

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
CENTRO DE ESTUDOS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

LÍVIA FERREIRA MAIOLI SOARES

**AS TENSÕES ENTRE A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**Niterói/RJ
2013**

LÍVIA FERREIRA MAIOLI SOARES

**AS TENSÕES ENTRE A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Dissertação de Mestrado a Ser Apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, com fins de cumprimento da etapa de qualificação, requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Orientadora: **PROFESSORA DOUTORA CÉLIA BARBOSA ABREU**

Niterói/RJ
2013

SOARES, Livia Ferreira Maioli.

As Tensões entre a Livre Concorrência e a Defesa do Consumidor/Livia Ferreira Maioli Soares, UFF/ Faculdade de Direito – Niterói, 2013, 162 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, 2013.

1. defesa do consumidor. 2. livre concorrência. 3. conflito 4. coordenação 5. harmonização.

AS TENSÕES ENTRE A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Dissertação de Mestrado a Ser Apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Professora Dra. Célia Barbosa Abreu
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Eduardo Manuel Val
Universidade Federal Fluminense

Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Professor Dr. Edson Alvisi
Universidade Federal Fluminense

Niterói/RJ
2013

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu Pai, por ter me permitindo viver a experiência do Mestrado e todo o enriquecimento que trouxe à minha vida.

À minha orientadora, Profa. Célia Abreu, por toda a dedicação, atenção, auxílio e orientação durante todo o período de concepção e elaboração do presente trabalho. Atenciosa, incansável, incentivadora, mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos demais professores da Banca, Prof. Eduardo Val, Prof. Guilherme Martins e Prof. Edson Alvisi, por terem gentilmente aceitado o meu convite e pela imensurável contribuição que deram ao trabalho.

Ao meu marido e amor, por todo o incentivo e por acreditar em mim, sempre, mesmo quando eu não acredito.

“A vida é uma peça de teatro que não permite ensaios. Por isso, cante, chore, dance, ria e viva intensamente, antes que a cortina se feche e a peça termine sem aplausos.”

Charles Chaplin

RESUMO

Com o passar do tempo, e em função dos modelos de Estado adotados em cada período, tornou-se necessária a preocupação do Estado com algumas classes de pessoas e com a regulação de alguns setores. Foi assim com a proteção do consumidor e a regulação da economia pelo Estado. As normas de defesa do consumidor visam proteger o consumidor, e, por sua vez, as normas que regulam a economia, ao mesmo tempo que impõem limites às empresas e agentes econômicos também protegem a liberdade das empresas, através de princípios como a livre concorrência. Pode parecer que a proteção das empresas seja incompatível com a proteção do consumidor, já que, esta pode parecer limitar a liberdade das empresas, impondo a elas padrões de comportamento. No entanto, o ordenamento foi concebido e elaborado de forma que suas normas não entrem em conflito. Em ocorrendo qualquer conflito, existem instrumentos que podem ser utilizados para resolvê-los. O presente trabalho pretende tratar da tensão entre a livre concorrência e a defesa do consumidor, com o objetivo de mostrar a tendência do ordenamento à sua harmonização e coordenação.

Palavras-chave: defesa do consumidor, livre concorrência, conflito, coordenação, harmonização.

ABSTRACT

Over time, and according to the state model adopted in each period, it became necessary concern of the state with some classes of people and the regulation of some sectors. It happen with the consumer protection and the regulation of the economy by the State. In one hand, the rules about consumer protection intend to protect the consumer, and in the other hand, the rules governing the economy while imposing limits on companies and economic agentes, itend to protect the company's freedom, through principles such as free competition. It may seem that the protection of companies is incompatible with the protection of the consumer, since this last may seem limiting freedom of companies imposing them patterns. However, the juridical order was conceived and constructed in such a way that its rules do not conflict. Wathever, occurring any conflict, there are tools that can be used to solve them. This paper aims to address the tension between free competition and consumer protection, in order to show the trend of ordering their harmonization and coordination.

Key-words: consumer defense, free competition, conflict, coordination, harmonization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. A ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO LIBERAL À CRISE DO ESTADO SOCIAL	13
1.1. Do Estado Liberal à Crise do Estado Social	13
1.1.1. O Estado Liberal e a Transição para o Estado Social	15
1.1.2. O Estado Social	21
1.1.3. A Crise do Estado Social	23
1.2. A Ordem Econômica e o Direito do Consumidor nas Constituições Brasileiras	26
1.2.1. A Constituição do Império de 1824	27
1.2.2. A Primeira Constituição Republicana, de 1891	28
1.2.3. As Constituições da Era Vargas, de 1934 e 1937	32
1.2.4. A Constituição de 1946	35
1.2.5. A Constituição do Regime Militar de 1967/69	38
1.2.6. A Constituição Democrática de 1988	40
1.3. A Intervenção na Ordem Econômica, o Estado Regulador e a Proteção do Consumidor	46
1.3.1. Os princípios da Ordem Econômica	47
1.3.2. Perspectiva Atual do Direito do Consumidor	55
CAPÍTULO II. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DO MERCOSUL	64
2.1. Breve Histórico do Mercosul	66
2.1.1. Globalização, Economia e Consumo	66
2.1.2. Mercosul no Cenário Mundial	73
2.2. A proteção do consumidor nos países-membros do Mercosul	79
2.2.1. Argentina	79

2.2.2. Uruguai	83
2.2.3. Paraguai	85
2.2.4. Venezuela	87
2.3. A proteção do consumidor e a defesa da concorrência no Mercosul e a Harmonização Legislativa	89
2.3.1. O Consumidor no Mercosul	89
2.3.2. A Defesa da Concorrência no Mercosul	96
2.3.3. Harmonização Legislativa	100
CAPÍTULO III. A TENDÊNCIA À HARMONIZAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	105
3.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro – Tendência à Harmonização	106
3.1.1. A Interpretação da Constituição	106
3.1.2. A Ponderação de Interesses	116
3.1.3. O Diálogo das Fontes	123
3.2. A Defesa da Concorrência	127
3.2.1. O Abuso do Poder Econômico	135
3.3. O Abuso de Direito	141
CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

INTRODUÇÃO

O consumidor hoje ocupa posição de destaque na sociedade. Dezenas de marcas procuram avidamente por consumidores para seus produtos, investem muitos recursos em propagandas, promoções, tudo para atrair mais e mais consumidores, para obterem seus lucros. Afinal, a finalidade de tudo o que é produzido é chegar ao consumidor, destinatário final do produto. Sem consumidor, não existe mercado. O consumo define comportamentos, identidades e preferências. Dada a sua importância, os consumidores deveriam ser tratados e atendidos com respeito, especialmente quando se tratarem de pessoas físicas. Sob o ponto de vista do mercado, o consumidor merece respeito, já que o consumidor que determina o sucesso das marcas, produtos e serviços. Sem consumo, não há produção e nem lucro.

Entretanto, as relações entre consumidores e fornecedores, com o passar do tempo, foram se tornando desiguais. O ideal de igualdade e a plena liberdade que dominou e informou o modelo de Estado Liberal no Século XIX, passou a dar espaço para desigualdades e abusos. As classes mais fortes, com mais poder, exerciam sua autonomia em detrimento da autonomia das classes mais fracas, social, política ou economicamente, que, sem poder algum, passam a ser dominadas, e privadas do exercício da sua autonomia. E não apenas isso.

As classes mais fracas, oprimidas pelas classes dominantes, não apenas são privadas do exercício de sua autonomia, mas também de sua própria cidadania e sua liberdade no sentido mais amplo. A liberdade oferecida aos indivíduos e a mínima intervenção nas relações privadas do Estado liberal favoreceram o surgimento de uma multiplicidade de relações e associações entre particulares, fazendo com que surgisse formas de exercício de poder nas relações privadas. Não se podia mais falar que todas as relações privadas eram entre indivíduos iguais, livres e autônomos. Inclui-se aqui a relação entre fornecedor e consumidor.

Em paralelo, os mercados também funcionavam com base na ampla liberdade dos agentes econômicos, fruto também das idéias liberais. A ausência de regulação e limites também deram origem a um ambiente de desigualdade no mercado. Agentes com mais poder passaram a se comportar de forma a prejudicar a liberdade de empresas e agentes menos favorecidos. Estabelece-se um cenário de abusos e ofensa às liberdades empresariais. A livre concorrência já não era uma realidade plena, trazendo prejuízos a empresas e consumidores.

Em resposta a esta situação, propõe-se um novo modelo, o Estado Social, que passa a intervir nas relações privadas e na economia, introduzindo normas de intervenção do Estado

nestas relações para proteger classes outrora dominadas. O consumidor passa a ser protegido pelo Estado contra os abusos dos fornecedores, e a economia passa a ser regulada para garantir o bom funcionamento dos mercados, garantir a livre concorrência entre os agentes, e proteger o consumidor indiretamente.

O ordenamento adquire um perfil plural, com normas que disciplinam diversos setores e classes da sociedade. Emerge uma nova questão: É possível compatibilizar todas essas normas e manter a unidade e coerência do ordenamento? Uma vez que o Estado protege o consumidor, mas regula a ordem econômica, reconhecendo também o direito de liberdade das empresas, como compatibilizar tais interesses? O ordenamento jurídico oferece instrumentos para tanto. Com base nos critérios de ponderação dos interesses de consumidores e empresários, e combatendo o abuso das partes envolvidas, é possível garantir a coexistência e harmonia dos interesses envolvidos, a partir de uma interpretação adequada das normas constitucionais, e da aplicação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição da República.

A Globalização e o surgimento dos Blocos Econômicos, como o Mercosul, também provocaram alterações na vida e no comportamento das pessoas ao redor do mundo, e mudaram o comportamento dos consumidores e da economia dos países. O consumo que era predominantemente interno, com a internet e as facilidades de locomoção, ultrapassa as fronteiras nacionais. Todas essas transformações também provocaram mudanças nos mercados, que trouxeram consigo a necessidade de novas leis e novas formas de regular as relações econômicas, e atender aos interesses dos diversos atores da economia mundial. Por estas razões, é necessário tratar da proteção do consumidor e da livre concorrência, não somente no território nacional, mas também fora dela, no âmbito dos Blocos Econômicos e da economia internacional. A questão apresenta desdobramentos na esfera regional, que será abordada.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a coexistência das normas de proteção do consumidor e a livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro e também no Mercosul, já que a economia e o consumo ultrapassam as fronteiras nacionais.

Desse modo, o primeiro capítulo pretende abordar sob uma perspectiva histórica, a evolução da disciplina da ordem econômica pelo Estado e dos direitos do consumidor, fazendo uma análise das Constituições Brasileiras, desde o Império até os dias atuais, e como elas foram influenciadas pelas idéias de Estado liberal e social ao longo do tempo e pelas crises pelas quais esses modelos passaram. Após essa perspectiva histórica, o primeiro

capítulo também pretende analisar, sob essas influências ou fora delas, como a disciplina da ordem econômica e da proteção do consumidor são tratadas pelas Constituições Brasileiras, desde 1824 até 1988, quando foi promulgada a Constituição vigente no país, e também qual a realidade atual apresentada pelo ordenamento brasileiro no tocante a esses interesses.

No segundo capítulo, o foco é a experiência estrangeira latino-americana, com foco no Mercosul e seus países membros. Nesta parte, pretende-se apresentar como tem sido tratada a disciplina da defesa do consumidor e da livre concorrência, no Bloco e nos países que dele participam. É importante demonstrar aqui a tendência à harmonização desses interesses também no âmbito do Mercosul e nos outros países que o compõem. Assim como no Brasil isto é possível, e já existem exemplos dessa harmonização, em países vizinhos e também no Mercosul a mesma tendência vem se mostrando. A proposta do Capítulo II é extremamente importante, porque, apesar das dificuldades a integração buscada através da formação dos Blocos fomenta o trânsito de pessoas e coisas, da produção e do consumo, razão pela qual a disciplina comum no âmbito do Bloco no tocante à economia e ao consumo é uma medida que favoreceria a integração.

O terceiro capítulo, por sua vez, pretende relacionar a questão da livre concorrência com o Direito do Consumidor, apontando as possibilidades e dificuldades dessa compatibilização à luz da legislação existente e da própria Constituição, mantendo o foco da preservação dos direitos da pessoa. Pretende-se abordar alguns mecanismos de interpretação das normas que podem ser utilizados para facilitar e promover a harmonização dos interesses analisados. Além disso, feitos todos os apontamentos anteriores, o capítulo trará algumas singelas contribuições para se verificar e demonstrar a possibilidade de compatibilização e coordenação entre a livre concorrência e a defesa do consumidor, e qual a relação que se pode estabelecer entre eles, através da ponderação de interesses, fechando a questão proposta no início do trabalho. Serão analisadas em especial as questões do abuso do poder econômico e também a do abuso de direito por parte dos consumidores e fornecedores. Quando há abuso, há a possibilidade de ofensa a direitos de outrem e prejudica a harmonização e compatibilização de direitos, que poderiam coexistir não fosse o abuso. Vislumbra-se que a harmonização dos interesses dos consumidores e dos agentes econômicos não se trata apenas de uma tendência, mas de uma necessidade, um direito fundamental que deve ser garantido aos consumidores.

