reiterar-se, ainda vislumbravam, em especial nos mercados subdesenvolvidos, potencial de exploração desmedida e alta lucratividade. Cabia, portanto, um Sistema Nacional de defesa aos interesses do Consumidor nesse cenário? Evidente que não.

As atribuições concedidas às agências reguladoras passaram a conflitar com diversas atribuições concedidas a órgãos de defesa dos consumidores, em especial em autuações realizadas pelos PROCONs em casos de desrespeito ao CDC por concessionárias de serviços públicos. Assim, novamente o decreto 2.181/97, que

veio para facilitar a criação do SNDC atentou contra seu próprio interesse, pois como dito no tópico oportuno, qualquer órgão que tivesse entre seus objetivos a defesa dos interesses dos consumidores integraria o SNDC de acordo com as atribuições que lhe fossem dotadas por lei. E assim surgiram a ANATEL, ANEEL, ANS, ANAC, ANA, dentre diversas outras, que possuem interesses de regulação de mercado e impactam diretamente no mercado de consumo.

A abertura de capital das empresas públicas ao mercado estrangeiro resultou na necessidade de criação das Agências Reguladoras, que nada mais são do que uma extensão do poder estatal para fiscalizar e regular as atividades da iniciativa privada enquanto dotada de poderes públicos. Com isso, enquanto o objetivo primordial anterior (serviços estatais) era somente atender o interesse público, hoje o objetivo (serviços privados) é somente o lucro, que inevitavelmente resulta em diversos problemas que não são resolvidos pelas agências que regulam as atividades.

E com relação à concessão dos serviços públicos a empresas estrangeiras e de maior potencial financeiro e desenvolvimento tecnológico, observa-se, ainda que não seja de forma proposital e deliberada, a ação do Estado no exato sentido do artigo 4º, III, do CDC, que prega a 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.

Ao permitir o ingresso das empresas estrangeiras em segmentos estratégicos como energia elétrica, telecomunicações, aviação civil, saúde, dentre outras, o Estado permitiu efetivo avanço tecnológico e permitiu o rápido desenvolvimento nacional nesses campos, permitindo aos consumidores acesso a uma gama de serviços e produtos essenciais ao crescimento do país, melhora no nível do emprego e melhoria nas condições sociais.

De toda forma, fica claro nesse estudo que a omissão do Estado na implementação de um SNDC, apesar de necessária sob certo aspecto, era injustificada na medida em que o próprio PNDC apresenta como princípio a atuação equilibrada do Estado na defesa do consumidor, permitindo-lhe compatibilizar a

defesa do consumidor com a necessidade de desenvolvimento do país, diante das prioridades e da finalidade da ordem econômica.

Esse SNDC poderia, portanto, ter se fortalecido desde a promulgação do CDC e atuado preventivamente para evitar que esses mesmos setores representassem hoje um passivo judicial imensurável e um dos principais causadores da atual conjuntura em que os consumidores se veem ainda mais lesados do que no momento da aprovação do CDC.

Se isso não ocorreu, hoje o SNDC deve ser pensado e estruturado observando-se as disparidades existentes, de forma que o nascimento de um novo SNDC se dê com forças para intervir nas relações existentes entre o governo e seus concessionários de serviços públicos, permitindo-se maior participação da sociedade de consumo e dos estudiosos do tema na estruturação das políticas públicas de desenvolvimento e modernização do Estado. Quando hoje se fala em sustentabilidade fala-se também da necessidade de respeito aos anseios e bem estar da população, e uma política desenvolvimentista mal estruturada pode, sim, obter resultados expressivos, mas estes de nada servirão diante de um público alvo insatisfeito com a possibilidade de intervir e até mesmo compreender tal desenvolvimento.

Para escapar um pouco do plano das ideias vale mencionar a recente discussão acerca da implantação da televisão digital no Brasil, processo que contou minimamente com a sociedade e dos setores que representam os consumidores, e o Plano Geral de Banda Larga, este ainda em trâmite e que também tem vistas para a universalização da internet no território nacional. Foram criadas estruturas que depois não se sustentarão em conjunto com as regras protetivas dos consumidores? Não se sabe, e tal desconhecimento é fruto da baixa importância política e social dos órgãos que compõem o SNDC, que claramente possuem limitado alcance e poder de atuação.

A conclusão que se chega acerca das agências reguladoras é que sua ação sempre foi voltada à regulação do mercado econômico e concorrencial, jamais ao de consumo, sendo que muitas das suas ações incluem-se, evidentemente, na margem

de manobra citada acima para agradar setores populares e políticos no âmbito de atuação das agências. Daí que afirmar que as referidas agências estão inseridas no âmbito de ação do SNDC é somente uma demonstração da falência do referido sistema, que busca desesperadamente representantes expressivos para fazer valer algum sopro de representatividade.

Como se observará abaixo, a tentativa de alçar entes, órgãos e agências ao âmbito de ação do SNDC é negar a sua própria gênese e enfraquecer os naturais representantes das políticas que devem ser defendidas. A luta, reitere-se, não deve ser pela tomada de atribuições concedidas a outros, mas sim de fortalecimento das suas próprias estruturas para se ver representado perante todos os demais setores que possuem interesses ligados ao mercado de consumo.

Outro clássico exemplo que não teve relação direta com o processo de abertura de capital no Brasil é a discussão acerca da aplicação ou não do CDC aos contratos bancários, questionamento resolvido definitivamente somente em 07 de junho de 2006, ou seja, 16 anos após a promulgação do CDC, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela CONSIF – Confederação Nacional de Sistema Financeiro.

Enquanto a decisão definitiva não era conhecida, os Bancos, cientes da iminente derrota nos tribunais acerca da aplicabilidade do CDC, passaram a lentamente adaptar os seus contratos e ações comerciais, o que lhes garantiu mais de 15 anos para adaptação ao novo sistema, sob o risco único de ações individuais reverterem a situação em prol dos consumidores. Certamente não se pode afirmar que há boa fé em tal modus operandi...

Em que pese a final submissão ao sistema, as instituições financeiras obtiveram expressivo lucro frente à grande massa de consumidores que optaram por submeter-se a condições irregulares em troca de tranquilidade e obtenção de crédito facilitado, verdadeira obsessão da comunidade consumista e dos sistemas essencialmente capitalistas. É emblemático, aliás, que esse questionamento se dê justamente em relação a um dos principais agentes econômicos que influenciou diretamente para a consolidação da sociedade de consumo, seja no Brasil seja

mundialmente.

Hoje há, inclusive, avançado projeto de sistema de autorregulamentação do setor bancário, promovido pela FEBRABAN, que terá como objetivo a criação de um código que estabelece uma série de normas de conduta a serem seguidas pelos bancos signatários da autorregulação. Novamente observa-se a tendência pela descentralização e nenhuma mobilização do SNDC reivindicando a sua força e autonomia.

Portanto, por quase 20 anos instituições financeiras (assim como outros setores da economia) tiveram a possibilidade de questionar e afrontar o sistema legal criado para defesa dos consumidores sob a ideia de que o descumprimento era mais favorável e lucrativo do que o simples atendimento às premissas básicas do CDC. Tal postura é uma clara herança do regime liberal vigente por décadas e da sistemática que assegurou o desenvolvimento sem amarras dos fornecedores no mercado.

Agora, adaptados ao sistema vigente, pretendem criar suas próprias regras para regulamentar suas ações. A razão dessa postura é evidente e pode novamente ser observada diante do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente: a coercitividade pode ser obtida com maior facilidade no âmbito coletivo, e não individual. Por isso os fornecedores reiteradamente centralizam esforços para enfraquecer qualquer movimentação que permita uma atuação mais efetiva do Estado nessa esfera.

Um agravante nesse cenário já ingrato é a existência de reiteradas divergências entre Procons e o próprio DPDC e outros entes administrativos que teriam competência para atuação, decisões descentralizadas e não efetivas e Institutos que apregoam proteção ao consumidor batalhando por repercussão midiática e maior adesão de associados para atuação coletiva do que decisões efetivas contra os abusos cometidos pelos fornecedores.

Exemplo claro da desorganização do Estado no desempenho de seu papel ativo e da ausência de centralização nas ações do SNDC é a atuação do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária como único órgão

regulamentador da atividade publicitária no país.

Trata-se de organização não governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial criada em 5 de maio de 1980 e que até hoje é a referência na regulamentação publicitária sem que haja qualquer movimentação dos órgãos que gerenciam o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor visando se dotar, por meio de órgão próprio, das atribuições que hoje cabem ao CONAR.

O Código de Autorregulamentação Publicitária, cuja execução foi confiada ao Conselho de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, foi aprovado em abril de 1978, quando estavam suspensas as liberdades públicas e estava em vigor o Ato Institucional nº 5, o que colocava a opinião, a produção cultural, a notícia e o anúncio submetidos à censura estatal.

Uma década mais tarde a Constituição de 1988 aboliu a censura e restabeleceu, como já dito, as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação e, ainda, consagrou a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

O mercado publicitário, amparado pelo manto da livre expressão e visando manter a sua atuação dentro do limite da legalidade estrita, sem preocupar-se com os objetivos sociais de sua atuação, optou pela manutenção de um agir ético limítrofe, que sempre age no limiar máximo entre o seu direito de expressão constitucionalmente garantido e a lesão aos direitos individuais e coletivos.

Não se pretende realizar qualquer crítica ao funcionamento e à referência do CONAR na área publicitária, muito menos à efetividade das suas decisões, aparentemente soberanas e cumpridas quase na integralidade dos casos pelos partícipes do sistema de autorregulamentação criado. Aponta-se, sim, que o CONAR é reflexo de uma efetiva atuação dos fornecedores para manter o controle de parte de suas atividades conforme os seus próprios interesses, tal qual ocorria sob a égide do Estado Liberal.

A realidade inafastável é a existência de um sistema de controle publicitário sem qualquer participação da sociedade na aprovação dos regulamentos ou no julgamento dos casos que são levados a debate por inexplicável inexistência de atuação do Estado nesse âmbito de tão relevante importância.

Isso gera um inevitável debate acerca da ética com que esses regulamentos são aprovados e com que as decisões são tomadas, mero reflexo da atuação sem controle pelo Estado do mercado publicitário, que soube bem assegurar sua liberdade de expressão sob o manto do risco de estarmos diante de nova censura.

E não se pode afastar que a publicidade teve papel central no desenvolvimento da sociedade de consumo e a sua consolidação como exposto no Capítulo Primeiro deste estudo sempre esteve intimamente ligada ao surgimento e evolução das técnicas de marketing, que tiveram retumbante sucesso em criar o “mundo de sonhos” descrito por Rosalind H. Berkeley e já detalhado neste trabalho previamente.

Por isso que se aponta a livre atuação do CONAR como retumbante falha estatal na dotação de poderes para exercício da PNDC e na estruturação do SNDC, pois atualmente os fornecedores seguem no controle da regulamentação da atividade publicitária visando, em tese, assegurar o cumprimento ao princípio constitucional da livre concorrência e da livre expressão, transvestindo-se tal ação como pretensão, também, de defesa do consumidor para satisfação dos interesses sociais, ainda que, na prática, nem sempre isso ocorra.

De qualquer forma, compreende-se que após o desenvolvimento da sociedade brasileira para uma sociedade de consumo as demandas tenham crescido e se tornado uma constante no Judiciário, portanto, o surgimento de um Sistema Nacional deveria orientar também e especialmente a ação desse atribulado Judiciário para tornar o seu dever jurisdicional mais simples e eficaz, exatamente como propõe o Código de Defesa do Consumidor, que prega como um de seus princípios basilares exatamente a efetiva prevenção e reparação de danos aos consumidores, tratados como efetivamente o são, vulneráveis frente ao mercado de consumo em decorrência de séculos de dominação dos produtores dos métodos de

produção e divulgação dos produtos.