CAPÍTULO I - A ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO LIBERAL À CRISE DO ESTADO SOCIAL

1.1. Do Estado Liberal à crise do Estado Social

O Século XX pode ser chamado de século constitucional, uma vez que o constitucionalismo ganhou importância e as Constituições se sobrepuseram às leis, introduzindo um novo formato de ordem jurídica e de Estado, o Estado Social, que se apresentou também como uma transformação do Estado Liberal, o Estado da burguesia.

Para se entender alguns princípios e modelos introduzidos por essa nova forma de Estado, e compreender como se consagrou a intervenção do Estado na economia e a proteção do consumidor no Brasil e em muitos países, e conseqüentemente a necessidade de o Direito disciplinar essas relações, é preciso examinar as transformações sociais, políticas e econômicas, entre outras, ocorridas na passagem do Estado Liberal para o Social, desde as Revoluções do século XVIII, até os dias atuais, sobretudo após as Guerras Mundiais e com o surgimento da chamada sociedade de massa e do papel regulador do Estado.

As Constituições nacionais em vários países acompanharam a tendência mundial de incentivo a governos liberais, e posteriormente, sociais, conforme foram se observando mudanças nas sociedades e nos mercados, e de acordo com a necessidade de atuação dos governos em determinados setores da sociedade.

É possível perceber que, logo após a Revolução Francesa¹, levantou-se um clamor muito forte pela liberdade. Diversas razões, dentre elas o profundo desejo de romper com a ordem outrora vigente na sociedade, de opressão, resultado do poder absoluto da Igreja Católica e das Monarquias, deixaram sua marca nas Constituições promulgadas naquele período, e isso caracterizou o modelo de Estado adotado a partir de então por diversos países, o Estado Liberal. Exigia-se do Estado cumprir o papel de garantir que os indivíduos fossem livres para se conduzirem segundo suas convicções e ideais.

Entretanto, toda essa liberdade conferida e a ausência de participação ativa do Estado na economia, não trouxe os resultados esperados. A ampla e irrestrita liberdade e total

¹ Para um maior e melhor aprofundamento veja: HOBBSBAWN, Eric. A Era das Revoluções, Capítulo 3. “*Se a economia do mundo do Século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa.*” p. 97.

ausência de interferência do Estado em alguns setores da sociedade, dentre eles a economia, fez aumentar ainda mais a desigualdade e propiciou um ambiente para cometimento de abusos e injustiças, por parte dos economicamente mais fortes. O aumento da produção, provocada a partir da Revolução Industrial² no Séc. XVIII, faz surgir a sociedade massa, e uma classe que não existia anteriormente, a classe dos consumidores³.

O modelo de Estado precisou ser revisto para assegurar mais do que a igualdade formal nas relações, aquela garantida pela lei, e, não somente permitir mas incentivar a participação e intervenção do Estado em diversos setores da sociedade, como a economia. Esse movimento deu origem ao modelo do Estado Social, e ganhou força principalmente após as Guerras Mundiais, no chamado século constitucional. O Estado social passa a ter a reponsabilidade de promover a igualdade substancial, mesmo que isso implique em limitações à liberdade individual.

Influenciado por essa mudança de concepção de Estado, o Constitucionalismo também passou por mudanças, começando por profundas alterações nos modelos constitucionais em vários Estados Europeus, cujas Constituições passaram não só a proteger e garantir os direitos individuais da pessoa e do cidadão, mas também disciplinar formas de intervenção do Estado, como a intervenção do Estado na economia, que marcou esse modelo, com a introdução de normas constitucionais disciplinando a ordem econômica.

Posteriormente, passa a ser necessário, como um aspecto da intervenção do Estado na economia, a disciplina das relações decorrentes do aumento da produção e da circulação de mercadorias, a relação entre fornecedores e consumidores, estes últimos configurando uma nova classe, e surgem novas regras de proteção ao consumidor, parte vulnerável dessa relação.

Dada essa visão preliminar, o presente capítulo faz uma breve análise das características dos Estados Liberal e Social, a passagem de um modelo para o outro, e como elas influenciaram o Constitucionalismo mundial e as Constituições Brasileiras ao longo dos

² Sobre a Revolução Industrial, veja também: HOBBSAWN, Eric. A Era das Revoluções, Capítulo 2. A Era das Revoluções. “[...] a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida constante, e até o presente, ilimitada, de homens, mercadorias e serviços.” p. 59.

³ “Surgiu, em consequência de fatores conhecidos, a figura do consumidor, facilmente reconhecível, em imagem mais vulgar, na pessoa que compra no supermercado e no shopping center. [...] uma figura obrigatória de um “mercado de massa”, a movimentar-se habitualmente em grandes espaços físicos, no meio de muita gente. Esse público consumidor, ávido de comprar, provoca o fenômeno do consumo de massa – um fenômeno que economistas e sociólogos distinguem pelo fato de ter assumido tal dimensão que se estende a todos, indistintamente, mediante a afluência ao mercado de quantidade crescente de novos produtos.” Diante deste quadro, o autor trata da importância da política legislativa de proteção do consumidor, que também será abordado adiante. GOMES, Orlando. A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor. p. 52.

anos, sobretudo no tocante à intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica, e a sua consagração no modelo atual, pela Constituição de 1988. Começa com a exposição dos dois tipos de Estado e do momento em que estão inseridos, sua influência no Constitucionalismo, e também a passagem de um modelo para o outro. Em seguida, traz uma análise e visão panorâmica das Constituições brasileiras, desde 1824 até 1988, e de como esses modelos de Estado as influenciaram, principalmente em relação à intervenção do Estado na economia e à proteção do consumidor, e à introdução de regras e princípios dessa natureza nessas Constituições, e como estas normas se apresentam ou não em cada uma das Constituições.

Ainda nesta linha de análise, neste capítulo também serão abordadas a questão do Estado Regulador, que está relacionada à realidade do Estado Social, interventor na ordem econômica, momento em que se fará uma breve análise a apresentação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)⁴, autarquia federal que deve zelar pela livre concorrência no mercado, e como ele tem atuado na prevenção e repressão das infrações aos princípios da ordem econômica, principalmente o da livre concorrência, e aos direitos do consumidor.

Por fim, tratar-se-á brevemente da disciplina e proteção dos direitos do consumidor atualmente no ordenamento brasileiro, e qual a influência dos princípios constitucionais nas relações de consumo, com vistas à harmonização com os princípios da ordem econômica.

1.1.1. O Estado Liberal e a Transição para o Estado Social

O modelo de Estado Liberal surge num momento de ruptura, com uma ordem anterior opressora, que restringia a liberdade, e tem como principal marco a Revolução Francesa, na segunda metade do Séc. XVIII. A Revolução Francesa, o Iluminismo, a idéia de colocar o homem no centro de realização da sua própria vontade, e toda a ideologia liberalista e revolucionária romperam com os valores e modo de viver da sociedade daquele tempo. Até então, a sociedade da época convivia com o domínio da Igreja Católica sobre o pensamento e a fé das pessoas, que marcava de forma opressora o comportamento de seus seguidores, restringindo por demais a liberdade de expressão e de pensamento.

Por essa razão, o Iluminismo teve como forte característica a crítica ao regime

⁴ Mais sobre o CADE, ver Capítulo III, tópico sobre Defesa da Concorrência.

anterior, que se concentrou principalmente nas limitações à liberdade e propriedade, à servidão até então existente, e às desigualdades praticadas pelos governos da época, que concediam privilégios ao clero e à nobreza, em detrimento do restante da sociedade⁵. A sociedade francesa era umas das que evidenciava esse modelo⁶, e não foi sem razão que foi palco de uma grande Revolução contra essa ordem.

Era natural haver um desejo de romper completamente com o sistema outrora existente, em que a liberdade era restringida por esse poder absoluto da Igreja e das Coroas, que, por acreditarem serem a manifestação da autoridade divina sobre o seu reino, exerciam seu poder sem limites e cometiam inúmeros abusos.

Como força contrária, o pensamento liberal e iluminista começou a ganhar espaço na sociedade, representada pela classe burguesa. Na metade do século XIX, essas idéias modernas, tomaram conta do pensamento da classe média da época⁷. O pensamento dominante tinha como foco o homem, individualista e preocupado consigo mesmo, e com suas riquezas. Nas palavras de Van Caenegem, “*A filosofia do Iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações.*”⁸. As principais preocupações eram a liberdade de contrato, a propriedade privada e a livre iniciativa⁹.

O grande ideal da Revolução era a liberdade em todas as áreas: política, econômica, e individual. Foi o primeiro modelo de Estado que se preocupou com as liberdades individuais, em resposta ao temor dos liberais. A preocupação dos idealizadores do Estado naquele período era de que o Estado não interferisse na liberdade dos seus cidadãos, pois em um primeiro momento, para os liberais, o poder inerente à ordem estatal atuava como um inimigo da liberdade que eles defendiam¹⁰. O Estado não poderia permitir que o poder inerente à sua natureza interferisse na liberdade dos cidadãos. Por esta razão, o Constitucionalismo desse período foi fortemente marcado pela questão da liberdade, pela preocupação de que o poder estatal não limitasse de forma alguma as liberdades. O Estado

⁵ VAN CAENEGEM, R.C. Introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 161-162.

⁶ No período anterior à Revolução Francesa, a sociedade daquele país estava dividida em três grupos: Primeiro Estado – Clero, Segundo Estado – Nobreza, e Terceiro Estado – Burguesia e demais trabalhadores. Essa realidade é retratada na obra: SIÉYES, Emmanuel. Que és el Tercer Estado? In Escritos y discursos de la Revolución. 2007. p. 83-162.

⁷ VAN CAENEGEM, R.C. Op. Cit. p. 171

⁸ Ibidem. p. 178.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 17.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 40.

deveria limitar sua própria atuação para garanti-las. Esse modelo, o liberal, marca a fase da pré-modernidade¹¹.

O Estado passou a exercer um papel de garantidor apenas dos direitos e liberdades do cidadão, sem intervir nas relações entre particulares, nem no mercado, nas trocas de mercadorias, ou nas atividades comerciais, industriais e financeiras, em franco aquecimento naquele período. No plano econômico, não era papel do Estado conduzir a economia através da lei. Como consequência, o Estado passa a garantir os chamados direitos de primeira geração, que representam os direitos que limitam a intervenção do Estado no domínio individual – liberdade de expressão, de associação, direito de ir e vir, entre outros¹².

Adam Smith, grande pensador do liberalismo econômico, defendia que haveria equilíbrio econômico numa sociedade que permitisse que as coisas seguissem seu curso natural e houvesse liberdade perfeita para que os homens fossem livres para escolher suas ocupações e mudar sempre que quisessem¹³.

E esse modelo ficou estampado nas Constituições desse período. O desenvolvimento do Direito Constitucional, a partir daí, baseou-se no liberalismo político e econômico. Cenário ideal para o florescimento do capitalismo, em que o Estado garantia os direitos, e a “mão invisível do mercado” equacionava as questões no plano econômico¹⁴. As Constituições resguardavam e garantiam direitos fundamentais aos indivíduos, que eram plenamente livres para o seu exercício. A este respeito, escreve Paulo Bonavides:

*Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história sob a denominação de Estado liberal. [...] A revolução do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais.*¹⁵

Ocorre que o Estado Liberal, com o passar do tempo, começou a apresentar suas imperfeições e a incapacidade de garantir um Estado efetivamente livre e igualitário. A

¹¹ Luis Roberto Barroso entende que, no Século XX, o Estado passou por três grandes fases, segundo ele, bem definidas. A primeira, ele identifica como pré-modernidade, na virada no Século XIX para o XX, representada pelo Estado Liberal. A segunda, a modernidade é representada pelo Estado Social (*Welfare State*), iniciou-se a partir da segunda década, anos 20, e a terceira, pós-modernidade, marca o ultimo quarto do Século, representada pela crise do *Welfare State*, que criou um Estado lento, burocrático e ineficiente. Neste capítulo será dada uma visão de cada uma dessas fases. BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático.. p. 16-19.

¹² SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. p. 56.

¹³ SMITH, Adam. A riqueza das nações – Investigação sobre sua Natureza e suas Causas, Vol. 1. p. 143.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 55.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 31; 34.

liberdade tão defendida outrora, concretizou-se na liberdade dos burgueses, exercida em favor dos seus ideais.

O Estado Liberal correspondia à concepção burguesa de ordem política. E, embora a classe burguesa tenha tentado generalizar a todas as classe sociais os princípios filosóficos de sua revolução, quando chegou ao poder, não se interessou mais em manter a universalidade daqueles princípios. Eles tornaram-se de fato uma ideologia de classes¹⁶, em que o Terceiro Estado desejava o poder para excluir aqueles que o excluíram outrora. Por representar a ideologia de uma classe apenas, restou que o Estado Liberal não era democrático. A Revolução Francesa consagrou uma ordem constitucional liberal, mas não democrática. A burguesia apropriou-se do Estado e colocou o direito a seu serviço, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado¹⁷.

Consequentemente, no plano econômico, o Estado Liberal fez surgir relações de exploração dos economicamente fracos, como os operários e trabalhadores, pelos detentores de riqueza, os empregadores e industriais. Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata que acabou por sufocar o próprio cidadão que dela era titular. A sustentação da liberdade como um apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que prestava o seu trabalho. Essa relação degenerou em exploração.*¹⁸

No entanto, com o estabelecimento e a consolidação do direito privado¹⁹ e dos Códigos Civis nacionais como verdadeiras constituições dessas relações, que elevaram a

¹⁶ Ibidem. p. 42-43.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. p. 29.

¹⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. p. 70.

¹⁹ O surgimento de desequilíbrio e desigualdade nas relações privadas, também provocaram transformações no Direito Privado. Direitos tradicionalmente considerados absolutos, foram flexibilizados. Assim aconteceu com a autonomia da vontade, o contrato e a propriedade foram revestidos de uma nova dogmática. A vontade do particular passa a ser limitada pela observância de princípios e valores, impedindo o seu exercício nos moldes outrora estabelecidos. Dentre estes valores, pode-se mencionar a função social. A função social da propriedade, prevista no texto constitucional (art. 5º, XXIII e art. 170, III) e no Código Civil (art. 1.228, §§ 1º e 2º), e dos contratos, prevista no Código Civil de 2002 (art. 421), relativizaram e funcionalizaram o exercício de direitos antes considerados absolutos. A Constitucionalização do Direito, como será vista adiante, contribuiu para uma preocupação do Direito Privado com valores existenciais e não somente patrimoniais. A boa-fé objetiva também torna-se elemento importante nas relações entre particulares, o dever se agir de acordo com o se espera, sem frustrar as expectativas e a confiança da outra parte. Essas transformações colocaram em crise os direitos até então considerados absolutos, e lhes deram uma nova roupagem. Mais sobre tais transformações, veja alguns trabalhos: GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, Capítulo II; TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais; MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 47-49;

autonomia privada ao grau de direito fundamental, e do reconhecimento da igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei, bases da ordem jurídica estabelecida no Estado liberal, concluía-se que estas relações eram estabelecidas entre pessoas iguais, livres e autônomas²⁰. Ora, nada mais natural. Se a lei conferia igualdade e liberdade a todos, as relações eram estabelecidas entre pessoas iguais e igualmente livres a autônomas. Neste ponto, é importante ressaltar que o Código Civil exercia o papel de constituição do direito privado, protegendo a propriedade e autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, para garantir a estabilidade das relações privadas²¹. E, embora as Constituições também estivessem passando por transformações, elas ainda não ocupavam o lugar central no ordenamento.

Como visto, porém, não era exatamente assim que acontecia. A liberdade oferecida aos indivíduos e a mínima intervenção nas relações privadas do Estado liberal favoreceram o surgimento de uma multiplicidade de relações e associações entre particulares, fazendo com que passassem a existir formas de exercício de poder nas relações privadas. Não se podia mais falar que todas as relações eram entre indivíduos iguais, livres e autônomos.

Nesta mesma tendência, como destaca Jane Gonçalves Reis Pereira²², por causa da complexidade e multiplicidade adquiridas pela sociedade, as relações entre particulares passaram a ser verticais, desiguais e de sujeição. Dentro dessa complexidade, pode-se destacar o crescimento e a massificação da sociedade de consumo, que contribuiu para que se acentuasse a desigualdade entre os contratantes. Em função do aumento significativo da produção industrial, e o conseqüente aumento da quantidade e variedade de produtos colocados à disposição, nasce uma nova classe, os consumidores, fruto da produção e da

²⁰ PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderações, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. p. 145.

²¹ Os Códigos Civis surgiram no período que ficou conhecido como a Era das Codificações. Assim foi com o da Alemanha, da Itália e da França, por exemplo, como consequência também do estabelecimento dos governos nacionais e sua soberania. O Código Civil Alemão, o BGB, tem data de 1900, e a sua sistematização inspirou o Código Civil brasileiro de 1916, cuja sistematização foi mantida também no Código Civil de 2002. Note-se também que foi promulgado após a unificação da Alemanha. O Código Italiano surgiu somente em 1865, somente após a unificação da Itália. Teve como base o Código Napoleônico, o Código Civil francês, havendo quem defendesse a adoção completa do referido diploma. Atualmente o Código Civil italiano em vigor é de 1942, e já contempla algumas alterações em relação ao modelo anterior, oitocentista. O Código Civil francês data de 1804, e foi outorgado por Napoleão, daí ser chamado também de Código Napoleônico, e introduziu os princípios da Revolução Francesa. Tinham como objetivo disciplinar de maneira integral as situações e as relações entre pessoas, entre pessoas e bens, dando à autonomia do indivíduo lugar de destaque. No tocante aos contratos, *“a função das leis [...] era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes”*. *“É da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva”*. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p. 40 e 48.

²² PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. p. 146.

economia de massa. Antes disso, não havia razão para se falar em consumidor, já que a circulação de mercadorias era mais restrita, somente entre os comerciantes, e a troca era o principal meio de acesso a produtos e serviços, que também eram reduzidos.

A sociedade passa a ser dividida em dois grupos: produtores e consumidores. Estes últimos, muitos deles hipossuficientes²³, apareciam e ainda aparecem no rol dos economicamente fracos, que passaram a ser desrespeitados em seus direitos pelos produtores ávidos por lucro. Nessas relações, por questões de praticidade, economia e rapidez, as empresas que oferecem produtos ou serviços já pré-estabelecem cláusulas contratuais para os consumidores, que simplesmente aderem a elas, se quiserem adquirir tais produtos ou serviços – surgem os chamados contratos de adesão, fazendo surgir uma relação vertical entre aqueles que tem o poder de estabelecer as condições da negociação, e aqueles aos quais só lhes resta aderir ou não a elas²⁴.

Diante dessas situações, o Estado Liberal não podia mais se manter. Levantava-se novamente o clamor daqueles excluídos do novo modelo Estatal. Esse clamor, contudo, foi propiciado pela própria classe burguesa e sua revolução, que semeou entre todas as classes a consciência de direitos e liberdades. Não se pode, assim, negar a contribuição dada pelo Estado Liberal à formação da consciência cívica e cidadã do Estado Moderno e à universalização da garantia de direitos, ainda que num plano teórico.

Entretanto, era necessário um novo modelo, que atendesse de fato a todas as classes. Um modelo mais democrático, que garantisse a participação indiscriminada de todos na formação da vontade estatal. Em resposta, surgem movimentos como o socialismo e o marxismo, o Estado Socialista. Essas idéias deram origem ao modelo de Estado estabelecido pela Revolução Soviética do início do século XX. Esse modelo, porém, por ser representado por aqueles que eram excluídos, manteve a tendência de exclusão das outras classes. De acordo com Paulo Bonavides, essa forma de poder foi tão rude e tão opressiva à liberdade humana quanto havia sido aquela a que se propusera a abolir, tanto do absolutismo, como da burguesia, que trazia em seu bojo a ditadura do capitalismo²⁵.

Por fim, nasce o Estado Social, diferente do Estado Socialista, fruto dessas transformações e do consenso da sociedade, e que já vinha sendo gestado desde o início do Século XX, mas somente se consagrou após as Guerras Mundiais, também como forma de

²³ Mais adiante, no presente capítulo, se mostrará que nem todos os consumidores são hipossuficientes – Tópico 1.3.2.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. p. 53.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 32.

garantir um modelo que evitasse os horrores cometidos durante as Guerras, garantindo liberdade e, ao mesmo tempo, equilíbrio.

1.1.2. O Estado Social

Como exposto brevemente, o Estado Social surgiu como uma resposta e adequação do modelo Liberal. Suas idéias começaram a ganhar força no início do Século XX, especialmente após a I Guerra Mundial, e teve seu apogeu logo após a II Guerra. Baseou-se numa doutrina constitucional cujos principais elementos eram a justiça e a igualdade. A liberdade irrestrita e a diferenciação de classes já tinham se mostrado inadequadas para a formação de um Estado equilibrado e democrático.

Como marco desse modelo, vale citar a Constituição do México, de 1917, a primeira que inclui em seu texto as novas idéias de caráter social, e pouco tempo depois, logo após o término da Primeira Guerra, a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919. O Estado Social, que não é de esquerda nem de direita, “*deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa, e enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, [...]*”²⁶.

Com o advento do Estado Social, que marca a fase da modernidade²⁷, teve início uma maior intervenção do Estado sobre as relações privadas. Esse período é marcado por transferir ao Estado a responsabilidade de promover a igualdade substancial, intervindo mais ativamente em alguns setores da sociedade, mesmo que isso implique em limitações à liberdade. Conceitos importantes como a função social da propriedade e da empresa são introduzidos na sistemática jurídica²⁸. As atrocidades cometidas no período da Guerra pelo próprio Estado, provocaram um despertar para a necessidade de uma ação positiva do Estado no sentido de garantir a igualdade e liberdade de todos, e um ambiente equilibrado para o exercício de direitos e deveres. Neste período, o Estado passa a garantir também os direitos de segunda geração, os direitos sociais, que exigem uma atuação estatal positiva para garantir

²⁶ Ibidem. p. 32.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p.17.

²⁸ Ibidem. p. 17.

condições mínimas de vida para a sociedade. De acordo com Sarmento, diferentemente dos direitos de primeira geração, *“tais direitos [de segunda geração] não visavam proteger o homem de Estado, mas da sua exploração pelo próprio homem”*²⁹.

No Estado Liberal não era exatamente assim que acontecia. A liberdade oferecida aos indivíduos e a mínima intervenção do Estado Liberal nas relações privadas favoreceram o surgimento de uma multiplicidade de relações e associações entre particulares, fazendo com que surgissem formas de exercício de poder nas relações privadas, gerando desequilíbrio. As relações passaram a ser verticais, desiguais e de sujeição. Dentro dessa complexidade, pode-se destacar o crescimento e a massificação da sociedade de consumo, provocada pela hegemonia dos grandes grupos econômicos, que não tinham nada que os limitasse pois contavam com a mínima intervenção do Estado.

Em vista de todo esse cenário, para garantir e assegurar equilíbrio nas relações, era necessário que o Estado interviesse, estabelecendo limites, de modo que cada indivíduo tivesse resguardados os seus direitos sem desrespeitar os direitos do outro. Essa nova concepção foi fundamentada pelas alterações sofridas nas constituições, que trouxeram normas de intervenção do Estado na economia e nas relações privadas. Nas palavras de Eros Roberto Grau, *“à ordem jurídica liberal sucede uma ordem jurídica intervencionista. [...] o que marcaria essa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da “regulação” da ordem econômica.”*³⁰ Continuaram a garantir os direitos fundamentais, com foco no desenvolvimento da pessoa humana, estabelecendo princípios e valores que passaram a informar todo o ordenamento.

A Constituição ocupou o centro do ordenamento e as suas disposições deixaram de ser meras recomendações, ou diretrizes para uma sociedade ideal, e auferiram força normativa sobre as relações públicas e privadas. Em suma, de acordo com Paulo Bonavides, o Estado Social, na realidade, não é uma nova forma de Estado, mas antes uma transformação do próprio Estado Liberal³¹, que atende, no entanto, as demandas sociais.

Como fruto deste novo modelo de organização Estatal, o Estado se mostra mais intervencionista nas relações privadas e de comércio. E um dos aspectos importantes dessa mudança é a intervenção na atividade econômica. Ao contrário do que acontecia no modelo liberal, em que a economia se auto-regulava, a partir dessa nova concepção, passa a haver a intervenção do Estado nesta atividade, através de regras e princípios que devem nortear o

²⁹ SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas Constitucionais. p. 56.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. p. 63.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. p. 37.

funcionamento dos mercados e as relações daí decorrentes, como as relações de consumo, que se caracterizam a partir do crescimento dos mercados, aumento da produção e criação de novos produtos, e do surgimento do consumo em massa.

Pode-se dizer que, inicialmente, o Estado Social se apresenta como um Estado mais voltado a impedir abusos e desigualdades nas relações de trabalho e no campo econômico. Preocupava-se com a economia de mercado, e procurava manter o capitalismo, mas impoñdo-lhe certos limites. Foi marcado pelas Constituições Programáticas. Posteriormente, a partir da segunda metade do século XX, manteve a preocupação e o cuidado sobre a ordem econômica, mas se volta com mais atenção aos direitos fundamentais, ao cuidado com a pessoa, permeado de valores do liberalismo e do ideal social, se mostrando mais equilibrado. Afirma Paulo Bonavides: “*Afigura-se-nos, assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais.*”³². Busca-se o equilíbrio entre Estado Liberal e Social, de forma a garantir os direitos da pessoa humana.

A evolução do Estado não parou no Estado Social. O tópico seguinte pontua algumas mudanças e consequências importantes sofridas por este modelo de Estado, que refletiram na configuração atual do Estado, como é o caso do Estado brasileiro. As idéias do Estado Social, em certa medida, transformaram o Estado em um Estado provedor, e para isso, o Estado teve que se preparar para poder atender as demandas, o que provocou um aumento considerável do Estado, tornando-se lento, burocrático e ineficiente.

1.1.3. A Crise do Estado Social

Posteriormente a essa transição, alguns autores ainda entendem que o Estado Social entrou em crise. Segundo Sarmento, a crise do *Welfare State* instaurou-se após as crises do petróleo na década de 70 do século passado³³.

Com as muitas exigências e a quantidade de garantias e provisionamentos em benefício da sociedade que passaram a pesar sobre o Estado a partir das idéias do Estado Social, a estrutura estatal teve que se equipar para atender tais demandas, o que causou um

³² Ibidem. p. 32.