Traçados os parâmetros daquilo que se esperaria encontrar com o estudo do SNDC, a conclusão que se obtêm é de que não há um sistema, mas sim um projeto concretizado e um mero esboço da aplicação desse conceito, ainda que já tenham se completado vinte e quatro anos da vigência do Código de Defesa do Consumidor e da viabilidade de implantação de um sistema unificado de maneira adequada pelo Estado.

As atribuições concedidas ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, hoje exercidos pela SENACON, como esclarecido no primeiro capítulo, confundem-se com os princípios que regem a Políticas Nacional das Relações de Consumo organizada no artigo 4º do CDC, o que se observa até mesmo pelo primeiro inciso do artigo 106 do CDC e do artigo 3º do Decreto 2.181/97, que destacam a necessidade do DPDC “planejar e executar a política nacional de proteção ao consumidor”.

Seguindo essa linha, o DPDC inicialmente, e agora a SENACON, deveria ser referência como centralizador de ações e especialmente como referência pelo mercado consumidor para busca de informações e “orientação permanente sobre seus direitos e garantias”, função que historicamente é desenvolvida pelo PROCON. Entretanto, a realidade é que não observamos em momento algum qualquer campanha de conscientização ou orientação sobre práticas, o que tornou o nome do DPDC, ainda hoje, em uma referência exclusiva do meio jurídico e acadêmico, o que certamente refletiu na sua substituição pela SENACON e fortalecimento dos PROCONs.

Assim, enquanto a ideia de Sistema Nacional transmite a impressão de centralização e controle de todos os aspectos que envolvem a Defesa dos Interesses do Consumidor, o que se observou foi a absoluta descentralização das ações dos órgãos que poderiam exercer os controles pertinentes. É exatamente desses fatores que surge a realidade descentralizada da defesa das relações de consumo e a absoluta inércia do SNDC, especialmente se observado pela ótica do vir a ser e sob o prisma dos ideais que o inspiraram.

Para que o SNDC passe a representar maior importância no estudo dos direitos dos consumidores, é imprescindível que a organização de tal sistema privilegie a efetiva proteção e reparação de danos, distribuindo os poderes concedidos às agências reguladoras, centralizando informações existentes nos órgãos administrativos governamentais e nas fundações existentes para tais fins, com a finalidade única e exclusiva de expandir o alcance das ações realizadas, aumentar as frentes de atuação e obter a real importância que o Sistema Nacional de Defesa dos Consumidores deveria ter assumido desde o momento de sua criação.

Para um detalhado entendimento sobre a evolução histórica do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no Brasil fazemos referência ao precioso estudo de Marcelo Gomes Sodré, que trata de maneira detalhada da evolução legislativa, as influências sociais, e onde define a ideia de Sistema Nacional com precisão, permitindo concluir que, realmente, tal conceito não se traduziu na concretização de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no Brasil:

[...] (*Falar em Sistema Nacional*) traz a ideia de uma extensão geográfica e cultural. A junção dos conceitos Sistema e Nacional leva à conclusão de que todas as instituições políticas ou sociais que exercem algum papel para a consecução dos fins almejados (sejam eles quais forem), dentro de um campo pré-fixado, (um país), devem compor um todo organizado. A ideia central é de que um sistema nacional deve abarcar todas as entidades que atuam em um determinado tema, sejam públicas ou privadas, em todas as esferas da federação do Estado nacional. (...) Pode-se afirmar, então, que o conjunto de entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é composto pelas entidades, públicas ou privadas, que atuam em torno deste tema (SODRÉ, 2007: p. 149).

O doutrinador faz crítica velada à ausência de definição acerca dos agentes e menciona em sua conclusão, também buscando instigar ideias acerca da necessidade de centralização e melhor delimitação dos poderes para cada um dos agentes, que não há um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, quando faz divertida metáfora com a obra do Filósofo JEAN-PAUL SARTRE sobre o nada (*L'etre et l'ê néant – O ser e o nada*) e repara a sua prévia conclusão de que não existe um SNDC para, então, afirmar que “a ausência de uma política pública já é uma política pública” decorrente da “de uma deliberação positiva governamental: a vontade de não implantar uma Política nacional”.

Certamente a ausência de vontade política e as dificuldades econômicas de assumir definitivamente o papel delegado ao Estado pela Constituição foram arrefecendo ao longo dos anos de forma que desde 2007 até o presente momento algumas expressivas mudanças foram realizadas permitindo uma visão mais clara do que hoje pode ser chamado de SNDC. E essa estruturação passa, como se verá, pelo necessário resgate àquele ente dotado de reconhecimento e competência natural para implementação de um Sistema Nacional: os Procons.

3.3.2. O PROCON, o SINDEC e o PLANDEC

Ao falar sobre a dotação dos órgãos com poder de polícia para atuação no âmbito do SNDC Daniel Fink afirma que “o decreto 2.181/97 praticamente ignorou essa vocação dos PROCONS. Se não a ignorou quase nada fez para incentivá-la e aperfeiçoá-la, procurando o caminho fácil da aplicação de sanções administrativas” (FINK; PELEGRINI, 2004: p. 967). O autor refere-se à vocação de agregar a sociedade e representar os interesses reprimidos dos consumidores em face do mercado de consumo.

O decreto 2.181/97 teve a possibilidade de dotar o PROCON de poderes para agir como coordenador e executor das políticas públicas de relação de consumo, as quais seriam discutidas e idealizadas pelo coordenador do sistema (hoje a SENACON), que deveria ser dotado de maior autonomia e sujeito à supervisão de um Conselho multidisciplinar, como já ocorre com o CONAMA, por exemplo.

E porque iniciar o tópico que trata do PROCON falando sobre um vir a ser que não se concretizou? Pois a gênese do PROCON é o que o SNDC possui de mais significativo e atualmente parece que o Estado vem se mobilizando para resgatar essa vocação.

Uma característica marcante do PROCON é a formação acadêmica do corpo técnico do órgão. Profissionais de todas as áreas sempre fizeram parte do quadro

técnico, permitindo análise sob diversos ângulos, com apresentação de conclusões e adoção de procedimentos de maior alcance. José Geraldo Brito Filomeno, ilustre parceiro do PROCON, ao falar sobre os conflitos de atribuição existentes entre os Ministérios Públicos Estadual e Federal, faz um pequeno introito onde descreve as atividades e dificuldades enfrentadas no momento de criação e crescimento do PROCON:

Nossas atividades, em última análise, resumiam-se a: a) tentar resolver reclamações a que os técnicos do PROCON já se haviam dedicado, mas sem sucesso, extraindo desse trabalho, na maioria das vezes, termos de acordo entre fornecedores e consumidores; e b) à requisição de inquéritos policiais para a apuração de delitos contra a economia popular, saúde pública, fraudes no comércio, estelionatos e outros que afetavam não propriamente “as relações de consumo”, como hoje são designadas as relações jurídicas qualificadas pelo vínculo ético a unir consumidores, de um lado, e fornecedores do outro, mas outros bens jurídicos.

Por vezes, e à falta de um instrumento adequado, no âmbito difuso ou coletivo, nós nos valíamos das normas administrativas em matéria de vigilância sanitária, por exemplo, e encaminhávamos representações aos órgãos competentes que exercem funções de polícia administrativa, para a adoção das medidas sancionadoras competentes. (FILOMENO; PELEGRINI, 2004: p. 1.022)

A representatividade do PROCON perante a sociedade no trato das relações de consumo é enorme e mesmo após 20 anos da criação do DPDC o órgão ainda é a referência da população e da mídia quando se trata da defesa dos interesses do Consumidor. O PROCON é um órgão que possui vocação para assumir um papel de maior relevância na atuação do SNDC e poderia ter sido dotado de uma estrutura mais robusta e com a centralização de atuação em um PROCON central (e não pelo DPDC) para obter maiores resultados.

João Baptista de Almeida, ao tratar dos Procons elenca cinco principais atividades exercidas no atual sistema de organização do SNDC: orientação, feita diretamente ao consumidor pela imprensa ou diretamente via telefone ou pessoalmente; mediação, com a convocação dos fornecedores a apresentar uma solução amigável ao impasse apresentado pelo consumidor; encaminhamento à fiscalização, com a comunicação aos órgãos competentes em caso de apuração de infração a legislações relacionadas à reclamação; fiscalização propriamente dita, de acordo com o poder de polícia detido pelos Procons dentro de suas atribuições, e, finalmente, estudos e pesquisas, conforme rege sua gênese, onde nasceu grande

parte das teses e estabilização de entendimentos doutrinários no período embrionário do CDC.

Reflexo do excelente trabalho de gestão realizado pelos PROCONs e da pressão popular pela conclusão dos trabalhos de unificação em um Sistema Nacional das reclamações apresentadas pelos consumidores no território nacional, o SINDEC hoje é uma realidade que pode ser o propulsor das mudanças pretendidas visando a real criação de um SNDC efetivo e sem interferências externas.

O Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) é um programa que integra em rede as ações e informações da Defesa do Consumidor, representando o trabalho do Coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e dos Procons integrados, e forma um todo harmônico para proteção estratégica e qualificada dos consumidores.

O SINDEC institui uma base de dados nacional e estadual que disponibiliza informações e gráficos em tempo real, cria novos mecanismos para inclusão dos órgãos municipais e ainda estabelece a base tecnológica necessária para a elaboração de Cadastros Estaduais e Nacional de Reclamações Fundamentadas, previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o próprio SINDEC afirma em seu site “o acesso às informações assegura aos consumidores e fornecedores a transparência do dia-a-dia das relações de consumo. É um grande instrumento de controle social que mediante o exercício do direito à escolha pode incentivar o respeito aos direitos dos consumidores e, portanto, a construção de um mercado de consumo mais equilibrado”.

Com o SINDEC os Procons passaram a contar com um modelo instrumental de gestão de políticas públicas, que permite diagnósticos mais precisos para a elaboração e implementação de medidas estratégicas para defesa dos consumidores, ampliando a eficiência e economia nas ações ao compartilhar e harmonizar conceitos, entendimentos e procedimentos. Possibilitou-se com o

SINDEC o minudente estudo do mercado de consumo e das situações que devem embasar a criação e atualização das Políticas Nacionais.

E se a pretensão dessa Política Nacional é a harmonização dos agentes que integram as relações de consumo, a busca de danos realizada de maneira precisa e efetiva é fundamental para correto diagnóstico das medidas a serem adotadas pelos órgãos que integram o SNDC e dos ajustes que devem ser feitos na própria política a permitir o constante equilíbrio entre os envolvidos, como previsto no artigo 8º do Decreto 7.963/2013, que Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo.

A ferramenta dota os interessados no fortalecimento do SNDC de informações estratégicas que podem favorecer a cessão de autonomia ao SNDC, pois ao uso das informações, sua divulgação e a elaboração de novas políticas públicas deverá atender o interesse de diversos setores, que em contrapartida pela participação neste processo deverão ceder poder e participação aos integrantes do SNDC, que poderão, então, reivindicar a pretendida reestruturação.

Outro exemplo de iniciativa que visa garantir uma atuação mais efetiva por parte dos entes administrativos de tutela dos direitos dos consumidores é o PL nº 5.196/2013, que tem por pretensão estabelecer medidas corretivas em caso de infração às normas de defesa do consumidor.