³³ SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas Constitucionais. p. 57.

inchaço da máquina estatal. Esse inchaço começou a impor dificuldade ao Estado, em termos de custos de infra-estrutura para suportar e garantir todas as promessas feitas pelas Constituições dos Estados influenciados por este modelo. Esse período, de acordo com Daniel Sarmiento e Luis Roberto Barroso, marca o último quarto do Século XX, e corresponde à fase chamada de pós-modernidade³⁴.

O aumento considerável do Estado para atender a todas as exigências impostas pela própria Constituição, tornou-o lento, burocrático e ineficiente, com dificuldades de cumprir todas as promessas de bem-estar à população. Quanto maior uma estrutura, mais dificuldade ela tem de locomover-se, e foi isso o que aconteceu com o Estado. Ineficiência, corrupção e desperdício são associadas ao Estado a partir de então³⁵. Luis Roberto Barroso ainda acrescenta a morosidade e a burocracia como faces deste Estado, que perdeu seu *charme redentor*³⁶. Nesta fase do Estado, fala-se em desregulamentação, privatização e organizações não-governamentais. Nasce uma nova categoria de direitos fundamentais, os direitos de terceira geração, chamados também de direitos difusos e coletivos³⁷, dentre os quais encontram-se os direitos do consumidor³⁸, direito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, artístico e cultural.

No caso brasileiro, em especial, o inchaço do Estado deveu-se também à atuação empresária do Estado, que começou a partir dos anos 40. Como a iniciativa privada era fraca, a atividade empresária do Estado impulsionava a economia. Antes do Estado intervir na economia, como agente normativo e regulador, ele passou a atuar como agente econômico, exercendo atividade empresária³⁹.

Além disso, a globalização econômica também contribuiu para o desfazimento deste modelo de Estado, pois coloca em xeque o poder dos Estados de controlar todas as variáveis e

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 18.

³⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 58.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 18.

³⁷ Direitos difusos e coletivos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 81. Os direitos difusos são entendidos como os direitos transindividuais, indivisíveis, em que os titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inciso I). Já os direitos coletivos são os direitos transindividuais, indivisíveis, em que os titulares pertencem ao mesmo grupo, classe ou categoria, ligadas entre si por uma relação jurídica base (inciso II). Os direitos difusos e coletivos se distinguem pela origem da lesão e abrangência do grupo. Como exemplo de ofensa a direito coletivo, pode-se citar um grupo de consumidores ligados por um mesmo contrato de adesão, que contém cláusulas abusivas. Quanto ao direito difuso, a propaganda enganosa configura ofensa a tal direito, já que os consumidores não estão necessariamente ligados por uma relação jurídica base, mas pela situação de fato – a propaganda enganosa.

³⁸ No final do presente Capítulo, no último tópico, se encontrará uma melhor análise sobre o surgimento da disciplina dos direitos dos consumidores.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 20.

fatores econômicos que acontecem, pois ultrapassam as fronteiras nacionais. Uma ação do outro lado do mundo pode gerar impactos na economia interna que estejam fora do controle do Estado. Nas palavras de Daniel Sarmento: “*a globalização econômica tem alimentado o processo de esfacelamento do Estado Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar os fatores sociais presentes em cada comunidade*”⁴⁰. A dinâmica da economia faz o Estado seu refém, e este não consegue dar conta das demandas que deveria suportar. No capítulo II, essa questão será analisada mais detidamente. Vive-se novamente a *lex mercatoria*⁴¹, a tendência do mercado ser regulado por normas não estatais, nascidas dos costumes e práticas comerciais internacionais, que se firmam através dos contratos e das relações comerciais.

Neste contexto, passa a ser necessária a diminuição do tamanho do Estado, ao mesmo tempo em que não se pensava em voltar às idéias liberais da pré-modernidade. Algumas alternativas como a privatização⁴² e a criação de agências reguladoras⁴³ foram implementadas, para permitir que o Estado continue dando conta de todas as suas atribuições. No entanto, essas mudanças não resultaram no modelo de Estado mínimo, mas deslocaram a atividade estatal, pois em lugar de exercer efetivamente a atividade, o Estado passou a atuar como agente regulador e fiscalizador. Ainda de acordo com Barroso, a privatização trouxe vasta transformação no papel do Estado, que deixou de ser protagonista da atividade econômica, passando a exercer a função de planejamento, regulação e fiscalização⁴⁴. Adiante será abordada melhor a questão do papel do Estado na atividade econômica conforme a legislação brasileira em vigor.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 58.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 3.

⁴² De acordo com Luís Roberto Barroso, a privatização tem como objetivo transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público e contribuir para a modernização do país. A privatização foi feita no Brasil através da alienação do controle das empresas em leilão, nas bolsas de valores. Id. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 24-25.

⁴³ Como o próprio nome diz, as agências reguladoras tem como objetivo regular determinada atividade, seja ela pública ou privada. As agências são autarquias, mas se submetem a regime especial, pois têm autonomia em relação ao Poder Público. Ibidem. p. 31 e 35.

⁴⁴ Ibidem. p. 31.

1.2. A Ordem Econômica e o Direito do Consumidor nas Constituições Brasileiras

Dadas essas visões dos Estados Liberal e Social e a passagem de um para o outro, importa agora uma análise das Constituições Brasileiras à luz dessas idéias. Como a formação da estrutura do Estado Brasileiro e o constitucionalismo, em épocas distintas, foram influenciados pelas idéias liberais e sociais, e pelos modelos que eram propagados no Ocidente, em especial na Europa e Estados Unidos, em seu respectivo tempo, de forma tal que algumas marcas dessas influências ficaram estampadas nas Constituições. Sob essa perspectiva, dar-se-á especial atenção à intervenção do Estado na economia, como ela acontece em maior ou menor medida, reflexo das influências ora do Estado Liberal, ora do Estado Social, e ao surgimento da proteção do consumidor, que, como visto, nasce em meio a essas transformações, sobretudo, em função do surgimento do mercado e da produção em massa e da intensificação do consumo.

Importante observar aqui que, embora tenha-se observado esses modelos de atuação do Estado, especialmente na Europa, alguns autores entendem que o Brasil não passou por estes modelos⁴⁵, pois, embora influenciados por eles, a realidade brasileira não permitiu que essas influências fossem de tal ordem a permitir a absorção de todo o ideário. Sendo assim, não se poderia falar propriamente de Estado Liberal e Social no que tange à realidade do Estado Brasileiro.

No entanto, José Afonso da Silva, falando sobre as constituições contemporâneas, afirma que elas são documentos jurídicos que refletem o compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo. Ele ressalta que o embate entre liberalismo e intervencionismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, que apresentam princípios de direitos econômicos e sociais, direitos dos trabalhadores, estrutura da economia e estatuto dos cidadãos. Desse conjunto vem o conceito de constituição-dirigente⁴⁶, de que a Constituição de 1988 é um exemplo⁴⁷.

⁴⁵ A esse respeito, veja SARMENTO, Daniel. *Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas Constitucionais*; e BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*

⁴⁶ Constituição dirigente se caracteriza por uma Constituição que apresenta normas de funcionamento do Estado, como se fosse um plano, diretrizes para que o Estado se organize. Ela é composta por muitas normas programáticas, que estabelecem ações a serem cumpridas pelo Estado. Também é chamada de Constituição programática.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. p. 135-136.

Pode-se perceber que, ainda que o Brasil não tenha tido uma experiência de Estado Liberal e de Estado Social propriamente dita, não se pode negar que as Constituições Brasileiras foram marcadas pela influência desses modelos, que, conseqüentemente, influenciaram o modo de atuação do Estado. Entretanto, mais marcante na história brasileira, foi o período da pós-modernidade, da crise do Estado Social, que de fato imprimiu marcas mais significativas na formação do Estado Brasileiro.

Luis Roberto Barroso frisa, em dois trabalhos distintos, que “*o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno*”⁴⁸. Na mesma linha, Daniel Sarmento: “*o Brasil chega a essa fase sem ter se beneficiado das conquistas do Estado Liberal e do Estado Social.*”⁴⁹. Entendem os referidos autores que, mesmo no período liberal, o Estado sempre esteve muito presente. O Brasil sempre dependeu da atuação estatal, ainda que esta não estivesse expressamente prevista na Constituição, razão pela qual não acompanhou a evolução que foi mostrada nas linhas anteriores deste trabalho. Exemplo disso seria o fato de o Estado brasileiro ter começado a atuar de maneira forte e crescente como agente econômico, através da criação de empresas, para assim aquecer a economia nacional, já desde os anos 40⁵⁰.

Seja como for, a análise que se segue pretende apontar a influência dos ideais liberais e sociais nas Constituições Brasileiras no decorrer da história, e mais do que isso, demonstrar a evolução da disciplina da ordem econômica e da proteção do consumidor no ordenamento jurídico pátrio, partindo do texto das Constituições.

1.2.1. A Constituição do Império de 1824

A primeira Constituição Brasileira foi a de 1824, outorgada por D. Pedro I, logo após a proclamação da independência. Nessa época, na Europa, os países estavam sendo fortemente influenciados pelos ideais liberais, de exaltação do valor do indivíduo, e de um

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático, p. 18. e Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 4.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas Constitucionais. p. 58.

⁵⁰ A partir dos anos 40 muitas empresas estatais foram criadas. Companhias nacionais como a Companhia Siderúrgica Nacional, Vale do Rio Doce, Petrobrás, BNDES, Eletrobrás e muitas mais, foram criadas entre os anos 40 e 70 do Século passado.

Estado garantidor dessa liberdade limitando a sua própria atuação em prol deste fim.

Porém no Brasil, D. Pedro I ainda anseava por estabelecer um império absolutista. O ambiente em que fora criado ainda defendia as idéias absolutistas e preconceituosas de outrora, e as idéias liberais não eram bem recebidas. D. Pedro I pretendia acabar com as idéias liberais e manter o absolutismo no novo império, já que em Portugal as idéias liberais estavam ganhando força. Esperava que a Constituição refletisse as idéias que defendia, tornando-se assim “*digna da sua aceitação*”⁵¹. Diversamente, o projeto de Constituição que vinha sendo elaborado pela Assembléia Constituinte tinha conexão com as idéias liberais: preocupava-se com a garantia de direitos individuais, e a separação de poderes, como forma de limitação do poder do Estado⁵².

Insatisfeito com o cenário diante de si, D. Pedro dissolveu a Assembléia Constituinte e outorgou a primeira Constituição Brasileira, querendo assim mostrar que o poder pertencia ao Imperador, e não à soberania nacional, rompendo com a tradição liberal⁵³. A Constituição brasileira de 1824, a despeito de toda a influência que o liberalismo vinha exercendo sobretudo na Europa, era contrária ao regime liberal, e pretendia banir as idéias do constitucionalismo liberal do novo império.

Entretanto, cabe aduzir que a Constituição outorgada de 1824 não deixou de apresentar alguns traços liberais, sobretudo do ponto de vista econômico, e a questão da ordem econômica. Embora não fosse liberal politicamente, economicamente o era. Também se preocupou com as garantias dos direitos dos cidadãos.

Importa ressaltar, por outro lado, que, tendo sido outorgada pelo Imperador, estes traços restaram-se fracos. Tanto que as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros apareceram apenas no último Título da Constituição, ao lado das Disposições Gerais, e mais precisamente no último artigo deste Título, o artigo 179, que é também o último artigo da Carta.

Quanto às garantias de direitos, estas ficaram apenas no plano teórico, visto que a escravidão permanecia, e o povo, privado da sua cidadania. A liberdade de expressão era garantida, desde que usada em favor do imperador e seu governo. No plano econômico é que restou então mais evidente a influência das idéias liberais, já que a Constituição não determinava qualquer tipo de intervenção estatal na ordem econômica, na liberdade de

⁵¹ CERQUEIRA, Marcello. A Constituição na História: Origem e Reforma. p. 259-261.

⁵² Sobre o projeto de Constituição que deveria ser votado pela Constituinte, ver *Ibidem.* p. 262-263.

⁵³ Dom Pedro I, embora fosse jovem e inteligente, trazia consigo os reflexos da sua criação absolutista na Corte portuguesa. *Ibidem.* p. 261.

contratar e nas relações comerciais. Garantia a liberdade dos indivíduos.

O artigo 179, que trata dos direitos individuais, garante a liberdade de expressão no inciso IV, a inviolabilidade da propriedade no inciso XXII, a liberdade da indústria e comércio no inciso XXIV, o direito de propriedade sobre os inventos, no inciso XXVI e abole as corporações de ofício no inciso XXV, dos quais decorre também a liberdade de contratar. Mostra um Estado não intervencionista na economia, influenciado pelo liberalismo.

Ficou claro, mesmo no Brasil, que, naquele momento, não era papel do Estado conduzir a economia através das leis. “*A sua proteção deve limitar-se somente a remover os embaraços que possam entorpecer a marcha regular dos princípios elementares da riqueza*”⁵⁴. Nota-se também que não existia a idéia de consumidor, leis de consumo ou relações de consumo. Como já foi dito, a idéia de consumidor surge em período posterior, em função do aumento da produção e crescimento dos mercados.