No inteiro teor do Projeto de autoria do Ministério da Justiça³⁰ destaca-se justamente a necessidade de fortalecimento do Procon e a atribuição de força vinculante às decisões proferidas pelo órgãos, que poderão ser executadas diretamente em juízo. Segue transcrito abaixo trecho do projeto:

Além do benefício imediato de permitir a rápida e efetiva reparação do dano ao consumidor, a medida também valorizará e fortalecerá a atuação das autoridades administrativas de defesa do consumidor, em especial dos PROCONs. Ademais, a possibilidade de que as medidas corretivas fixadas por esses órgãos constituam título executivo extrajudicial, juntamente com o maior aproveitamento das audiências

³⁰ Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BDE45168C7B016FE1548A5926A15038B.proposicoesWeb1?codteor=1067512&filename=PL+5196/2013

realizadas por eles, refletirão em uma relativa desopressão sobre os Juizados Especiais Cíveis, contribuindo para a agilização e o melhor aproveitamento do procedimento judicial.

E todas essas alterações passam pela criação da SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor pelo Decreto 7.738/2012, que assumiu as atribuições estabelecidas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 3º do Decreto nº 2.181/97 visando justamente o “planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, com seguintes objetivos: (i) garantir a proteção e exercício dos direitos consumidores; (ii) **promover a harmonização nas relações de consumo**; e (iii) incentivar a integração e a atuação conjunta dos membros do SNDC”³¹.

E as ações estruturantes da Secretaria são justamente a centralização de dados por meio do SINDEC, a atuação efetiva da Escola Nacional de Defesa do Consumidor, e as ações preventivas adotadas em parceria com os entes regulatórios, como ANVISA e INMETRO. A atuação da SENACON é recente mas vem gerando expressivos resultados.

O objetivo manifestado no próprio sítio eletrônico e inspirado na Lei que a instituiu é “ampliar a efetividade da Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor”, o que vem permitindo uma ação mais clara no sentido de criar uma cultura de proteção ao consumidor no Brasil, o que inspira as próprias empresas a afastarem a visão de que o consumidor tem interesse antagônico ao seu. Ledo engano que vem sendo corrigido com uma atuação segura da Secretaria designada para tanto.

Última ferramenta criada pela Secretaria e que segue a mesma linha do restante da atuação que vem sendo conduzida nos últimos meses é a criação de um sítio eletrônico de reclamações supervisionado pela Secretaria em conjunto com os Procons e que tem o objetivo de centralizar em ferramenta governamental o que antes vinha sendo feito por meio de uma ferramenta privada pouco confiável.

O sítio www.consumidor.gov.br tem como premissas permitir transparência e controle social das relações de consumo com confiabilidade, uma vez que se trata de ferramenta controlada pelo Estado, uso estratégico das informações apresentadas pelos consumidores na formulação e execução de Políticas Públicas, e potencializar a educação e escolha consciente dos consumidores sobre os fornecedores disponíveis no mercado.

Todas as medidas anunciadas nesse tópico têm por pretensão justamente centralizar na SENACON as atividades do SNDC, e permitir que a PNDC seja atualizada e executada com maior precisão para busca de seu principal objetivo: justamente harmonizar os interesses dos integrantes das relações de consumo e permitir o desenvolvimento econômico e social que assegurem existência digna a todos a teor do artigo 170 da Constituição Federal.

3.4. CAMINHOS DE HARMONIZAÇÃO

Após a demonstração de que o artigo 4º, III, do CDC representa uma norma de harmonização a ser aplicada diante de qualquer aparente conflito entre a defesa do consumidor e os demais princípios da ordem econômica, de enfrentar os fundamentos jurídicos que amparam essa pretensão de harmonia e busca pelo equilíbrio entre consumidores e fornecedores e, finalmente, compreender as dificuldades do SNDC na implementação da PNDC, mostra-se imprescindível apresentar quais são os caminhos a permitir uma efetiva harmonização das relações entre consumidores e fornecedores.

Como se demonstrou ao longo do presente estudo, o desenvolvimento da sociedade de consumo determinou um *modus operandi* dos fornecedores que passaram a deter, em pouco tempo, ampla liberdade de ação para consecução de seus fins, que essencialmente sempre foi, como segue sendo, a obtenção de lucro.

³¹ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BF84E8F0E-EACC-42C5-AE68-3CE0E1A483BC%7D¶ms=itemID=%7B768DE2EF-F446-4A9D-94E4-EA76D5084F9E%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>

O Estado Liberal não impunha, como ocorre hoje, qualquer função social da propriedade ou na atuação pelos fornecedores perante o mercado.

E essa liberdade resultou em uma severa mácula à atuação desses fornecedores, que desenvolveram métodos de oferta e publicidade de seus produtos e serviços questionáveis do ponto de vista ético e até mesmo legal. O surgimento da legislação protetiva, aliás, decorreu em grande parte da imprescindibilidade da busca pelo reequilíbrio das relações, pois estava evidente que a atuação amparada em Estados Liberais havia criado e estimulado um padrão de conduta reprovável.

Em Estados dotados de maior estrutura e onde o mercado de consumo, apesar de dominado pelos fornecedores, detinha consumidores com maior controle de sua relação com esse mercado, o impacto foi menor e o reequilíbrio mais célere. Apesar de dominante, a relação entre fornecedores e consumidores nesses países não era de exploração como ocorria em países subdesenvolvidos, de forma que a ruptura, no segundo caso, seria ainda mais brusca.

Além disso, como descrito no tópico anterior, a abertura de capital e privatização do setor de serviços no Brasil impôs aos investidores amplos investimentos e condições de desenvolvimento tecnológico do Brasil, o que efetivamente ocorreu. Portanto, esses investimentos deveriam, naquele momento, via acompanhados de baixo risco e maior margem para as operações, sob pena deles sequer existirem.

Assim, com a evolução do mercado nacional e com a estabilização de uma ordem econômica mais bem delimitada, em especial acerca dos limites de intervenção do estado e a sua real finalidade constitucionalmente definida, é possível afirmar que os fornecedores possuem absoluta condição de compreender o propósito dos Estados Sociais e a forma de atuação que lhes permita uma participação mais ativa nessa ordem econômica.

Somente mediante uma nova postura será possível atingir um Sistema equilibrado e uma ordem econômica que promova a real justiça social, do contrário se viverá constantemente em conflito de interesses e atuação contrária ao ditames

constitucionais, o que deverá, como descrito no tópico anterior, ensejar atuação ainda mais enérgica do Estado para punir os infratores.

3.4.1. O consumidor e o fornecedor no regimento do CDC

Primeiro ponto que se destaca neste tópico do trabalho é a inexistência de definição pelo CDC do que vem a ser uma relação de consumo, uma vez que o legislador optou pela definição de seus sujeitos e o seu objeto: o consumidor, o fornecedor e o produto ou o serviço.

A definição jurídica de consumidor é estabelecida pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que traz o conceito de consumidor padrão e se complementa com outras definições dos chamados consumidores equiparados, pois recebem tutela jurídica independentemente de se caracterizarem como tal em razão da prática de ato material de consumo.

A partir da vigência do CDC, a definição jurídica de consumidor suscitou debates acerca de sua limitação, dando origem às correntes finalista, maximalista e mais recentemente à finalista mitigada, que vem sendo a mais aceita pelos Tribunais. Sobre o tema reportamo-nos ao brilhante trabalho de Marco Antonio Zanellato, *Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor*, onde detalha as previsões de consumidor equiparado e trata das teorias que visam conceituar o consumidor.

A terceira corrente que trata de definir o consumidor pelo regime do CDC e tenta mitigar a corrente finalista é baseada em dois critérios básicos: a) a definição de consumidor por equiparação é excepcional no CDC; b) para aplicação dessa extensão pela equiparação legal faz-se necessário o reconhecimento da vulnerabilidade desse consumidor equiparado (MIRAGEM, 2009:).

Isso denota que o critério central dessa definição é simples: consumidor é aquele que foi vítima da atuação dos fornecedores historicamente e que hoje se vê

em posição desfavorável e impossibilitado de exercer seus direitos de maneira adequada. Daí questiona-se: uma multinacional pode ser a destinatária final econômica de um produto? Certamente que sim. Mas pode ela ser entendida como vítima do mercado de consumo e dos desequilíbrios daí decorrentes. Aqui a resposta certamente é negativa e impossibilitaria, ao menos em tese, a sua proteção pelo CDC.

Tal mitigação tem dupla face: (1) permitir que uma contratação que não tenha sido realizada por um destinatário final, mas que denote a vulnerabilidade que se pretende proteger, seja enquadrada no regime do CDC e (2) impedir que uma

A primeira face pode ser observado no julgamento do REsp 1132642/PR, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que teve seu voto vencido, prevalecendo o entendimento do Ministro Massami Uyeda, da Terceira Turma, com julgamento ocorrido em 05/08/2010.

Na ocasião, apesar do voto condutor do Ministro Massami Uyeda ter apontado para o afastamento da aplicação do CDC à relação de um micro produtor rural em função da ausência de destinação final do produto, a Ministra Nancy Andrighi inovou ao propor a aplicação do CDC em casos em que a vulnerabilidade decorra justamente do mesmo amparo constitucional da qual decorre a proteção do consumidor:

É cabível a aplicação do CDC à relação jurídica pela qual pequenos produtores rurais adquiriram sementes de fabricante para o manejo, cultivo e posterior colheita destinada à comercialização, pois reconhecida a vulnerabilidade daqueles frente ao fabricante, aplica-se de forma mitigada a teoria finalista acerca da definição de consumidor, ainda que o produto tenha sido adquirido para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, o que dá margem à incidência excepcional do CDC.

Para a Ministra a proteção se justificaria na medida em que o objetivo da PNDC é justamente harmonizar as relações entre fornecedores e seus consumidores mediante o reequilíbrio de forças entre os dois agentes. Assim, muito mais relevante a proteção do consumidor assegurada pelo artigo 170 da CF com a finalidade de proteger o interesse social e o desenvolvimento do país do que a mera

aplicação do conceito legal de consumidor a impedir a consecução do fim legal (justamente o artigo 4º, III do CDC) e constitucional (artigo 170, caput da CF):

Nesse aspecto, uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta, a rigor, para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor. O art. 4º do CDC, ao estabelecer a Política Nacional das Relações de Consumo, enumera entre seus objetivos a **harmonia** dessas relações, fixando como princípio, em seu inciso I, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”

Vale transcrever, ainda, para enriquecimento deste estudo, o amparo doutrinário utilizado para concluir que “atribuir ao próprio consumidor, ainda que pessoa jurídica, o ônus de demonstrar sua vulnerabilidade, poderá desestimular ou ao menos dificultar o acesso ao Judiciário, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF”:

Conforme escólio de Maria Antonieta Zanardo Donato, “a verificação da vulnerabilidade do consumidor constituir-se-á na viga mestra do Direito do Consumidor. A princípio todos os consumidores são vulneráveis. Tratando-se de uma presunção, e não de uma certeza, esta poderá ser até mesmo afastada pelo Poder Judiciário, face às provas apresentadas pela parte contrária” (Proteção ao consumidor. Conceito e extensão . São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 108). Seguindo linha de raciocínio análoga, Antônio Carlos Efiging anota que “a vulnerabilidade do consumidor para o regime jurídico do CDC é qualidade legal desta figura das relações de consumo, não é condição que possa ser objeto de interpretações reducionistas” (Fundamentos do direito das relações de consumo. 2ª Ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 60).

A teoria que vem se consolidando no STJ desde 2012 representa o melhor espírito do CDC e da pretensão de instituição de uma ordem econômica harmônica e de fundo social, mas só vem sendo aplicada há poucos anos e ainda enfrente massiva resistência pelos tribunais locais, que seguem mantendo visão arraigada acerca da responsabilidade civil e aplicação do CDC dissociada de seu princípio fundamental. Prova disso é o julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reforma sentença proferida em primeiro grau que não reconheceu a vulnerabilidade da pessoa jurídica em razão de sua vulnerabilidade:

[...] A relação jurídica qualificada por ser 'de consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor) e de um fornecedor, de outros. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concerta decorrer

inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. [...] (TJSP. Apelação nº 0009777-37.2009.8.26.0408. Relatora Maria Lúcia Pizzotti. 20ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 07/04/2014).

Outro exemplo em que a definição de consumidor se dá pela origem histórica do CDC e sua função social é a do consumidor *bystander*, enquadrado pelo artigo 17 como sendo somente vítima de um acidente de consumo sem que se caracteriza, sob qualquer hipótese, como destinatário final. O Ministro Herman Benjamin (1991: p. 91) traz como exemplo o dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos pela explosão de uma lata com defeito de fabricação, reconhecendo que ele pode pleitear, do mesmo modo que o consumidor que está a seu lado, reparação pelos danos sofridos em decorrência do produto defeituoso.

São diversos os precedentes nesse sentido (REsp 1100571/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/08/2011; AgRg no REsp 1000329/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010; (REsp 1125276/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012) sendo que o princípio em que se funda essa responsabilização é o mesmo que fundamenta a teoria finalista mitigada: o Código de Defesa do Consumidor foi aprovado com a pretensão de equilibrar a relação dos fornecedores não somente com os consumidores, mas com todos aqueles que, de alguma forma, sofrem com a atuação desmedida em busca de lucros e acabam prejudicados.

Portanto, como bem assevera Silney Alves Tadeu a aplicação do CDC e, portanto, a tentativa de definição de quem vem a ser consumidor passam pela necessária compreensão acerca da natureza da relação e a necessidade de proteção daquele que exige a aplicação do diploma legal:

[...] é de uso comum o emprego do termo consumidor sem a preocupação de aprofundar, na maioria dos casos, sobre a verdadeira essência de seu conteúdo, o qual provoca que seu uso inadequado se transforme em abuso e como

consequência desvirtue sua forma essencial, aquela que por natureza e definição própria o configura.

No tocante à definição jurídica de fornecedor, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define o fornecedores como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A definição legal de fornecedor é ampla e deve ser interpretada em consonância com seus parágrafos 1º e 2º, que dispõem acerca da definição de produto e serviço. A lei não exige que o fornecedor seja profissional, mas obriga dele o exercício de uma atividade para seu enquadramento. São poucas as discussões acerca do conceito de fornecedor e o alcance buscado pelo Código é amplo o bastante para evitar qualquer dúvida nesse sentido.

O grande questionamento, que merece tópico próprio a ser desenvolvido na sequência, é se dentre aqueles que preenchem os requisitos para serem enquadrados como fornecedores basta que estejam insertos na cadeia de consumo para que sejam responsáveis por danos sofridos pelos consumidores nos termos dos artigos, 12, 14, 18 e 22 do CDC? É o que se passa a discutir:

3.4.2. Clareza do regime de responsabilidade e sua aplicação:

A razão desse questionamento é tentar demonstrar que os conceitos do CDC vêm se perdendo e muitas de suas conquistas vêm sendo jogadas em uma vala comum. Mormente tratar-se de classificação inovadora e com previsões diferenciadas em relação à doutrina civilista, não se pode confundir a delimitação e o momento de aplicação dos artigos 12 a 17, que tratam da responsabilidade pelo fato (defeito), e qual o momento de aplicação dos artigos 18 a 25, que tratam da responsabilidade pelo vício.

Apesar de parecer questão absolutamente superada e que sequer mereceria qualquer atenção em um debate acadêmico, a prática forense demonstra ser extremamente comum a formulação de pedidos de responsabilidade pelo vício do serviço com base no artigo 12, pedidos de responsabilidade do comerciante com base no artigo 7º, parágrafo único, dentre diversas outras aberrações jurídicas que, como dito, somente colocam em risco a efetividade do próprio comando legal.

Acerca da distinção acerca de vício e defeito, Rizzato Nunes trata da questão com simplicidade ímpar: o vício seria a inconformidade do produto ou do serviço que implique em disparidade acerca da sua qualidade, oferta ou quantidade. Assim, sempre que o produto ou serviço não estiver apto em qualquer destes três aspectos estar-se-á diante de um vício. Diante desta definição, para que se observe a responsabilidade pelo fato do produto, basta que o vício exacerbe a sua própria limitação física e econômica, causando qualquer tipo de dano adicional ao consumidor o qual, dano este, para a doutrina e jurisprudência dominantes, ameace a saúde ou a segurança do consumidor (NUNES, 2009: p.181).

Uma mera inconformidade que resulte, em última instância, na necessidade de troca do produto, repetição do serviço ou devolução do valor pago por qualquer destes, será disciplinada pelos artigos 18 a 25. Do contrário, havendo fato ou evento que exacerbe o limite da inconformidade do produto, afetando a segurança ou a vida do consumidor (vide artigos 8 a 10 do CDC), estar-se-á diante de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e, portanto, de um defeito.

Assim, e para concluir de maneira simples esse breve introito: (i) a responsabilidade pelo fato do produto está prevista nos artigos 12 e 13; (ii) a responsabilidade pelo fato do serviço é encontrada no artigo 14; (iii) a responsabilidade pelo vício do produto está prevista nos artigos 18 e 19; e, finalmente, (iv) a responsabilidade pelo vício do serviço está prevista nos artigos 20 a 22.

A infração aos dispositivos acima questionados é simples de se observar e, para tanto, basta que o intérprete faça a subsunção do fato à norma para que possa

vislumbrar qual o dispositivo aplicável à espécie. Assim, verifica-se se a contratação envolve somente a aquisição de um produto, se a prestação de um serviço ou ambos, sendo que nesse caso deve o intérprete avaliar se está diante de falha no fornecimento, na prestação ou também em ambos.

Esse cuidado é essencial para que se evite demandas em que são incluídas indiscriminadamente todas as empresas que possam ter alguma relação com os fatos expostos e o pedido ser fundado de maneira irresponsável na suposta existência de uma cadeia de consumo. E a ideia de cadeia de consumo decorre do artigo 12, que trata justamente da responsabilidade pelo fato do produto ao indicar como responsáveis solidários “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador”.

O exemplo clássico da doutrina é o carro fabricado pela montadora, que congrega peças de diversos fabricantes diversos. Na apresentação de um defeito de alguma dessas peças o responsável será o fabricante da peça ou a montadora? Certamente a montadora será responsável, pois ela forneceu ao consumidor o seu produto pronto e acabado, sendo ao consumidor se permitirá que, demonstrando-se tratar-se de vício ou defeito naquela peça específica demanda o ressarcimento que lhe couber do fabricante da peça ou mesmo de ambos, pois ambos integram a cadeia de consumo.

Mas essa cadeia de consumo é infinita ou há critério legal para a sua avaliação? A dúvida apropriada que surge e deve ser respondida por meio desse tópico é: se uma empresa não é a fornecedora de um produto ou de um serviço, ela poderá ser responsabilizada pelos danos sofridos por um consumidor? A resposta pode ser encontrada na legislação protetiva facilmente:

Primeira hipótese avaliada é quando a ofensa não for praticada somente pelo Fornecedor, mas também por qualquer outro ente ou pessoa (art. 7º, § único e art. 25, § único, ambos do CDC): nesse caso, a ofensa terá autores responsáveis solidariamente, mas é imprescindível que se demonstre **a culpa** desse outro autor, uma vez que não se aplica a ele o regime do CDC, conforme expressamente previsto pelos dispositivos mencionados.

Exemplo simples dessa hipótese é um atropelamento causado no estacionamento de um Shopping. O Shopping terá responsabilidade objetiva pelo evento salvo se demonstrar que o ato decorreu de culpa exclusiva de terceiro (o atropelador, no caso do exemplo). Entretanto, caso ao final se apure que culpa é concorrente, ambos responderão nos termos do art. 7º, § único, CDC. Contudo, o Shopping responderá nos termos do CDC e o atropelador mediante as regras de Responsabilidade Civil do CC.

E porque se afirma que é necessária a configuração de culpa? Pois o CDC aponta que a ofensa deverá ter mais do que um autor. Ora, se um dos autores é justamente aquele que responde por ostentar a qualidade de fornecedor (e que, portanto, responde objetivamente pelo dano), qualquer outro “autor da ofensa” que não seja fornecedor deverá ter demonstrada a sua participação no evento danoso e, portanto, a sua culpa para a causação do dano.

Certamente não há no CDC a figura do fornecedor por equiparação. Portanto, qualquer outro agente que deva responder ao consumidor por qualquer dano sofrido, deverá fazê-lo mediante a demonstração clara de sua participação no evento danoso, sob pena de se ampliar indevidamente o conceito de fornecedor de maneira absolutamente indevida com os princípios e a gênese do Código. E aqui se reitera o que se afirmou acima: se a pretensão do Código é busca equilíbrio entre os agentes das relações de consumo não pode gerar um cenário de responsabilização indiscriminada e sem critério legal sob pena de fragilização do próprio sistema.

Portanto, o artigo 7º, parágrafo único, ao contrário do que vem ocorrendo, não é uma previsão legal curinga que permite ao intérprete e aplicador do direito simplesmente ampliar o regime de responsabilidade e equiparar na qualidade de fornecedor qualquer empresa que tenha remota relação com a cadeia de consumo:

[...] 3. Os arts. 7º, parágrafo único, e 25 do CDC impõem a todos os integrantes da cadeia de fornecimento a responsabilidade solidária pelos danos causados por fato ou vício do produto ou serviço.

[...] (REsp 1370139/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/12/2013)

E vale retomar o entendimento sobre cadeia de consumo para restringir que ele denota participação efetiva no processo de produção ou prestação do serviço e, por isso, seria desnecessária a comprovação da participação desse agente no evento danoso (caso do fabricante da peça mencionado acima).

A responsabilidade do comerciante prevista no art. 13, CDC, é hipótese legalmente regulamentada, uma vez somente responderá quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados, ou quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante ou, ainda, quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis. A definição legal é clara e facilita o trabalho do intérprete.

Por fim, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 28, CDC): com a responsabilização de seus sócios quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social a lei também prevê de maneira clara quais as hipóteses e como se dará a responsabilização.

Nas hipóteses de grupos societários (art. 28, §1º, CDC), quando a responsabilidade será subsidiária, nas sociedades consorciadas (art. 28, §2º, CDC), quando a responsabilidade será solidária, e, finalmente, as sociedades coligadas, quando a responsabilidade será subjetiva e prescindirá da apuração de culpa.

Veja que as previsões legais expostas acima preveem que responderão solidariamente aqueles que forem responsáveis/autores da ofensa/dano sofrida pelo consumidor, previsões que levaram ao entendimento de que os integrantes da cadeia de consumo que contribuam de alguma forma para a final consecução do dano ao consumidor responderão solidariamente.

A jurisprudência, contudo, ignorando a clareza da previsão legal acima exposta, vem responsabilizando indiscriminadamente empresas que não possuem qualquer relação com os consumidores sob a pretensa intenção de assegurar a eles a efetiva reparação de que trata o artigo 6º, VI, do CDC. Assim, até mesmo

empresas que simplesmente estão no mercado são consideradas responsáveis pela reparação de consumidores sob o primado da reparação efetiva.

Não raro é possível encontrar decisões de juízes de primeira instância e de Juizados Especiais Cíveis que condenam empresas a ressarcir consumidores que sequer adquiriram produtos fabricados pela empresa condenada pelo simples fato de não ser permitido que o consumidor deixe de ser ressarcido. Esse entendimento é absolutamente contraditório aos princípios que regem o sistema e às normas que asseguram até mesmo a proteção do consumidor e diversas outras hipóteses.