Esta configuração favoreceu os interesses os mercantilistas da época, pois a mínima intervenção do Estado em matéria econômica permitia aos comerciantes atuarem conforme bem quisessem, e contratar e negociar sem quaisquer entraves por parte do governo, nem do Imperador. Este modelo permaneceu forte durante todo o século XIX, e foi um dos motores para enriquecer ainda mais os países mais ricos, e propiciar o surgimento de desigualdades, cenário propício para o fortalecimento das idéias sociais.

No início dos anos 30 daquele Século, as idéias liberais ganham mais força no Brasil, após a revolução de 1830 na França, que destronou Luiz XVIII. Somado ao desgaste imperial, a imprensa liberal torna-se mais agressiva, tornando iminente a queda do príncipe⁵⁵. Em 07 de abril de 1931, o imperador abdica em favor seu de filho de cinco anos, D. Pedro II, iniciando-se o período de Regência. Após a abdicação de D. Pedro I, a Constituição Imperial foi alterada uma vez, em 1834, no período de Regência, e manteve-se em vigor até a Proclamação da República. Foi substituída em 1891, pela primeira Constituição Republicana.

1.2.2. A Primeira Constituição Republicana, de 1891

⁵⁴ Fala de José Joaquim Carneiro de Campos, na sessão de 13/10/1823, quando se discutia o Projeto sobre a isenção de direitos para os produtos das fábricas de ferro. Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823, Edição facsimiliar, Senado Federal, III, p. 234-235, apud Fonseca, 2000. p. 64-65.

⁵⁵ Mais detalhes na obra: CERQUEIRA, Marcello. Op. Cit. p. 278-279.

A primeira Constituição Republicana Brasileira sofreu enorme influência do modelo federalista americano, e manteve as idéias do liberalismo econômico, já em vigor há aproximadamente um século. Foi responsável por fortalecer o espírito constitucionalista no Brasil.

Após 65 (sessenta e cinco) anos de Império, sob a regência de uma única Constituição, a mais longa da história brasileira, e apesar de todas as dificuldades que o país como um todo sofreu para adaptar-se aos ideais republicanos⁵⁶, a Constituição de 1891 representa uma mudança política no Brasil, começando pelo fato de marcar o início da República, e também porque foi responsável por consolidar no Estado brasileiro, o modelo federalista dos Estados Unidos da América. No campo econômico, manteve-se apoiada nas idéias liberais, o que não representou alteração.

Oportuno ressaltar aqui a situação em que os primeiros presidentes, em especial Floriano Peixoto e Prudente de Moraes⁵⁷, encontraram o país. O Brasil que encontraram estava em situação econômica ruim, herdada do Império, que não se preocupou em estruturar a economia. As consequências da Abolição, declarada sem nenhum planejamento prévio, e dos empréstimos feitos no tempo do Império, contribuíram para afetar a economia, que já era precária. Nos anos que se seguiram, o trabalho de reestruturação realizado nos primeiros governos, baseado em idéias liberais, estabilizaram a economia e reduziram a dívida pública, fazendo com que o Brasil atraísse novamente a confiança do capital europeu⁵⁸.

O texto constitucional continua trazendo preceitos de ordem liberal, tal como no Império, embora com um pouco mais de força. Ainda longe de concretizar os direitos e garantias individuais, o texto deste novo período era um pouco menos aristocrático, é verdade. Extinguiu privilégios de nascimento, os foros de nobreza e ordens honoríficas (artigo 72, § 2º). Enquanto a previsão da Constituição Imperial era: “*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*” (artigo 179, XIII), a Carta de 1891 garantiu igualdade a todos perante a lei ao afirmar que “*todos são iguais perante a lei*” (artigo 72, § 2º).

⁵⁶ José Maria Bello ressalta que, pelo fato de o Brasil ter sido educado sob a tutela patriarcal do Império, teve dificuldades de adaptar-se às novas formas constitucionais, distantes da realidade vivida até então. Nas palavras do autor, “*a elite dirigente da jovem república não conseguia libertar-se das velhas tendências centralizadoras e parlamentaristas*”. BELLO, José Maria. A História da República, 1889-1954: síntese de sessenta e cinco anos de vida brasileira. p. 167.

⁵⁷ Floriano Peixoto foi o Segundo presidente, e governou o país de 1891 a 1894, e Prudente de Moraes foi o seu sucessor, com mandato de 1894 a 1898.

⁵⁸ Sobre o tema, José Maria Bello traz mais detalhes sobre a situação econômica daquele período, bem como do trabalho de reestruturação realizado nos governos dos Presidentes Floriano Peixoto, Prudente de Moraes e Campos Sales. BELLO, José Maria. Op. Cit. p. 172-174, 225-236.

O artigo 72 da primeira Carta Republicana apresenta a Declaração de Direitos, e logo em seu *caput* reafirma: “*A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguinte: [...]*”. Em seus incisos, além dos direitos mencionados acima, garante a liberdade de associação e expressão (§§ 8 e 12), o direito de propriedade (§ 17), liberdade de profissão, comércio e indústria, e direitos de propriedade sobre os inventos, obras literárias e artísticas, e marcas (§§ 25, 26 e 27).

Da mesma forma, a primeira Constituição da República ainda não faz qualquer menção à proteção ou disciplina das relações de consumo. Ainda no final do Séc. XIX, no Brasil, não se fala em relações de consumo, nem em mercado consumidor. Todos permanecem livres, e o Estado ainda não intervém nas relações privadas, incluindo nestas as relações entre consumidores e fornecedores. A este respeito, José Maria Bello, ao relatar como era a mentalidade dos “*homens aos quais era entregue a república*”, afirma que: “*Fiéis à mentalidade dominante na época, em pleno apogeu da economia liberal, admitiam que a intervenção do Estado no campo das riquezas públicas fosse até à gestão das finanças do Tesouro e ao controle indireto da moeda*”⁵⁹.

Percebe-se novamente que a formação do Estado e o constitucionalismo brasileiros sofreram influência das idéias do liberalismo econômico fortemente propagadas naquele período. O Estado não intervinha de forma alguma na ordem econômica, seja no mercado, nas relações comerciais, industriais, financeiras, ou nas demais relações privadas. Apenas garantia direitos, e conferia liberdade para que estas relações se desenvolvessem. No tocante à questão social, porém, a proteção de direitos e garantias permaneceu no campo teórico. Muito embora a Constituição, assim como a anterior, assegurasse a garantia dos direitos civis do cidadão, tal proteção não passava de teoria. O cidadão brasileiro permaneceu protegido apenas por regras, por um ideal, mas sem nenhuma ação positiva do Estado, liberal também neste aspecto, da mesma forma que aconteceu no período imperial.

A história mostra que o período introduzido pela Constituição de 1891, apesar de republicano, ainda não propiciou ao Brasil e aos seus cidadãos um ambiente favorável ao exercício da cidadania. Durante a vigência da Carta de 1891, o mundo assistiu a uma série de acontecimentos que provocaram mudanças na concepção de Estado, mudanças estas que foram em parte assimiladas pela Carta de 1934, que substituiu a de 1891.

⁵⁹ BELLO, José Maria. A História da República, 1889-1954: síntese de sessenta e cinco anos de vida brasileira. p. 166.

1.2.3. As Constituições da Era Vargas, de 1934 e 1937

Os primeiros anos de República Brasileira foram marcados por profundas transformações sociais, que vinham acontecendo desde a segunda metade do século XIX e se intensificaram no início do século XX, com a Primeira Guerra Mundial. Estas mudanças, como já mencionado, alcançaram também o Brasil, que também passou por profundas transformações, sobretudo na década de 30. As principais delas foram de ordem social e econômica.

Em 1930, Getúlio Vargas assumiu a presidência e inaugurou uma nova era na História Republicana do Brasil. Em 1934, foi promulgada a nova Constituição, que incorporou estas novas ideologias. Instalou-se na Europa e no Brasil um novo constitucionalismo. Era necessário também romper com toda a estrutura perniciosa estabelecida pela República Velha. Assim, a década de 30 foi marcada pela introdução de uma nova ordem em relação à anterior. Segundo Barroso, com a Revolução de 1930 teve início a modernidade no Brasil⁶⁰.

A Constituição de 1934 veio dar forma jurídica aos anseios sociais, sem deixar o que já havia se estabelecido anteriormente, e colocando-se de acordo com a nova ideologia do constitucionalismo social. Entretanto, muitas das normas introduzidas na Constituição permaneceram carentes de efetividade.

É interessante notar que a Constituição de 1934 é promulgada no momento de ascensão das idéias do Estado Social. Como visto acima, tais idéias ganharam força após a Primeira Guerra Mundial, tendo sido difundidas principalmente pela Alemanha, com a Constituição de Weimar, que já foi citada acima, e no México. Não se pode negar, portanto, a influência desse modelo na estrutura do Estado Brasileiro, evidenciado na Constituição de 1934, que introduziu alguns princípios.

Da leitura do texto constitucional, é possível perceber algumas influências das idéias sociais, da fase da modernidade. Logo no preâmbulo, o Constituinte expôs a intenção de organizar um regime democrático que assegurasse a liberdade, mas também o bem-estar social e econômico. Para Pontes de Miranda “*A Constituição de 1934 possuía elemento novo:*

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 19.

*programática, em parte social-democrática e, pois, mais acorde com o intervencionismo do Estado [...]; e social-democrática e católica, um tanto misturadamente, nos pontos relativos à ordem econômica.”*⁶¹

Os direitos de propriedade e sobre os inventos industriais permaneceram garantidos, porém, com a ressalva de que atendam aos interesses coletivos (artigo 113, §§ 17 e 18). O direito individual continuou sendo protegido, mas não irrestritamente, apenas enquanto fosse conforme com o interesse da coletividade. Araujo Castro ressalta que as novas Constituições, referindo-se às Constituições daquele período não se limitam às Declarações de Direitos, mas “*dispõem também sobre os direitos e deveres sociais, referindo-se especialmente à família, ao ensino e ao trabalho, restringindo o direito de propriedade, que passa a ter uma função social, e estabelecendo medidas de caráter econômico em benefício da coletividade [sic]*”.⁶²

No tocante à questão econômica, a Constituição de 1934 foi a primeira constituição que tratou do assunto. Não por acaso, pouco depois da Crise de 1929, um dos acontecimentos marcantes do início do século XX, e que permitiu aos governos mundiais perceberem que a não intervenção do Estado no comportamento dos agentes econômicos poderia trazer problemas⁶³. Apareceu pela primeira vez em uma Constituição brasileira, um Título referente à Ordem Econômica e Social. Dentre os artigos que compõem este título, merecem especial atenção os artigos 115, 116 e 121, conforme abaixo transcritos:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, n° 17, e ressaltados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais.

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

Nota-se que diferentemente das constituições anteriores, esta estabeleceu uma atuação positiva do Estado no ambiente econômico para que este funcionasse de forma

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. p. 12.

⁶² CASTRO, Araujo. A Nova Constituição Brasileira. p. 333-334.

⁶³ A crise de 1929 aconteceu no período entre-guerras, causado também pelo Crack da Bolsa de Nova Iorque no mesmo ano. Para um melhor aprofundamento, veja-se HOBBSBAWN, Eric. A Era dos Extremos: o breve século XX. O autor mostra as perspectivas pelas quais se pode entender o Colapso ocorrido no período e também a mudança de comportamento dos Estados após o *crash*. “[...] em meados da década de 1930 havia poucos Estados cuja política não houvesse mudado substancialmente em relação ao que era antes do *crash*.” p. 108.

equilibrada, observando os direitos dos trabalhadores e dos produtores e industriais, e, garantindo, por outro lado, a liberdade, mas podendo monopolizar determinada indústria ou atividade. Além disso, foi a primeira vez que a Constituição reconhece que a ordem econômica deve funcionar para possibilitar a todos existência digna, aspecto que deve-se levar em conta, já que a economia deve atender e servir as pessoas. Além disso, importante perceber que, a partir desse momento, a questão econômica passou a fazer parte da ordem constitucional brasileira, demonstrando o anseio de bem-estar social e igualdade para todos que existia naquele período. As idéias do Estado social, propagadas naquele período, como visto, continuou garantindo a liberdade do ideal liberal, mas com algumas restrições de ordem social.

De forma semelhante, aparece pela primeira vez na Carta Constitucional uma menção à disciplina das relações de consumo, mas ainda de forma superficial, sem que daí decorresse uma disciplina mais efetiva. O art. 5º, ao estabelecer as competências privativas da União, determina no inciso XIX, alínea i, que a União deve legislar sobre “[...] a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações [...]”. Como dito, é uma menção inicial, pois somente confere à União poderes para legislar sobre a matéria, o que não foi feito naquele período. Como visto anteriormente, os direitos difusos e coletivos, dos quais os direitos do consumidor fazem parte são conceitos que só surgiram posteriormente. O Código de Defesa do Consumidor é de 1990, quando já era vigente a atual Constituição, de 1988. No entanto, já se percebe que a questão do consumo, a idéia de mercado consumidor já existia naquele momento, e já começa a compor a agenda do Estado.