Se a pretensão do CDC é reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e assegurar o reequilíbrio nas suas relações com os fornecedores, qualquer regra que determinasse que um fornecedor deverá ressarcir um consumidor pelo simples fato dele ser fornecedor seria absolutamente ilegal e até mesmo inconstitucional, pois feriria a pretensão de instituição de um modelo econômico que permita a promoção de justiça social e desenvolvimento do país.

Aplica-se em situações como essa justamente o artigo 4º, III, como norma de harmonização, uma vez que a defesa do consumidor não poderá configurar-se como um impeditivo ao desenvolvimento empresarial e tecnológico. Por isso afirma-se que não se pode responsabilizar ilimitadamente toda e qualquer empresa para defesa dos interesses dos consumidores, pois tal situação gera uma insegurança jurídica extrema e impossibilita suas atividades empresariais, que passariam a responder ilimitadamente por danos aos quais não deu causa.

Portanto, integrante da cadeia de consumo é aquele que participa ativamente da relação de consumo e contribui para a consecução do dano. Do contrário, o consumidor estará diante de um terceiro, sendo imprescindível, nesse caso, a demonstração de sua culpa para que o dano se realizasse, sendo aplicável o CDC a esse terceiro somente se for configurada entre ele e o consumidor uma relação de consumo.

Acerca da responsabilidade pelo fato de terceiro transcreve-se abaixo a doutrina do Ministro Sanseverino (2002: p. 279) que trata expressamente das características que esse terceiro deverá ostentar:

O efeito do rompimento donexo causal exige que o fato de terceiro apresente cinco características: a) causalidade; b) inimputabilidade; c) qualidade; d) individualização; e e) irrelevância da ilicitude. Causalidade significa que o fato de terceiro deve ser a causa adequada do dano com exclusividade, pois, se for apenas um fator concorrente, persiste a responsabilidade do agente.

Inimputabilidade significa que o fato de terceiro deve ser completamente independente do comportamento do ofensor demandando, não podendo ser, de qualquer forma, a ele atribuído.

Quanto à qualidade de terceiro, significa que esta pessoa não pode ter qualquer vinculação com o agente responsabilizado. Na individualização, o terceiro deve ser uma pessoa específica, ainda que, eventualmente, não seja passível de perfeita identificação.

Finalmente, é irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta do terceiro causador do dano para exclusão da responsabilidade do agente demandado.

Em síntese, o fato de terceiro deve surgir, no processo causal, como causa exclusiva do dano sofrido pelo prejudicado, tendo força para ensejar o rompimento do nexocausal. Isso, porém, não ocorre no caso em tela, pois o fato de terceiro não foi causa exclusiva do evento danoso.

E um exemplo claro dessa situação em que há pretensão de inclusão de um terceiro como corresponsável nas relações de consumo é nas relações dos consumidores com empresas franqueadas de Redes de Franquia. A relação de Franquia é prevista pela Lei 8.955/94 e tem dentre os seus pilares a independência jurídica entre franqueador e franqueado.

Essa independência é bastante clara e reconhecida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que no âmbito trabalhista já pacificou o entendimento que as Franqueadoras dos Sistemas de Franquia não deverão responder pelos débitos contraídos por seus franqueados.

A situação do Franqueador no âmbito das relações de consumo, contudo, ainda não é clara e desperta dúvidas. E a pertinência dessa discussão nesse âmbito é o fato do sistema de franquia ser justamente um método de negócio que favorece amplamente o mercado de consumo e extremamente benéfico para o próprio desenvolvimento do país.

Para o mercado de consumo a importância e relevância decorrem da possibilidade de expansão de um método de negócio consagrado e confiável e que desperta a confiança do consumidor prontamente. Do ponto de vista do mercado é ainda mais benéfico, pois otimiza fortemente as chances de sucesso do empreendimento, favorecendo a empregabilidade, as taxas de retorno e as possibilidades de desenvolvimento empresarial e tecnológico em suas respectivas áreas.

Há, no sistema de expansão de negócios pelo *Franchising* claro apelo social e o desenvolvimento do mercado e das técnicas de negócio são amplamente favoráveis ao desenvolvimento do país. Tanto isso é verdade que o crescimento do Franchising no Brasil está intimamente ligado com o crescimento do varejo e da própria economia nacional.

Pois bem, contextualizado o papel do Franchising no mercado, segue a dúvida acerca do questionamento apresentado inicialmente neste tópico: o franqueador integra a cadeia de consumo diretamente ou é necessária a demonstração de sua culpa em eventual acidente de consumo para que seja responsabilizado?

E aqui uma primeira distinção precisa ser realizada: tratando-se de uma franquia para venda de produtos e sendo a franqueadora a fornecedora desses produtos não há qualquer dúvida acerca de sua responsabilidade, pois não há questionamento acerca de sua qualidade de Franqueadora de um sistema, mas de fabricante e, portanto, fornecedora.

Afora essa hipótese específica, para que o Franqueador responda, seja solidária ou subsidiariamente, em conjunto com o franqueado, é imprescindível que tenha praticado algum ato que implique na sua participação direta da relação de consumo. Esse é o recente entendimento, ainda minoritário, dos tribunais pátrios, como aponta o precedente abaixo transcrito do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...] O artigo 20 do Codecon, que cuida da RESPONSABILIDADE civil dos fornecedores de serviço, não estabelece a presunção de solidariedade dos mesmos. A solidariedade só ocorrerá, nos termos do art. 25, §1º, SE EFETIVAMENTE DEMONSTRADA A PARTICIPAÇÃO DOS FORNECEDORES NO EVENTO DANOSO. - O montante da indenização por danos morais deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. Não poderá ser, no entanto, fonte de enriquecimento sem causa. - É vedado, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição da República, a vinculação da indenização ao valor do salário mínimo. - O vencido em demanda judicial deve ser condenado nos ônus da sucumbência, que decorrem exclusivamente da derrota por ele experimentada. - Primeira apelação não provida, parte da sentença alterada, de ofício, e segunda apelação provida em parte” (TJMG. Apelação 4192521-67.2000.8.13.0000. Relator Des. Roberto Borges de Oliveira. Data do Julgamento: 15/03/2005 e Data da Publicação: 27/04/2005).

O acórdão acima citado e cuja ementa é transcrita enquadra-se exatamente na análise que é feita nesse tópico acerca da impossibilidade de responsabilização extensiva por meio do artigo 20, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que para aplicação dos artigos 7º, §único e 25, §1º, também do CDC, **é imprescindível a demonstração de que a empresa concorreu ativamente para o resultado.**

Esse precedente contrasta com outro proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por seu turno, faz análise superficial do tema e aplica o artigo 7º, parágrafo único, do CDC, como fundamento à responsabilização solidária da Franqueadora pelo ato de seu franqueado:

A corrê Escola de Profissões S/A (atual denominação de Editora Microlins Brasil Ltda.) é parte legítima passiva para a causa pois, na qualidade de franqueadora da corrê Centro de Cursos Livres de Itatiba Ltda., integrou a cadeia de fornecedores dos serviços educacionais. E, de acordo com o artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, previsão que merece aplicação ao caso. (TJSP. Apelação nº 0000467-29.2011.8.26.0281. Relatora Márcia Cardoso. 12ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 02/07/2014).

Tal entendimento, além de infringir os artigos 20, 7º, § único e 25, §1º, do CDC, afronta de maneira grave o disposto no artigo 4º, III, também do CDC, que trata justamente da necessidade de “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”, pois a responsabilização indiscriminada fere gravemente a independência jurídica existente entre a franqueadora e seu franqueado e por até mesmo inviabilizar suas atividades.

Se uma empresa integra uma Rede de Franquias e se submete a um contrato com previsões específicas acerca de suas operações, qualquer falha decorrente da aplicação deste modelo não poderá ser imputada à Franqueadora indiscriminadamente, pois a Franqueadora não será onipresente no controle aos seus Franqueados.

E reitera-se que a ampliação dos sistemas de Franquia, em que pese à dificuldade de fiscalização em alguns aspectos, somente traz benefícios aos consumidores, que se veem diante de métodos de negócio consagrados, com produtos e modelos de atividades benéficas para a sua segurança, e que somente facilita a identificação e responsabilização a eventuais acidentes ou incidentes de consumo.

Assim, exigir a responsabilização objetiva dos Franqueadores pelos atos de seus Franqueados seria atentar exatamente contra o equilíbrio que a Constituição Federal e o CDC preconizam, onerando em excesso as atividades dos Franqueadores e tornando na maioria dos casos a sua atividade impossível de ser mantida.

Outro dispositivo legal do CDC que demonstra a abusividade na inclusão indiscriminada de terceiros como responsáveis solidários em relações de consumo, como no caso dos franqueadores de sistema de franquia, é o artigo 28 que trata da responsabilização em função da integração de grupos econômicos. Tal responsabilização somente é possível quando demonstrado que a empresa integra o mesmo grupo econômico da empresa fornecedora do serviço ou produto. E ainda que isso ocorresse, a responsabilidade jamais seria solidária, pois o artigo 28 do CDC prevê expressamente a extensão da responsabilidade, prevendo que (1) as empresas **coligadas** somente responderão por danos se demonstrada a sua culpa, e, (2) as integrantes do mesmo grupo econômico da fornecedora do produto ou serviço responderão subsidiariamente.

Ou seja, o sistema de responsabilização do Código de Defesa do Consumidor prevê que uma empresa do mesmo grupo econômico da empresa fornecedora dos

serviços somente responderia subsidiariamente, e que uma empresa a ela coligada responderia somente se demonstrada sua culpa. Diante desse cenário, porque uma Franqueadora, que não integra o grupo econômico e não é coligada à fornecedora-franqueada deverá responder solidariamente?

Não há fundamento e tal entendimento, como demonstrado acima decorre da interpretação equivocada de que o CDC permite que qualquer integrante do mercado de consumo, ainda que não tenha participado diretamente da relação de consumo em análise deverá ser responsabilizada por eventuais prejuízos sofridos pelos consumidores. Essa ideia afronta toda a sistemática do CDC e fere de morte o artigo 4º, III do CDC que prega a harmonia entre os agentes e a compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento da atividade econômica.

E vale retomar, em conclusão, que apesar do mercado estar desregulado e carecedor de medidas enérgicas visando o seu reequilíbrio, especialmente em decorrência da atuação desmedida dos fornecedores ao longo de décadas, os próprios consumidores validaram esse modelo e participaram da construção do mercado tal qual ele existe hoje. E a retomada do controle, ao menos conjunto, desse mercado pelos consumidores passa pela necessária conscientização do seu funcionamento, sua estrutura, suas características e especialmente pelo interesse na sua preservação.

Portanto, deve o consumidor se dotar de um ideal de atuação, seja ela preventiva ou reparatória perante o judiciário, que privilegie sempre o desenvolvimento econômico e tecnológico do mercado e que permita que demais consumidores tenham acesso ao um mercado mais acessível e equilibrado. Isso significa justamente se dotar de responsabilidade e sair da relativa zona de conforto que o CDC criou aos consumidores de que sua proteção será sempre absoluta.

É somente mediante essa mudança de postura e atuação clara no sentido de exigir dos fornecedores somente aquilo que lhes é devido que será possível a instituição de círculo virtuoso em que os fornecedores também privilegiarão relações com base em um novo primado ético.

3.4.3. Construção de um novo pensar ético na atuação dos fornecedores

Na teoria de Kant, exposta no Primeiro Capítulo quando se tratou da construção do conceito de dignidade humana, opera-se a distinção entre direito e moral. Tal distinção realça o real motivo pelo qual se cumpre a norma jurídica ou a moral, sendo a primeira externa, devendo ser cumprida pela simples pretensão de vê-la satisfeita sem qualquer juízo de valor acerca dela, enquanto a norma moral é interna, mediante o seu cumprimento pela crença do agente de que ela representa a postura correta a se adotar.

Assim, segundo o pensamento de Kant, um ordenamento jurídico deverá não somente ser justo como apresentar uma norma moral e que reflita os valores sociais do Estado: “o direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo um a lei universal da liberdade” (KANT, 2002, p. 407). BOBBIO complementa o pensamento e afirma:

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença de liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque o outro é livre como eu, ainda que com liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade. Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro e, portanto – uma vez que duas negações se afirmam –, como um ato restaurador da liberdade. (BOBBIO, 1997, p. 125).

Esse primado ético que permeia as relações sociais e permite justamente que os Estados sejam fundados na dignidade da pessoa humana não foi efetivamente assumido pelos fornecedores justamente em decorrência da dissociação dos deveres da pessoa jurídica na promoção de direitos individuais e sociais e como corresponsável pelo desenvolvimento humano. Como se demonstrou no segundo capítulo deste trabalho, em que pese o pensamento liberal visasse a consolidação da garantia à liberdade dos indivíduos a resultar na liberdade de atuação comercial e de contratação, tal liberdade não foi acompanhada da necessária limitação de que trata BOBBIO no trecho acima transcrito.

Assim, os fornecedores se dotam lentamente de poderes frente a uma multidão de consumidores que, seduzidos pela nova ordem econômica não questionam o comportamento ético e moral desses fornecedores, que aceitam a construção de valores e fundamentos éticos que se relacionem diretamente com os ideais consumistas agora vigentes. Com isso, a construção de valores descrita no primeiro capítulo atinge até mesmo a moral dos indivíduos.

Daniel Miller (1995) aponta que os determinantes de maior relevo para a definição de uma compra são as relações sociais e a moralidade, demonstrando que o consumo é muito mais dissociado das intenções dos produtores do que sempre se imaginou, como demonstram MCCRACKEN e LIPOVETSKY. Na obra *Consumption as the vanguard of the history*, o MILLER (1995: p. 112) afirma que as pessoas se dotam dos objetos de consumo para construir projetos morais.

Esta postura coaduna com o entendimento de Lipovetsky em *A era do vazio*: ensaio sobre o individualismo contemporâneo, onde afirma:

O consumismo é um processo que funciona à base da sedução: sem qualquer dúvida os indivíduos adotam os objetos, as modas, as fórmulas de lazer elaboradas por organizações especializadas, porém de acordo com suas conveniências, aceitando isto e não aquilo, combinando livremente os elementos programados. (LIPOVETSKY, 2005, p. 84-85).

Sobre a cultura dos objetos, Deyan Sudjic, diretor do Design Museum de Londres, ao descrever os hábitos de consumo da classe média afogada em objetos, descreve:

[...] A classe média tem cozinhas repletas de aparelhos elétricos comprados na esperança de que nos tragam a sonhada realização doméstica. Exatamente como quando as marcas de moda põem seus nomes em roupas infantis, uma cozinha nova de aço inoxidável nos concede o alibi do altruísmo quando a compramos. Sentimo-nos seguros acreditando não se tratar de caprichos, mas de investimentos na família. E nossos filhos possuem brinquedos de verdade: caixas e caixas de brinquedos que eles deixam de lado em questão de dias.

Essa relação dos objetos com o comportamento moral e ético dos fornecedores é de fundamental importância ao presente estudo, pois permite

estruturar a proposta que dá título a este tópico em que os fornecedores passam a adotar um novo comportamento ético. A relação das liberdades individuais com o pensamento liberal indicava um comportamento que não se concretizou, mas sim implicou em uma associação de valores morais aos bens que dotaram os fornecedores de amplo poder sobre a moral dos indivíduos.

Nos centros urbanos consumo representava mais do que o exercício de uma liberdade individual, pois o consumo, por si só, se dotou de valor fundamental na sociedade de consumo, tornando-se um traço marcante da cultura ocidental, independentemente de classe social. Por isso a transcrição do alerta de Sudjic acerca do comportamento dos consumidores, pois a relação deles com os objetos decorrentes da transferência de valores realizada mudou o comportamento dos indivíduos na sociedade.

Portanto, o surgimento da sociedade de consumo e, conseqüentemente, o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores, ocorreu dissociado da realidade ética experimentada pelos consumidores e destinatários das mensagens publicitárias. Ou seja, enquanto os Estados estiveram ocupados ao longo de mais de um século em garantir o crescimento e desenvolvimento do mercado, os indivíduos aceitaram se comportar de maneira passiva e individualista, aceitando uma condição submissa a agentes que não agiam sob um primado ético bem definido.

Tal postura teve reflexo direto na forma como os consumidores enxergam e aceitam os limites de atuação das empresas. A atividade econômica e os fornecedores não experimentaram no momento de sua implementação e consolidação limitações que hoje são essenciais à preservação dos direitos individuais, e isso foi aceito pela sociedade de uma forma geral e institucionalizada.

Novamente reportando-se ao primeiro capítulo, os indivíduos passaram a adotar enquanto cidadãos-consumidores uma postura passiva, validando o modelo de controle do mercado pelos fornecedores, que se dotaram de poderes para influenciar a produção cultural e, portanto, os hábitos da sociedade, sempre ávida por novidades e experiências.

Fabiola Meira (2009: p. 243) refere-se à inércia como sendo o “estado anímico que direciona o consumidor a adquirir produtos e serviços supérfluos e desnecessários (fenômeno característico e comum da sociedade atual) e o torna ainda mais fragilizado frente às práticas comerciais adotadas no mercado de consumo”.

O comportamento humano passa, então, a ser descompromissado com a sociedade e o projeto de desenvolvimento, iniciado com base nas liberdades conquistadas pelo projeto iluminista passa a se fundar no inevitável risco que essa estrutura causa. Esse risco surge em diversas frentes, desde o próprio risco de esgotamento natural do planeta Terra³², passando pelos riscos causados pelo desenvolvimento tecnológico, até o próprio risco de uma ruptura na própria ideia de ser humano³³.

Assim, a ideia geral de risco é inerente à própria existência humana, mas a diferença, nesse momento, **é que a própria sociedade legitima o novo modelo existente em que o risco se torna um dos fundamentos das atividades humanas**. Se antes a busca era justamente fugir dos riscos existentes na natureza e na sociedade, esta agora legitima uma estrutura indissociável do risco que ela causa. Para Sérgio Cavalieri Filho:

[...] o desenvolvimento tecnológico e científico, a par dos indiscutíveis benefícios que trouxe para todos nós, aumentou enormemente os riscos de consumidor, por mais paradoxal que isso possa parecer. Isto porque um só defeito de concepção, um único erro de produção pode causar danos a milhares de consumidores, uma vez que os produtos são fabricados em série, em massa, em grande quantidade (CAVALIERI FILHO, 2008: p. 212).

Ulrich Beck (2011) retrata a construção dessa Sociedade Industrial de Risco,

³² Rachel Carson aponta em seu livro Primavera Silenciosa que “temia que a tecnologia estivesse avançando em uma trajetória mais rápida do que o senso de responsabilidade moral da humanidade”, em clara preocupação com a segurança dos avanços tecnológicos e a proteção às demais formas de vida existentes no planeta, inevitavelmente ligadas a um necessário equilíbrio do próprio ecossistema (CARSON, 2010: p. 33).

³³ Esse é um dos fundamentos propostos por Hans Jonas para a criação de um modelo ético aplicável não somente às relações privadas, mas que também abarque os atos coletivos e a estabilidade social, afastando-se, com isso, o risco de extinção do modelo de sociedade e/ou humanidade tal qual os conhecemos hoje, definido pelo autor como uma “mudança da natureza do agir humano”.

a legitimação desse modelo outorgada pela própria sociedade, **questionando, ao final, justamente se é possível estabelecer uma sustentação ética para esse novo cenário existente.** O descompromisso social afirmado no parágrafo anterior é tratado por Beck como uma “*cumplicidade geral*” que resulta em uma “*irresponsabilidade generalizada*”, justamente o ‘estado anímico’ mencionado por Fabíola Meira.

Vale lembrar, inclusive, que o mercado era integrado, então, por cidadãos sem condições de compreender a realidade posta pela sua vivência exclusivamente rural. Por outro lado, a recente sociedade urbana passava a se interessar pelas novidades decorrentes do novo sistema e passava a se sujeitar, cada dia mais, à atuação dos fornecedores sem questionamento. Assim, é exatamente nesse cenário absolutamente irregrado e sem qualquer intervenção estatal que a sociedade passou a adotar o comportamento inercial referido.

Nos países desenvolvidos, que já contavam com um aparato comercial extremamente sofisticado e as campanhas de publicidade das empresas tomavam contornos extremamente agressivos e sem qualquer limitação, grandes marcas surgiram e até hoje remanescem como as mais valiosas em todo o mundo, talvez ao custo de graves (e ainda desconhecidos) efeitos na sociedade.

Russel Mokhiber (1995), no livro Crimes Corporativos, apresenta uma visão crítica às práticas comerciais dissociadas da ética e do dever de cuidado antes inerente ao agir do ser humano, demonstrando que a prática corporativa, em especial no período pós-guerra, era despida de princípios éticos, decorrência do próprio desconhecimento, pela sociedade, dos limites de atuação das pessoas jurídicas e da responsabilidade pelos atos por ela praticados.

É exatamente nesse contexto que surge o grande problema do sistema atual: **a informação a ser fornecida acerca dos riscos inerentes aos produtos e serviços, as informações a serem fornecidas no momento da oferta e os riscos decorrentes da própria publicidade do produto.** A publicidade surge como um campo fértil decorrente da liberdade de expressão e da cumplicidade da sociedade civil ávida por cada novidade proposta pelo mercado.

E essa publicidade surge, reitere-se, dissociada do compromisso ético que vincula a sociedade e os indivíduos. O respeito às liberdades e a carga moral existente na atuação dos indivíduos não é transplantada à atuação das empresas que passam a atuar no mercado, amparadas pelo Estado Liberal, sem qualquer compromisso ético, o que dificulta sobremaneira a pretensão de implementação de uma ordem econômica harmônica e promoção da defesa do consumidor sem a prática de abusos que prejudiquem os consumidores.

Portanto, sob qualquer prisma que se tente aplicar o comando do artigo 4º, III do CDC, é imprescindível que se estimule a construção de um novo pensar ético, seja mediante a prática de ações educativas pelo SNDC, seja em uma condenação realizada a uma empresa pelo judiciário, seja mesmo na formação de um comitê regulador com a presença das próprias empresas, uma nova visão cooperativa deve ser criada para que a nova base ética permita a harmonia preconizada pelo nosso sistema.

3.4.4. Os limites da publicidade

Dentre todas as ferramentas possíveis de se promover a mudança no comportamento ético pelos fornecedores, a de maior destaque certamente é a publicidade, e isso ocorre justamente porque ela se revelou a principal ferramenta de controle pelos fornecedores sob os consumidores sob a égide do Estado Liberal. Portanto, foi a atuação publicitária que permitiu a sedução dos consumidores e a sua submissão ao modelo de atuação imposto pelos fornecedores.

A publicidade torna-se uma indústria que contava com os meios de comunicação, com as agências especializadas, sujeita à regulamentação estatal, e responsável pela comunicação corporativa. Como já demonstrado, a publicidade nasce e se desenvolve meteoricamente no âmbito do *boom* da produção e diante da necessidade de venda dos produtos agora em larga escala.