Depois disso, consoante será visto adiante, o Brasil passou por alguns retrocessos em sua formação estatal, e no constitucionalismo. Em 1937, isso aconteceu com a instituição do Estado Novo no Brasil por Getúlio Vargas e uma nova Constituição. Pode-se dizer que a Constituição de 1937 representou um retrocesso na História do constitucionalismo brasileiro, e da própria História Brasileira, num sentido mais amplo.

O Brasil caminhava para o estabelecimento de um Estado Social, o que ficara marcado na Constituição, e de fato alguns passos foram concretizados neste sentido, quando Getúlio Vargas estabeleceu o Estado Novo, que foi uma mistura de fascismo, corporativismo, nacionalismo e aparente liberalismo. O Estado instituído por Getúlio Vargas é chamado por Azevedo Amaral de Estado Autoritário, que não é nem liberal, meramente regulador, nem totalitário, comunista ou fascista. O Estado Autoritário, de acordo com o autor, não se nega a reconhecer o indivíduo e seu espaço de liberdade. Nele, todos tem “*uma órbita muito grande*

*de liberdade*⁶⁴, desde que não atentasse contra a segurança nacional. Por esta razão, no entender deste mesmo autor, a Constituição de 1937, diferentemente das três anteriores, apresentou um traço realístico do Brasil, antes de ser uma enciclopédia informativa das doutrinas políticas da atualidade da época⁶⁵.

Mantiveram-se algumas disposições na Constituição que refletiram o pensamento social da época, como a proteção do direito de propriedade, no artigo 122, e a disciplina da Ordem Econômica, no artigo 135, que protege e garante a liberdade de iniciativa individual, e afirma que “*a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, [...]*”. Como afirma Castro Araújo, ao falar da ordem econômica na Constituição de 1934 e 1937, a Carta preservou a característica dominante das modernas Constituições daquele período:

*A inscrição de normas de caráter social e econômico, com o fim de assegurar os interesses do Estado para melhor assegurar os interesses da coletividade, procurando, sobretudo, amparar as classes menos favorecidas da fortuna, constitui a característica dominante das modernas Constituições.*⁶⁶

No tocante à relações de consumo, o texto é silente, não faz qualquer menção a elas. Apenas prevê a possibilidade de se cobrar impostos sobre o consumo (art. 20, inciso I, b). No entanto, foi um período marcado por autoritarismo e ausência de democracia, embora tenha mantido algumas tendências da época, interrompeu a evolução e a transição do Estado brasileiro. Como afirmou Barroso, perverteu a modernidade que vinha acontecendo no país⁶⁷.

1.2.4. A Constituição de 1946

Findada a Era Vargas, inaugura-se um novo período no Brasil, cujo objetivo era restabelecer a democracia. Pode-se dizer que a Constituição de 1946 pertence ao rol das constituições que estabeleceram um novo começo⁶⁸ em seus países, assim como aconteceu na

⁶⁴ AMARAL, Azevedo. O Estado Autoritário e a Realidade Nacional. p. 204, 205 e 207.

⁶⁵ Ibidem. p. 146-147.

⁶⁶ CASTRO, Araújo. A Constituição de 1937. p. 391, e A Nova Constituição Brasileira. p. 462.

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 19.

⁶⁸ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism, 1997. p. 3-19. O autor traça alguns perfis de

Europa, no pós-guerra, quando os regimes ditatoriais europeus restaram definitivamente derrotados. O mundo como um todo anseava por regimes democráticos em que as pessoas pudessem realizar-se política, social e economicamente. De acordo com Pontes de Miranda, *“A Constituição de 1946 proveio da vitória das Nações Unidas contra os regimes opressores. Ao faltar o clima para as ditaduras, tinha-se de forma, e formou-se, a onde pujante, insopitável, pela reconstitucionalização do país.”*⁶⁹

Este novo momento exigia que o Estado se preocupasse com todos os setores da sociedade: econômico, político, cultural e religioso, e onde quer que o homem, membro dessa sociedade, estivesse inserido. A Carta de 1946 reflete o momento. Assim como na Constituição de 1934, o preâmbulo da Constituição de 1946 se refere à organização de um regime democrático. O texto constitucional refletiu a aceitação dos princípios do liberalismo político e econômico, adequados pelas conquistas sociais e pela postura do Estado em relação às questões econômicas.

Pontes de Miranda afirma que a Constituição sofreu influência européia e norte-americana e, ao compará-la com as anteriores, ressalta que a Carta *“é algo intermediário, entre o norte-americano do século XVIII e o europeu de após a primeira guerra. Todavia, é mais de influência norte-americana que a Constituição de 1934 e menos liberal que a Constituição, a linhas retas, de 1891.”* Ainda assim, o mesmo autor ressalta que dentre os benefícios trazidos por esta Constituição, pode-se citar a noção de liberdade individual e a noção de democracia, e finaliza ressaltando que a Carta representa a maior parcela, até então, dos três caminhos: democracia, liberdade e igualdade.⁷⁰

Não é sem razão, pois, que permaneceram protegidos os direitos individuais, no Capítulo II do Título IV, que iniciava-se pelo artigo 141, cuja redação era a seguinte: *“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]”* Ao longo de seus parágrafos, garantia a liberdade de expressão e associação (§§ 5º e 12), o direito à propriedade, prevendo, contudo, a desapropriação (§ 16), influenciada pelas tendências sociais, garante a propriedade dos inventos industriais e marcas (§§ 17 e 18), sobre obras artísticas ou científicas (§ 19), e o livre exercício das profissões (§ 14). Todos estes direitos e garantias são marcas das idéias liberais,

Constitucionalismo, e classifica determinadas Constituições como sendo de “New Beginning”, já que marcaram um novo começo para aquelas nações que acabavam de se libertar de um Regime Totalitário ou Ditador. Pode-se dizer isso das Constituições alemã e italiana do pós-guerra, e das Constituições Brasileiras de 1946 e 1988.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, Tomo I. p. 3-4.

⁷⁰ Ibidem. p. 4 e 21.

apesar da deficiência do Brasil em implementar esse modelo.

No tocante à questão econômica, o Título V – Da Ordem Econômica e Social previa a intervenção do Estado, e procurava conciliar a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (artigo 145). Previa a possibilidade de intervenção no domínio econômico pela União, tendo por base o interesse público, e por limite os direitos fundamentais (artigo 146), condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social (artigo 147), e estabelecia alguns preceitos a serem observados pela legislação do trabalho e da previdência social (artigo 157).

O artigo 148 dispunha que:

a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamento de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Referida disposição evidenciava a preocupação do Estado em intervir e limitar a liberdade dos agentes econômicos quando esta se configurasse em abuso e desrespeito às liberdades dos demais.

No período que foi regido pela Constituição de 1946, o Brasil vivia a realidade de restabelecer suas relações diplomáticas, já que a Guerra acabara recentemente e a Guerra Fria⁷¹ havia se instalado, e estimular o crescimento econômico, sobretudo das indústrias, fato que aconteceu com mais força no Rio de Janeiro e em São Paulo, e teve a ajuda do Estado, que cuidou de criar mais empresas estatais, visando impulsionar a economia, entre as quais merecem destaque a Companhia Siderúrgica Nacional⁷², a Petrobrás e o BNDES. O Estado começava a atuar como agente fiscalizador e regulador da atividade econômica, e mais do que isso, como agente econômico, através das empresas estatais⁷³.

Em relação aos direitos do consumidor, assim como na Constituição anterior, a disciplina dos direitos do consumidor, ou o reconhecimento de tais direitos ainda não estão presentes, embora já se tenha a idéia de consumo. Da mesma forma, a Constituição determina que compete à União legislar sobre produção e consumo (art. 5º, XV, c). Também prevê a

⁷¹ A Guerra Fria marcou os anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, especialmente os 45 anos que são do lançamento das bombas atômicas até o fim da União Soviética, e dominou o cenário internacional. Caracterizou-se pelo constante confronto entre EUA e URSS. As duas potências controlavam parte do globo, URSS sobre estados comunistas, e EUA, sobre o resto do mundo capitalista. Para um maior e melhor aprofundamento, veja: HOBBSBAWN, Eric. A Era dos Extremos: o breve século XX, Capítulo 8.

⁷² A Companhia Siderúrgica Nacional foi criada ainda no Estado Novo, mas começou a operar em 1946.

⁷³ Mais sobre o tema, ver BELLO, José Maria. A História da República, 1889-1954: síntese de sessenta e cinco anos de vida brasileira. p. 411-419, e BARROSO, Luis Roberto. Introdução – Aspectos Constitucionais. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. p. 20-21.

possibilidade de cobrança de impostos sobre o consumo.

Da análise das Constituições de 1934 e 1946, percebe-se que o Brasil sofreu alguma influência dos modelos acima expostos, embora se afirme que o Estado Brasileiro não tenha vivido propriamente a experiência típica de um Estado Liberal ou mesmo do Estado social. Foi visto que o Estado social não constitui uma forma de Estado autônoma, mas é antes uma transformação do Estado Liberal, pois reteve aquilo de bom trazido pelo liberalismo, amoldando-o às novas necessidades e clamores sociais e econômicos do novo mundo, depois das Guerras Mundiais. Percebe-se no texto constitucional uma breve tentativa de aproveitar algumas idéias sociais, preocupado com as questões econômicas e a intervenção do Estado, e menos com os direitos e garantias individuais, embora os tenha previsto em seu texto.

1.2.5. A Constituição do Regime Militar de 1967/69

Passado o período de redemocratização do Brasil, o país foi submetido a uma Ditadura, a Ditadura Militar, que durou quase 20 (vinte) anos.

Importante entender que, além da necessidade de garantir direitos a todos os indivíduos de forma a evitar os abusos cometidos durante as Guerras, o Mundo pós-guerra também assistiu à disputa de poder entre EUA e União Soviética, que ficou conhecida como Guerra Fria. Neste contexto, o mundo falava em Segurança Nacional. EUA e União Soviética procuravam garantir a segurança nacional dos países capitalistas, de um lado, e socialistas, do outro. A preocupação era em cuidar para que os países capitalistas não se tornassem socialistas e o contrário também.

A Ditadura Militar, iniciada com o Golpe Militar de 1964, surgiu no contexto da Guerra Fria, e tinha como objetivo garantir a segurança nacional do Brasil, país capitalista, em favor dos EUA. Outros países latino-americanos também passaram por regimes militares, todos sob essa justificativa. Dessa forma, a Constituição de 1967/69 teve como fundamento esse pensamento de segurança nacional, proteção, estratégia, e não o estabelecimento de ideais liberais ou sociais.

Embora o país vivesse um ditadura, os direitos e garantias individuais estão previstos na Constituição de 1967/69 artigos 150 e parágrafos, e 151. Ocorre que tais previsões, assim como já haviam ocorrido em períodos anteriores, e ainda com mais intensidade, ficaram

apenas no plano teórico. Permaneceram assegurados os direitos à propriedade (§ 22), sobre os inventos e marcas (§ 24), e o livre exercício das profissões (§ 23). A liberdade de expressão (§ 8º) e outras liberdades, no entanto, eram garantidas e permaneceram expressas no texto constitucional, mas desde que usadas em favor e de acordo com o estabelecido pelo Governo Militar.

A Carta também não deixou de apresentar disposições que poderiam caracterizá-la como uma Constituição de um Estado Social, sobretudo no que se refere à ordem econômica. Os princípios da ordem econômica trazidos pela Carta (artigo 157) condiziam com os ideais do Estado Social: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao abuso do poder econômico. Porém a disciplina e organização da ordem econômica, trazida pelos artigos 157 e seguintes, tinham como objetivo o desenvolvimento nacional visando a segurança nacional, e não um ambiente que propiciasse o desenvolvimento dos indivíduos, com liberdade e equilíbrio, fins do Estado Social.

Neste sentido, o § 8º do artigo 157 do texto facultava a possibilidade de intervenção no domínio econômico e o monopólio pela União, *“quando indispensável por motivos de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa”*. Nota-se a preocupação com a segurança nacional, tratando-se da ordem econômica também.

A Emenda Constitucional de 1969 manteve o mesmo perfil, tratando da ordem econômica nos artigos 160 e seguintes, e acrescentou um princípio aos já trazidos em 1967: a expansão das oportunidades de emprego produtivo. O § 8º do artigo 157 passou a ser o artigo 163, permanecendo com a mesma redação⁷⁴.

Sobre o dispositivo citado, Pontes de Miranda, em sua análise sobre a Constituição de 1967, pondera que tanto a intervenção no domínio econômico quanto o monopólio de determinada atividade devem satisfazer dois pressupostos: (i) foco no interesse público, entendido como a indispensabilidade por motivo de segurança nacional ou a indispensabilidade de organização, por não poder a atividade ser desenvolvida a contento no regime da livre iniciativa, e (ii) o respeito aos princípios constitucionais no que se referem aos

⁷⁴ Emenda Constitucional nº 1 de 1969, Art 163 – *“São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.* (Mesma redação do § 8º do artigo 157 da Constituição de 1967)

direitos fundamentais assegurados no texto constitucional⁷⁵. A intervenção, portanto, deve passar por uma avaliação das condições e das circunstâncias, para que não seja contrária à própria previsão constitucional.