Por isso se afirma que a sociedade de consumo e a constante significação cultural dos bens resultaram na consolidação da publicidade exatamente como o principal meio de significação dos bens:

De fato, a publicidade passou de uma comunicação construída em torno do produto e de seus benefícios funcionais a campanhas que difundem valores e uma visão que enfatiza o espetacular, a emoção, o sentido não literal, de todo modo significantes que ultrapassam a realidade objetiva dos produtos. Nos mercados de grande consumo, em que os produtos são fracamente diferenciados, é o “parecer”, a imagem criativa da marca que faz a diferença, seduz e faz vender (LIPOVETSKY, 2004, p. 46).

Nesse contexto, a publicidade apresenta-se como um dos mais eficazes métodos de transferência de significado, efetivando a fusão de um determinado bem de consumo com uma representação do mundo culturalmente constituído nos moldes de um anúncio específico:

O que os produtores de bens e serviços realmente manipulam, através de seus agentes, não são os consumidores ou suas necessidades, mas, ao menos em primeiro lugar, os significados simbólicos que se acham vinculados aos produtos. Eles, de fato, manipulam mensagens. (CAMPBELL, 2001, p. 73)

A publicidade, então, não se limita a identificar os gostos dos consumidores, mas sim, e aí precipuamente, atua ativamente sobre os mesmos interferindo livremente nas preferências. Ao consumidor, destinatário dessa atuação, cabe a decodificação dessa mensagem e sua aplicação ao mundo constituído, em processo que efetivamente permite a atribuição de sentido aos objetos materiais.

No Brasil a atividade publicitária seguiu um caminho semelhante e ainda mais agressivo, pois como demonstrou-se a pretensão era de dominação e exploração. Isso fez com que a atividade estimulasse um comportamento profundamente nocivo ao consumidor, seja mediante o consumo de produtos que lhe causaria graves riscos e danos, seja mediante o estímulo desmedido para obtenção de crédito e aquisição de bens e consumos sem que o consumidor tivesse condições para tanto. Assim, logo após a promulgação da CF88, o mercado publicitário, certamente preocupado com as restrições que lhe seriam impostas em decorrência do dever de atendimento a uma ordem econômica com finalidade de promoção do interesse social, um movimento se iniciou para assegurar a atuação no âmbito publicitário.

O debate jurídico envolvendo os limites da publicidade vem contrapondo duas teses basilares entre os seus beneficiários e os seus destinatários. Os primeiros veem sua atuação amparada pela liberdade de expressão direito fundamental intimamente ligado ao passado ditatorial brasileiro, associada também à livre iniciativa e à livre concorrência, estes fundamentos basilares da ordem econômica consagrada constitucionalmente. Já o segundo grupo visa limitar tal atuação visando resguardar outros direitos fundamentais ligados à cidadania, à dignidade da pessoa humana e, em relação ao objeto deste estudo, à necessidade de proteção aos consumidores.

O confronto de princípios constitucionais poderia ser (como de fato é) objeto de intensos debates acerca da ponderação na aplicação de cada um deles ou mesmo equilíbrio na atuação visando resguardar todos os princípios. Entretanto, a discussão acerca dos limites da publicidade vem se restringindo a raras ações judiciais promovidas por associações representativas de certos grupos ou à atuação do Conselho de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, que privilegiam os limites da legalidade e afastam, de certa forma, a discussão acerca dos **limites éticos que a publicidade deve atender**.

Ademais, também aqui a norma de harmonização possui especial relevância e impõe-se a sua aplicação, pois a harmonia entre consumidores e fornecedores passa pela necessária quebra no modelo de divulgação dos produtos e serviços colocados a disposição do mercado. A publicidade, antes de se equilibrar ou ser objeto de ponderação, devem adotar uma base ética a ser atendida por todos os fornecedores indiscriminadamente.

Afasta-se, com isso, a pretensão de discutir ou concluir quais são os princípios constitucionais que merecem guarida face às disputas existentes na atualidade acerca das publicidades expostas aos consumidores, e busca-se, sim, apontar os fundamentos históricos que levaram a publicidade nacional a um ponto de conforto no cenário legal brasileiro, em que a guarida aos direitos de expressão e a repulsa à censura vêm permitindo claros abusos éticos no mercado publicitário.

A proposta central deste capítulo, portanto, é questionar – e ao final concluir – se, na esfera desse novo cenário ético, antes mesmo de legal, a publicidade vem ultrapassando os limites esperados pela sociedade. Tema intimamente ligado a esses limites éticos e que exemplifica bem o questionamento ora apresentado é o amparo ético para realização de publicidades infantis.

Tais publicidades cumprem o dever da própria sociedade e do Estado de assegurar à criança **com absoluta prioridade** o direito à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, colocando-as a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão? A resposta é negativa e já vem sendo objeto de eficaz repressão estatal, inclusive mediante a aprovação, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), da Resolução 163, publicada no Diário Oficial da União no último dia 4 de abril de 2014, e que considera abusivo o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança "com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço".

Enquanto o mercado de consumo nacional se desenvolveu visando possibilitar o crescimento econômico de forma a flexibilizar ao longo de décadas a obrigatoriedade do agir ético pelos fornecedores, os demais sistemas legais, como já demonstrado, não prescindiram de uma legislação especial (como o CDC), caso dos sistemas legais germânico, francês e anglo-saxão. Isso porque em seus desenvolvimentos houve a preocupação em privilegiar, desde o surgimento de suas legislações civis, o equilíbrio de relações sob o primado da boa-fé objetiva.

Tal escolha teve íntima relação, como já afirmado, com os governos militares de caráter desenvolvimentistas, que no âmbito da divulgação de informações, limitou sobremaneira a liberdade de expressão, a interferir não somente em manifestações culturais como no próprio mercado publicitário. A censura é apontada como um dos grandes fatores de desenvolvimento de técnicas publicitárias, criadas com o objetivo de transmitir mensagens indiretamente sem que houvesse imediato conhecimento da mensagem a ser passada.

Se isso se configurava como uma virtude do mercado publicitário então, hoje é a grande causa dos prejuízos que vem sendo causados aos consumidores. E a criação e fortalecimento do CONAR, tratado no tópico que expõe as dificuldades enfrentadas pelo SNDC teve papel fundamental para que as empresas tivessem na atuação publicitária um aliado para a manutenção do controle do mercado de consumo e da dominação em relação aos valores culturais detidos pelos bens.

A indústria da comunicação brasileira, reconhecida internacionalmente pela qualidade criativa do conteúdo e da publicidade que produz, hoje opera nesse cenário, constantemente sendo questionada pela violação a direitos individuais, em especial à obrigatoriedade da sociedade em proteger a criança e sua integridade, violadas reiteradamente diante da maciça produção publicitária voltada a elas, que sequer possuem condições de compreender a mensagem que lhes é destinada. O mesmo ocorre em relação a outros grupos, seja de minorias étnicas, decorrentes de sexo, cor, ou outros fatores que seguidamente contestam os excessos cometidos pela indústria publicitária.

E ainda que se reconheça que a limitação ou regulamentação da publicidade poderia representar um resgate de uma mancha histórica em nosso país decorrente da censura ditatorial, que tem reflexos até hoje em nossa sociedade que ainda se ressentem com qualquer tentativa de limitação do direito de expressão, desde já se rechaça essa visão na medida em que a assembleia constituinte apontou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que impõem uma efetiva atuação do Estado e da própria sociedade para garantia dessa solidariedade.

Assim, somente será possível se falar em censura quando se estiver afirmando que há limitação de um direito fundamental. E não é de limitação que se trata a restrição a publicidade, seja a infantil seja aquela que visa assegurar o respeito à dignidade dos indivíduos, mas sim de garantia para a efetivação do papel garantista atribuído ao Estado.

Frente a essa garantia, questiona-se: se a sociedade de consumo foi construída essencialmente com base em maciça publicidade desenvolvida para

permitir a dominação dos mercados pelos fornecedores e para assegurar que os bens se dotassem de valores culturais sempre associados a ideais de consumismo e individualismo, a efetiva regulação dessa atividade publicitária com o objetivo de assegurar os fundamentos e a finalidade do Estado se configuraria censura? Certamente que não.

Se a garantia à liberdade deve ser real e não mais meramente formal, o objetivo será, tal qual previsto na constituição, a preservação dos interesses dos indivíduos. Ao fornecedor se mantém incólume o direito à livre expressão e à comunicação acerca das qualidades e destinações de seus produtos e serviços, com a ressalva e proteção, contudo, de que tal não poderá ser dirigida ao público consumidor de forma que lese seus interesses e direitos, passando a receber, então, efetiva proteção e tutela.

Portanto, se antes o sistema legal se voltava à garantia meramente formal ao mesmo passo em que possibilitava a prática comercial predatória e a divulgação de publicidades agressivas e abusivas, o atual sistema não oferece guarida a tal postura, uma vez que vige a boa fé objetiva e a busca efetiva pela proteção aos indivíduos, que se constituem nos primados da nova ordem ética estabelecida.

Isso significa que devem se fechar definitivamente todas as portas de acesso do mercado publicitário aos consumidores, que serão tratados como intocáveis e hiperprotegidos pela sociedade? **Evidentemente que não.**

Significa somente a alteração da premissa anteriormente vigente: deixa-se de criar todo e qualquer material publicitário com base no limite da legalidade, sempre sob o risco de violação dos direitos. A nova premissa, que evidentemente pende de regulação, passa a ser o **limite do aceitável, e não mais o limite do inaceitável. Parte-se da proibição como regra para que se encontre um meio justificável da mensagem pretendida ser veiculada sem que gere danos ao destinatário, agora protegido sob um definido manto ético.**

Esse pensamento decorre exatamente do texto legal ora em análise, que fala da compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de

desenvolvimento econômico, sempre amparados na dignidade humana como premissa básica. A atividade publicitária é expressão do mercado visando o seu desenvolvimento, e o seu papel na sociedade extrapola a mera pretensão de levar ao conhecimento do consumidor informações acerca do produto anunciado.

A publicidade tem papel norteador de tendências de consumo, exerce direta influência nas decisões familiares e hoje sequer se sabe ao certo quais manifestações culturais ou de imprensa são isentas de carga publicitária. Portanto, a publicidade hoje é dotada de carga preponderantemente econômica e é por meio dela que o mercado tem condições de manter uma atuação ética e equilibrada em relação ao mercado de consumo.

E é por isso que o presente capítulo questiona os limites éticos da publicidade, pois o que está a se propor não é a mera efetividade dos artigos 31 e 37 do CDC, que tratam da força obrigatória de qualquer publicidade e das limitações às publicidades enganosas e abusivas. O limite da legalidade é passível de desvio quando se trata do mercado publicitário, que tem por pretensão exatamente trabalhar com a ilusão e o convencimento dos seus destinatários. Assim, o que se propõe é a fixação de um primado ético que permita a atuação publicitária sob novas bases.

Resgata-se, para que seja possível avaliar qual seria esse novo limite, uma sociedade primária, em que os meios de produção e subsistência eram artesanais e o contato com os Fornecedores de produtos e serviços era realizado de maneira direta pelos então 'consumidores'. Nesse cenário, a disciplina em relação à publicidade seria pontual e até certo ponto desnecessária.

A evolução que culminou na produção em massa pela sociedade capitalista, que hoje observa a quase totalidade dos produtos existentes no mercado de consumo como parte integrante desses sistemas de produção e que necessariamente sofrem com problemas decorrentes de falhas do processo produtivo, trouxe à tona novos valores e a exposição à inércia do indivíduo frente ao consumismo e à estrutura social-capitalista.

Em casos extremos e de alto potencial lesivo já há regramento específico e atuação estatal (sobrepondo-se, então, à autorregulamentação): são as publicidades de bebidas alcoólicas e cigarros, que já possuem restrição de horários e tipos de mídias, deixando de expor a população ao risco inerente a esses produtos.

Tal modelo restritivo, se adotado para todo e qualquer produto, seria mais conservador e permitiria sua abertura na medida em que restasse demonstrada a possibilidade de direcionamento do material publicitário à sociedade. Isso garantiria a implementação efetiva dos princípios da precaução (incerteza de dano) e da prevenção (conhecimento científico do risco).

Com vistas ao rompimento do comportamento inercial observado pela população ao longo do período de crescimento do regime capitalista, a sociedade civil hoje pretende ocupar aos poucos o espaço concedido à publicidade como definidora do próprio ser humano, e o primeiro passo para isso é mediante a proteção daqueles que não têm condições de fazer tal escolha (crianças, idosos e demais casos de hipervulneráveis) e gradualmente reverter a lógica em relação ao restante da sociedade.

Seja mediante a integral ruptura, seja mediante a possibilidade de efetiva participação da sociedade na definição dos limites da atuação do mercado publicitário, a realidade hoje observada é de nascimento de um novo limite ético que deverá amparar um crescimento saudável, livre de interferências do modelo capitalista e da agressividade consumista observada atualmente.

CONCLUSÃO

As relações de consumo são uma construção cultural forjada ao longo de séculos pelos indivíduos e hoje manifestam mais do que uma mera relação econômica entre fornecedores e consumidores, revelam, sim, a essência da sociedade capitalista e o núcleo econômico dos países ocidentais, onde a ode ao indivíduo e à busca pela felicidade por meio de bens de consumo assumiu um nível tal em que a garantia à dignidade dos indivíduos está intimamente ligada à sua condição de apresentar-se em sociedade como consumidor.

Nesse cenário os Estados se apresentam como interessados em estimular esse comportamento sob a crença de que o crescimento do consumo refletirá necessariamente o desenvolvimento da Sociedade, deixando de lado os impactos e desequilíbrios resultantes do comportamento desenfreado de fornecedores e, atualmente, dos próprios consumidores.

Foi possível observar neste estudo que a construção de um “mundo de sonhos” fundado exclusivamente no consumo mostra-se, a bem da verdade, fictício, pois impede a adequada estruturação da sociedade de consumo e dificulta sobremaneira a harmonização da ordem econômica. E se a construção da sociedade e da ordem econômica ocorre de maneira desequilibrada não se pode falar em um mundo de sonhos.

No Brasil, objeto deste estudo, a ordem econômica constitucionalmente prevista tem por finalidade justamente assegurar a todos existência digna, destacando-se que tal será fundada nos ditames da justiça **social**, o que significa que o Estado Brasileiro não deverá permitir atividade comercial que não respeite o ideal de promoção da justiça social, sendo que, da mesma forma, agirá de forma contrária ao objetivo do Estado a atuação em defesa ao consumidor que coloque em risco essa mesma finalidade.

Por isso que o presente estudo não poderia, como de fato não seguiu esse caminho, se restringir ao estudo dos institutos que fundam a PNDC e explorar as medidas adotadas, nos campos processual e administrativo, para estruturação e funcionamento de um SNDC que permita um maior equilíbrio nas relações de consumo e a harmonização preconizada pelo artigo 4º, inciso III, do CPC.

Foi necessário compreender como se deu a construção da sociedade de consumo e quais os fatores que geraram o desequilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores. E a conclusão obtida é que o modelo de Estado liberal estimulou um comportamento excessivamente agressivo pelos fornecedores diante de um consumidor extremamente frágil economicamente. Esse o cenário encontrado na Europa ao final do Século XIX, nos Estados Unidos no início do Século XX e nos países em desenvolvimento, como o Brasil, a partir da década de 1960.

O comportamento agressivo foi associado ao amplo desenvolvimento das técnicas de marketing, que permitiram a sedução dos consumidores e a validação por eles ao modelo proposto pelos fornecedores, o que fez com que o crescimento da produção e o desenvolvimento de técnicas de distribuição e armazenagem atingissem seu ápice logo após a Segunda Guerra Mundial.

Na sociedade brasileira, é exatamente no momento em que ocorre a consolidação da sociedade de consumo no âmbito internacional que se tornam evidentes e relevantes os principais focos de desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores. O marketing assume condição central na desarmonia dessa relação, os métodos produtivos geram riscos mal dimensionados e não informados aos consumidores e a atuação do Estado se torna imprescindível para definir a natureza dos conflitos surgidos, seus integrantes e o regime de responsabilização.

Daí a imprescindibilidade de se compreender em que medida a relação se tornou conflituosa e os interesses não puderam mais se conciliar. E essa compreensão foi possível ao longo deste trabalho, de onde é possível concluir que:

(1) a liberdade de atuação dos fornecedores sob a égide do Estado Liberal gerou uma pretensão desmedida pelo lucro e a ideia de que o controle da produção deveria ser integralmente realizado pelos fornecedores,

(2) a concorrência e o crescimento das práticas desleais passou a gerar um risco que tirou dos consumidores completamente o controle sobre o consumo, sendo que os fornecedores, interessados na manutenção do controle da relação e preocupados justamente com a concorrência, passaram a colocar os consumidores de maneira desmedida em situações de risco;

(3) as técnicas de oferta e publicidade dos produtos passou a permitir um consumo fundado exclusivamente no sonho e não mais na real demanda do consumidor, sendo que hoje a sociedade de consumo é quase que integralmente fundada nos valores que os produtos transmitem aos seus consumidores, e não mais na sua real utilidade e função.

E com a promulgação da CF88 e aprovação do CDC, é exatamente o artigo 4º, III, que impõe ao aplicador do direito e ao intérprete da norma a necessidade de exata compreensão sobre o surgimento da sociedade de consumo, a situação do consumidor em seu seio, as implicações do modelo de Estado Liberal sobre essa sociedade e, especialmente, as especificidades do desenvolvimento da sociedade brasileira e a necessidade atual de seu desenvolvimento amparado no primado da justiça social e com a finalidade de assegurar a todos existência digna.

A sua aplicação sem a compreensão desse contexto não permite que lhe seja dado o devido alcance pois, como se demonstrou, o nascimento dessa relação se deu há mais de duzentos anos e consumidores e fornecedores construíram, conjuntamente, o mercado de consumo hoje existente. Se a participação do consumidor não foi ativa ao longo da história, tal fator decorreu inicialmente de uma opção inconsciente pela passividade, isso até o momento em que os fornecedores se dotaram de técnicas tais que essa passividade deixou de ser uma opção, mas imposição.

Diante de tudo que demonstrou, seguimos o entendimento de que a relação entre fornecedores e consumidores é naturalmente harmônica, sendo que a desarmonia decorreu justamente dos fatores sociais, econômicos e políticos que foram tratados ao longo do trabalho. Afirma-se isso, pois ao se observar as pretensões e caminhos para obtenção da real satisfação de cada um dos agentes se conclui que a relação é claramente simbiótica.

É possível e viável que os fornecedores obtenham lucro e o consumidor tenha atendidas as suas vontades. E se os interesses de ambos não são conflitantes, bastaria, em um pensamento simplista, que ambos se organizassem para a satisfação de seus interesses.

Por isso o terceiro capítulo deste trabalho culmina na necessária compreensão sobre a efetividade do comando legal que trata da necessidade de do resgate da harmonia entre os entes. E, como se verificou, a pretensão surge justamente com o resgate da importância que os consumidores detêm no mercado de consumo e no reconhecimento de que mesmo nesse processo de resgate a atividade econômica e o desenvolvimento do Estado não poderão ser colocados em risco, pois sem uma regular atividade econômica não há Estado estável e possibilidade da promoção da justiça social.

Os caminhos para a harmonização são incontáveis e a proposta que se faz é justamente que se ofereça ao artigo 4º, III, do CDC a devida relevância e aplicação em todos os âmbitos de regulação das relações de consumo, seja ela administrativa, processual ou, especialmente, na elaboração de políticas públicas a permitir atuação efetiva do Estado para proteção dos consumidores e harmonização da sua relação com os fornecedores.

A proposta apresentada é clara e seus fundamentos foram amplamente desenvolvidos no presente estudo, de forma que o enfrentamento dos caminhos de harmonização propostos certamente dotará os aplicadores e estudiosos do direito de ferramentas efetivas na busca pela harmonização das relações de consumo e estabilização de uma ordem econômica que atenda ao seu objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 14, abr.-jun. 1995.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Dissertação de Mestrado, PUCSP, 2005.

BALTAR, Ronaldo. **Empresariado, transição e o papel do Estado na ordem econômica e social**. Tese (Doutorado em Sociologia). São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1996.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEAUCHARD, Jean. **Droit de la distribution et de la consommation**. Paris: PUF, 1996.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. *As origens do Direito Econômico*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso. p. 253 - 263, 2013.

_____. **Constituição, Economia e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BENENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOURGOIGNIE, Thierry. *O conceito jurídico de consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 2, 1992.

_____. *O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 6, abr.-jun. 1993.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **O capital na ordem jurídico econômica**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra, 1984. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Editora Gaia, 2010.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. *Sociedade de risco e o futuro do consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 44, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. *Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito Econômico*. **Revista de Direito Público**. RDP 80/185. out.-dez/1986.

_____. *A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

_____. *Papel do Jurista num mundo em crise de valores*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 90, p. 494-504, 1995.

CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. 6, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1993.

DORNELES, Renato Moreira. **A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 54, abr./jun. 2004.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *Economia Global e a exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do Capitalismo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DUQUE, Marcelo Schenk. **A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, jul./set. 2009.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *O concorrente como consumidor equiparado: proteção ao consumidor contra práticas abusivas por meio do diálogo entre o CDC e as normas concorrenciais*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Consumidor e Cidadania: Agente Político e Econômico*. **Revista de Direito do Consumidor 40**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FORD, Henry. **My Life and Work: The Autobiography of Henry Ford**. New York: CruGuru, 2008.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 21ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1986.

_____. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000,

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *“Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas”*. **Revista do Consumidor nº 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBS, Eric. **Era dos Extremos: o Breve Século XX: 1914 – 1991**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1994.

_____. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto / PUC-RIO, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KEYNES, John Maynard. **O Fim do “Laissez-Faire”**. 2ª Ed., Coleção os Grandes Cientistas Sociais, São Paulo, Ática, 1984.

LIMA, Luiz Costa. **Teoria da Cultura de Massa**. ADORNO, BARTHES, BENJAMIN, MARCUSE, KRISTEVA, MCLUHAN, PANOFSKY et al; introdução, comentários e seleção de Luiz Costa Lima. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo**. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MCCRACKEN, Grant. **Cultura e consumo: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo**. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT. 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: RT: 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio Ambiente, Consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 10. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MOKHIBER, Russel. **Crimes Corporativos**. São Paulo: Scritta Editorial. 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PETTER, Lafayette José. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Curso de direito Constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REGO, Maria Lucia Anselmo. **A tutela administrativa do Consumidor: Regulamentação Estadual**. Biblioteca de direito do Consumidor; v. 33. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RONAI, Paulo. **Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Atlas, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SMITH, Adam. **A riqueza das Nações**, Volumes 1, 2 e 3. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor: Um Estudo sobre as Origens das Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

TADEU, Silney Alves. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. **Revista de Direito do Consumidor** 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo Código Civil e a visão do projeto nº 6.960/02**. Arte Jurídica (Universidade de Londrina), v. 2, p. 259-270, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEDLOW, Richard. **The Story of Mass Marketing in America**. Basic Books: Harper Collins, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional*. **Temas de direito civil**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WEBLEN, Tornstein. **A Alemanha imperial e a Revolução Industrial**. A teoria da classe ociosa. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

WALD, Arnold. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 11, jul.-set./1991.

ZANELATO, Marco Antonio. *Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor** 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.