No tocante às relações de consumo, seguindo o comportamento das Constituições anteriores, a Constituição de 1967, bem como a Emenda de 1969, previam a possibilidade de a União legislar sobre a produção e o consumo (art. 8º, inciso XVII, d). Cumpre ressaltar aqui, que tanto neste texto como nos anteriores, cabia à União legislar sobre produção e consumo, desde o que tocava a quantidade e qualidade de produtos que podiam ser consumidos, preços que podiam ser praticados, até a questão das relações entre consumidores e produtores e fornecedores. Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor só entrou em vigor em 1990, alguns anos mais tarde.

Percebe-se que o Regime Militar também representou um regresso no desenvolvimento e evolução do Estado e do constitucionalismo Brasileiros. Barroso aponta que a fase da modernidade teria começado no Brasil com a Revolução de 1930, e teria se pervertido no golpe do Estado Novo de 1937, e novamente, em 1964. Embora algumas características do Estado Social estejam presentes neste período, os objetivos eram diversos, a pessoa humana não estava sendo considerada e as liberdades não eram respeitadas, visando o bem-estar social. A máxima era a segurança nacional.

Com o fim do Regime Militar, reacendeu-se a chama da democracia no país. Neste período, o Estado já encontra-se na sua terceira fase, a da pós-modernidade, como acentua Barroso. A Constituição de 1988, por conseguinte, reuniu idéias liberais, idéias sociais e algumas marcas da crise da pós-modernidade, além de ter trazido uma nova perspectiva de desenvolvimento e garantia de direitos para o país.

1.2.6. A Constituição Democrática de 1988

Assim como aconteceu na Europa no final do pós-guerra, a Constituição de 1988 estabelece, novamente, um novo começo para o povo brasileiro, e uma nova perspectiva de exercício de direitos e cidadania – o Estado Democrático de Direito. A nova democracia nos deu uma nova Constituição, que estabeleceu princípios que visavam um Estado livre e

⁷⁵ MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 – com a emenda n.1 de 1969, Tomo VI. p. 68 e 70.

igualitário para todos, sem distinção. Neste momento, as idéias de liberdade, direitos fundamentais e cidadania retornam adquirindo *status* normativo, estabelecidos pela Constituição de 1988.

O preâmbulo da Carta evidencia a intenção de “*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, a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]*”.

Segundo José Afonso da Silva, “*as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo*”, fruto das mudanças analisadas no início do capítulo.

A Constituição de 1988 também marca uma tendência que vem sendo consolidada desde o período pós-guerra, de atribuir verdadeira força normativa ao texto constitucional, que a partir deste período ganha maior relevância. A Constituição deixa de ser um conjunto de regras aplicável apenas às relações do Estado, e passa a irradiar efeitos e ter caráter normativo sobre todas as relações. Assim, o conteúdo do texto constitucional passa a ter caráter de norma, devendo, portanto, ser observado.

Neste ponto, cabe algumas observações sobre a relevância da força normativa da Constituição trazida por Konrad Hesse⁷⁶. Em sua obra, o autor justifica e defende a força normativa da Constituição, como uma forma de moldar a realidade. Trata-se de contrastar a chamada constituição real e a constituição jurídica, a primeira composta pelos agentes que de fato exercem o poder sobre a sociedade, seja ele militar, econômico ou político, chamado por Lassalle de fatores reais de poder⁷⁷, e a segunda, consubstanciada no que está previsto no texto constitucional, havendo que se atentar para o risco de a constituição jurídica apenas refletir a constituição real e não exercer seu papel normativo, o que a tornaria sem sentido, com uma missão pobre, por assim dizer. Nas palavras de Hesse:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função [...] de justificar

⁷⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. p. 9 e ss.

⁷⁷ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. p. 11 e ss. O autor ressalta que os fatores reais de poder, que atuam no seio de cada sociedade, são a força ativa e eficaz que informam todas as leis e instituições jurídicas vigentes.

*as relações de poder dominantes.*⁷⁸

Partindo desta idéia, Hesse defende a força normativa da constituição, através da qual ela exerceria o seu papel de moldar e transformar a realidade e não somente refletir o que acontece. Ao mesmo tempo, o autor alerta para que a constituição não se afaste da realidade, de forma a tornar-se impraticável, e não conseguir exercer sua força normativa⁷⁹. Diante desta perspectiva, a Constituição deixa de ter um caráter orientador e indicativo, e passa a ter força de norma, devendo ser aplicada no tocante aquilo que ela mesmo disciplina. Seu papel deve ser o de promover uma ordem estatal justa, como assevera o autor, através das normas trazidas em seu texto.

Além disto, e por causa da força normativa, a Constituição de 1988 passa a ocupar o centro do ordenamento. Em todos os campos de atuação do Direito, todas as legislações devem observar e promover os princípios e regras constitucionais. As relações privadas e as relações do Estado devem ser norteadas pelas instruções constitucionais. Pode-se citar as garantias e direitos individuais, regras de funcionamento de determinados setores, e questões de família, economia e consumo são constitucionalizadas (constitucionalização-inclusão⁸⁰), e passam a ter a Constituição como primeira fonte normativa, da qual devem derivar as demais normas sobre cada tema. O Código Civil que, como visto, exercia o papel de constituição do direito privado, protegendo a propriedade e autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais para garantir a estabilidade das relações privadas, deixa de ocupar o ponto central do ordenamento. De acordo com Gustavo Tepedino, os princípios fundamentais do direito civil foram descolados do Código Civil para a Constituição⁸¹.

O Direito como um todo começou a sofrer um processo de Constitucionalização, que significa dizer que a Constituição passou a ocupar o centro do ordenamento, e as normas constitucionais passaram a irradiar efeitos em todo o ordenamento. O fenômeno da

⁷⁸ HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 11.

⁷⁹ É o que Hesse chama de pretensão de eficácia. Na medida em que a norma constitucional pretende ser concretizada na realidade e de fato essa pretensão é factível, ela possui a pretensão de eficácia. Por meio dela, "a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social". Ibidem. p. 15.

⁸⁰ Claudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça identificam este fenômeno como constitucionalização-inclusão. Nas palavras dos autores, "Determinado assunto, antes tratado pela legislação ordinária, ou simplesmente ignorado, passa a fazer parte do texto constitucional." De forma semelhante, o fenômeno acontece no interior da Constituição, em relação ao sistema de direitos fundamentais, que os autores identificam como fundamentalização-inclusão. NETO, Claudio Pereira de Souza; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. p. 625 e 627.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. p. 310.

constitucionalização do Direito, de forma geral também contribuiu para uma visão mais social de alguns institutos do Direito, sobretudo do Direito Privado. A constitucionalização do direito privado consagrou a ideia de que o direito privado e as relações por ele disciplinadas deve sofrer influência dos princípios estabelecidos pela Constituição. Isto que dizer que as relações privadas devem se pautar pela observância dos direitos fundamentais e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, garantidos pela Constituição. As normas Constitucionais aplicam-se diretamente às relações privadas, garantindo a unidade do ordenamento jurídico⁸². No tocante ao Direito Privado, as influências desta nova concepção no ordenamento encontram-se presentes no Código de Defesa do Consumidor, objeto de análise do presente trabalho, e no Código Civil de 2002, em especial, pela introdução de princípios complementares às normas de contratação⁸³. A nova democracia nos deu uma nova Constituição, que estabeleceu princípios com força normativa que devem ser aplicados em todas as relações, públicas e privadas.

Como resposta aos abusos cometidos no período anterior, da Ditadura Militar, nota-se que os direitos e garantias individuais tomaram um lugar de destaque na Carta de 1988, como em nenhuma das anteriores. Tanto que estes direitos são elencados logo no início do texto constitucional, no artigo 5º. Os direitos sociais e dos trabalhadores, logo em seguida, no artigos 6º e 7º respectivamente. Pretendia a nova ordem constitucional colocar a pessoa humana e seus direitos como valor mais importante, primordial. Introduziu cidadania e a dignidade da pessoa humana⁸⁴ como fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, incisos II e III, e que devem servir também de parâmetro para a constituição econômica do Estado. A dignidade da pessoa humana é valor supremo também da ordem econômica. Além disso, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, marcadamente voltados para o campo econômico, também figuram como fundamentos da República, no inciso IV do mesmo artigo.

⁸² Sobre a unidade do ordenamento ver mais detalhes nas p. 313 e seguintes da obra supracitada de TEPEDINO, Gustavo.

⁸³ O Capítulo III tratará do Diálogo de Fontes, teoria que defende a coordenação das múltiplas normas do ordenamento jurídico. O Diálogo de Fontes permite que normas jurídicas que tratam de assuntos diversos convivam e cooperem umas com as outras com a disciplina das inúmeras relações jurídicas. Vide Capítulo III, Tópico 3.1.3.

⁸⁴ JOSÉ Afonso da Silva ressalta que a dignidade da pessoa humana, ao ser elevada a fundamento da República, não é apenas princípio constitucional fundamental e da ordem jurídica, mas “*se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural.*” SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. p. 92.

No tocante às relações internacionais, há também a preocupação do Estado com a integração latino-americana, no artigo 4º, parágrafo único: “*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, [...]*”. Ao que se vê, a integração latino-americana, no Brasil, é mandamento constitucional, elevado a categoria de princípio fundamental⁸⁵. A Constituição quer mais do que um mercado comum de caráter econômico, quer integração econômica e política, que só terá lugar também com uma integração jurídica, sendo imperioso pensar num direito comunitário *in fieri*. Só será possível falar numa tal integração mediante o intercâmbio entre juristas latino-americanos, condição para a harmonização dos vários direitos nacionais. O Capítulo II pretende tratar da questão da harmonização legislativa no âmbito do Mercosul, dada a sua importância e considerando o fato de que o Mercosul é uma tentativa de concretizar referido dispositivo.

A Carta de 1988, que foi chamada também de Constituição cidadã, garantiu, no artigo 5º, a liberdade de expressão (incisos IV e IX), de crença (inciso VI), de associação (inciso XVII), o livre exercício das profissões (inciso XIII), o direito de propriedade, desde que se atenda à sua função social (incisos XXII e XXIII), o direito sobre obras literárias e artísticas (inciso XXVII), sobre inventos industriais e marcas (inciso XXIX), traços das idéias liberais e sociais.

Quanto à ordem econômica, as disposições estão contidas do Título VII da Carta, iniciando-se pelo artigo 170, e seguiram a tendência do Estado social, observadas também algumas idéias do liberalismo. O primeiro ponto que merece destaque é o caput do artigo 170, que inaugura o Título VII. Em sua redação expressa que o objetivo da ordem econômica é “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, de acordo com alguns princípios. São eles:

- I - soberania nacional;*
- II - propriedade privada;*
- III - função social da propriedade;*
- IV - livre concorrência;*
- V - defesa do consumidor;*
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e*

⁸⁵ Jorge Carpizo afirma que o artigo 4º, parágrafo único da Constituição Federal brasileira é provavelmente a mais enfática e clara no que se refere à integração latino-americana, pois não se refere apenas a aspectos econômicos ou políticos. O que é relevante, especialmente, por se tratar de um dos países mais importantes da região. “*Afirmo que dicha norma es paradigmática porque es probablemente la más enfática y clara en su género, no se refiere sólo a los aspectos económicos o políticos, está contenida en la Constitución de uno de los Estados más importantes de la región, con ampla influencia, y en él no se habla el idioma español, por lo que pudiera pensarse que estaria menos inclinado a la integración.*” CARPIZO, Jorge. *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*. p. 963.

de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Nota-se que a disciplina da ordem econômica visa o bem-estar social, considerando a pessoa humana e sua cidadania, evidenciado pelos princípios de defesa do consumidor e da busca do pleno emprego, que devem ser informados pelos fundamentos trazidos no artigo 1º.

Um ponto importante é que, de acordo com a Constituição de 1988, o papel principal do Estado é de agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme artigo 174. Percebe-se o traço liberal, de garantia de liberdades e menos intervenção, mas não a ausência dela. A intervenção do Estado no domínio econômico pela exploração direta de atividade econômica, de acordo com a disciplina do artigo 173, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional. O texto de 1988 limitou ainda mais esta possibilidade de intervenção. O texto de 1967/69 diz que a intervenção é facultada ao Estado, enquanto que no de 1988, ela só será permitida no caso citado, uma proibição que permite exceção.

O § 4º do artigo 173 trata da repressão ao abuso do poder econômico pelo Estado, o que mostra a preocupação com o equilíbrio, de forma a evitar abusos nas relações entre os agentes econômicos e entre eles e os consumidores e trabalhadores, pessoas humanas.

Quanto à proteção do consumidor, no retrotranscrito artigo 170, inciso V, ela aparece como um dos princípios da ordem econômica, e no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;*”. O consumidor ganha proteção constitucional, e mais, uma proteção constitucional que não pode ser dispensada, já que as disposições do artigo 5º constituem cláusulas pétreas, que não podem ser abolidas por emenda à constituição, conforme artigo 60, § 4º. Como parte mais frágil na relação com os produtores, os consumidores passam a gozar de proteção dos seus direitos. Nota-se que a própria ordem econômica deve funcionar, a partir de então, visando, dentre outros princípios, a proteção do consumidor. Na própria Lei Magna já se vislumbra um caminho de compatibilização entre os interesses e direitos dos consumidores e demais atores da ordem econômica, sejam produtores, industriais ou comerciantes. A Constituição também determina, no Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48, que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 (cento e vinte) dias da promulgação da Constituição. Tal determinação foi cumprida, com atraso, com a

promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. Ainda, no art. 24, incisos V e VIII, é atribuída competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre produção e consumo, e responsabilidade por dano ao consumidor.

Ora, a Constituição de 1988 teve como principal objetivo restabelecer a democracia e os valores que foram perdidos no período de Ditadura Militar. Consagrou princípios e ideais do Estado Liberal, e os enriqueceu com os valores do Estado social, como se percebe na análise da disciplina da ordem econômica. Pode-se dizer que ela reflete tardiamente o momento posterior do Estado Social, da segunda metade do Século XX, mais preocupado com os direitos fundamentais e voltado para a sociedade, preocupado também com a ordem e disciplina da ordem econômica e com os direitos do consumidor, e com alguns traços do liberalismo, evidenciando esta transformação. Reconhecem que o equilíbrio e o estabelecimento de limites pelo Estado podem trazer melhores resultados na estrutura do próprio Estado, para promover o bem das pessoas, seu principal fim.

1.3. A Intervenção na Ordem Econômica, o Estado Regulador e os Direitos do Consumidor

Foi visto acima que a influência do modelo de Estado Social e a posterior crise deste modelo refletiram-se numa atuação intervencionista do Estado na economia. O período de crise, a fase na pós-modernidade, deixou alguns traços no Brasil na década de 90. As normas de proteção do consumidor, e um sistema de defesa da ordem econômica datam desta década. A ordem econômica passa a fazer parte da legislação. Se tem ordem, não se fala em auto-regulação. O Estado passa a exercer um papel regulador da atividade econômica, com o objetivo de evitar abusos e desproporções no funcionamento do mercado. Vê-se no texto constitucional, art. 174, caput, a expressa previsão do papel regulador do Estado: “*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*”

Embora a globalização econômica contribua para o desfazimento deste modelo de Estado, pois coloca em xeque o poder dos Estados de controlar todas as variáveis e fatores econômicos que acontecem, pois ultrapassam as fronteiras nacionais; embora a dinâmica da

economia faça o Estado seu refém, impedindo-o de dar conta das demandas que deveria suportar, o Estado não pode deixar de cumprir seu papel e procurar exercer um papel que contribua para o desenvolvimento da atividade econômica, olhando não somente para dentro do país, mas também para a realidade e a conjuntura internacional, daí a importância do que será tratado no Capítulo II.

Como agente normativo e regulador, o Estado deverá cuidar para que a economia funcione de acordo com os princípios constitucionais estabelecidos, zelando pelo equilíbrio entre eles. Embora não exista nenhum órgão do governo que tenha por função específica zelar pela proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor exerce um papel importante neste sentido, e Associações Privadas de proteção e defesa do Consumidor também atuam no combate e prevenção de práticas abusivas por parte dos fornecedores⁸⁶.

Visando o combate de práticas abusivas e o abuso do poder econômico, atualmente o Brasil conta com uma Lei de defesa da Concorrência, que determina algumas diretrizes para a fiscalização do mercado, visando o combate às práticas que atentem contra os princípios da ordem econômica, em especial o da livre concorrência, e por meio da qual foi criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com o objetivo de zelar pela observância dos princípios da ordem econômica, dentre eles a proteção do consumidor, e a livre concorrência, que afeta diretamente os fornecedores, os agentes econômicos, pois dizem respeito à sua liberdade, sempre com base no fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa. Portanto, cumpre aqui expor alguns pontos importantes sobre tais princípios, conforme se verá no tópico seguinte.

1.3.1. A Ordem Econômica na Constituição de 1988

É interessante notar que os princípios da ordem econômica são normas constitucionais, portanto ocupam o mesmo nível hierárquico no ordenamento e devem atuar

⁸⁶ Cumpre mencionar algumas entidades que zelam pela proteção e defesa do consumidor: PROCON, que é um órgão (autarquia) do poder Executivo destinado a proteção e defesa dos direitos dos consumidores. Pode ser municipal ou estadual, dependendo da lei que o cria (www.procon.rj.gov.br). Existem também várias ONGs e Associações de Consumidores, sem fins lucrativos, como IDEC, INADEC, BRASILCON, IDECON, dentre muitas outras, que atuam nos âmbitos estaduais e municipais e exercem um papel importante na proteção dos consumidores e na efetivação de seus direitos. Para maiores informações: www.idec.org.br, www.inadec.org.br, www.brasilcon.org.br, www.ideconbrasil.org.br.

em conjunto visando o funcionamento harmônico da atividade econômica⁸⁷. Desta forma, não há preferência entre os princípios trazidos pelo art. 170, inclusive a proteção do consumidor. O princípio da livre concorrência, assim como os outros princípios merecem igual atenção e respeito. De igual forma, todos eles devem funcionar de forma a garantir a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica. Ressalta-se o princípio da livre concorrência, pois afeta diretamente a liberdade dos fornecedores, e podem, por esta razão, em algumas situações parecerem incompatíveis com a proteção do consumidor.

Importante aqui entender melhor o conceito de ordem econômica. A palavra ordem carrega consigo a idéia de algo organizado, regido por normas. A expressão ordem econômica foi incorporada à linguagem dos juristas no início do Séc. XX⁸⁸, com a transição do Estado liberal para o social, como visto anteriormente. Sendo esta ordem econômica, a disciplina de como as relações econômicas devem acontecer. É também uma parcela da ordem jurídica, pois normatiza as relações econômicas. Eros Roberto Grau define a ordem econômica como o *“conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”*⁸⁹.

A disciplina da ordem econômica brasileira começa pela Constituição, como visto, onde encontram-se os princípios que regem o funcionamento da ordem econômica, e como o Estado deve atuar neste âmbito. O texto constitucional determina que a sua principal atuação será como agente normativo e regulador (art. 174), podendo explorar diretamente a atividade econômica quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173).

A livre iniciativa é posicionada como fundamento da ordem econômica, que deve também observar os princípios relacionados no artigo 170, dentre os quais encontram-se a livre concorrência e a proteção do consumidor, que merecem destaque neste trabalho. A livre iniciativa garante a liberdade das empresas e dos fornecedores de atuarem no mercado. Aliado

⁸⁷ Não obstante a proteção do consumidor esteja entre os princípios constitucionais da ordem econômica, não existindo, portanto, prevalência entre eles, por ser a proteção do consumidor direito fundamental também e estar diretamente ligada à proteção da pessoa humana, do cidadão-consumidor, Guilherme Martins destaca que, em algumas situações a proteção do consumidor tem primazia, sobretudo quando se tratar de consumidor-pessoa física. Tratando-se de consumidor-empresa, a proteção do consumidor atuará como princípio da ordem econômica, e será analisado sob os critérios de ponderação. Mais sobre o tema em: MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional; e *Ibidem*. O Princípio da Vulnerabilidade e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Proteção do Consumidor-empresa. No Capítulo III também será tratado melhor da questão.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. p. 63.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 68.

aos princípios mencionados, também atua como instrumento de proteção do consumidor, pois impedem as empresas e fornecedores de cometerem alguns abusos. Além disso, reza o artigo 170 que a ordem econômica está fundada, além da livre iniciativa, na valorização do trabalho humano, e deve assegurar a todos existência digna. Esse ponto remete necessariamente à proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Sendo assim, é importante ressaltar que o direito, por ser prescritivo, não está afirmando que ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, mas que deve estar, necessariamente, e deve ter por fim assegurar a todos existência digna. Assim, qualquer prática econômica incompatível com a prescrição constitucional, será adversa à ordem constitucional⁹⁰, não podendo ser admitida. A doutrina ressalta que

*não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional.*⁹¹

Não há, portanto, contradição entre suas normas. E, acrescenta que princípios como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a liberdade de associação, o direito de greve, entre outros, devem ser considerados para se discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico.⁹²

O presente trabalho pretende focar-se na análise dos princípios trazidos pelo artigo 170 e na função normativa e reguladora do Estado, na medida em que esta dupla função permite ao Estado atuar no sentido de garantir o cumprimento dos princípios supramencionados. Muito embora os princípios estejam expostos no texto constitucional, o que lhes confere aplicabilidade direta nas relações, é o papel regulador e normativo do Estado. A criação de normas e o olhar atento do Estado para determinados setores ou agentes econômicos é importante para que princípios como a livre concorrência e a proteção do consumidor sejam observados, sem, contudo, desrespeitar o fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa. O Estado Regulador tem, pois, um importante papel no funcionamento da

⁹⁰ Ibidem. p. 195-196. Continuando, o autor ressalta que “desde a compreensão deste aspecto poderão ser construídos novos padrões não somente de controle de constitucionalidade, mas em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade. A amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas”.

⁹¹ Ibidem. p. 193.

⁹² Ibidem. p. 194-195.

ordem econômica tal como ela é disciplinada na Constituição Federal.

Quanto à livre concorrência, o Brasil possui um Sistema de Defesa da Concorrência, disciplinado atualmente pela Lei 12.529/11, que disciplina o funcionamento do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal⁹³, que tem como principal missão zelar pela livre concorrência no mercado, e é responsável por decidir e investigar sobre matéria concorrencial em todo o território nacional, e disseminar a cultura da livre concorrência. Referida lei também disciplina todo o sistema de defesa da concorrência, conforme também será visto adiante. Antes, contudo, cabe algumas considerações sobre o fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa.

A livre iniciativa é garantida a todos os cidadãos, e consiste na liberdade conferida a qualquer um que queira exercer atividade profissional ou comercial. O Ministro Marco Aurélio de Mello, na ADPF 46, da qual foi relator, define bem a idéia da livre iniciativa:

*A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e risco próprios, bem como o direito de cessar tal atividade. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e para colocar os produtos no mercado, o que também implica o respeito ao princípio da livre concorrência. Eis uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.*⁹⁴

Na mesma linha, Eros Roberto Grau ressalta que a livre iniciativa é um desdobramento da liberdade⁹⁵, apresentando alguns aspectos interessantes a seu respeito. Primeiramente, ressalta que a livre iniciativa não se resume a um “princípio básico básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa”, nem pode ser considerada apenas como afirmação do capitalismo, ou entendida como uma liberdade

⁹³ Lei 12.529/11, art. 4º: “O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.” Por suas funções e atribuições, o CADE representa a atividade reguladora do Estado sobre a economia, de forma a atuar contra operações que afrontem os princípios da ordem econômica estabelecidos pela Constituição Federal. O órgão foi criado pela Lei 4.137/62, e foi constituído autarquia pela Lei 8.884/94, que dispunha sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Recentemente esta lei foi revogada quase que integralmente pela Lei 12.529/11.

⁹⁴ ADPF 46, Voto do Ministro Relator, Marco Aurélio de Mello. p. 27. Referida ADPF cuida de pedido para que o STF não aceite que a Constituição de 1988 recepcione a Lei, 6.538/78, que estabelece o monopólio da União sobre os serviços postais. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Não cabe aqui trazer todo o conteúdo da Ação, mas algumas considerações sobre a livre iniciativa.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. p. 202. O autor descreve a liberdade como sensibilidade, o saber de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e comportamento, e acessibilidade, o ter acesso a tais possibilidades.

absoluta de iniciativa econômica⁹⁶.

Em seguida, Eros Grau aponta que a livre iniciativa possui dupla face: liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência. E acopla-se a ela a distinção entre liberdade pública e liberdade privada. À liberdade de comércio e indústria, que pressupõe a não ingerência do Estado no domínio econômico, estão relacionadas: (i) a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado (liberdade pública), e (ii) a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei (liberdade pública). E à liberdade de concorrência estão relacionadas: (i) a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal (liberdade privada), (ii) a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada), e (iii) a neutralidade do Estado em relação ao fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (liberdade pública).⁹⁷

Por fim, o autor considera o fato de que a livre iniciativa é expressão da liberdade não somente da empresa, mas também do trabalho⁹⁸. Tanto é que encontra-se ao lado da valorização do trabalho humano, ambos fundamentos da ordem econômica. Sob este aspecto, significa dizer que a livre iniciativa deve garantir a liberdade de empreender, de produzir algo novo, e também a liberdade de trabalhar na atividade que se deseja, de escolher onde trabalhar, e mais ainda, permitir que todos participem, com o seu trabalho, da construção da riqueza econômica do país.

Por esta razão, a intervenção do Estado na economia deve funcionar de forma a garantir a liberdade dos agentes econômicos e de conciliar o exercício de tal liberdade com a observância dos demais princípios, como a livre concorrência, a proteção do consumidor e todo o rol trazido pelo artigo 170. Além disso, a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, procurando atender o valor supremo da dignidade da pessoa humana, de acordo com o mesmo art. 170, deverá ser exercida em função da existência digna e da justiça social. O comando constitucional trouxe reflexos na disciplina contratual, funcionalizando a liberdade de contratar à promoção da dignidade da pessoa humana⁹⁹.

Como foi mencionado acima, quando da análise dos modelos de Estado liberal e social, a liberdade outrora defendida pelos liberais aos poucos foi permitindo abusos por aqueles que tinham mais força, por serem maiores ou por terem mais dinheiro. A liberdade fez aumentar ainda mais a desigualdade e propiciou um ambiente para cometimento de abusos

⁹⁶ Ibidem. p. 203-204.

⁹⁷ Ibidem. p. 204-205.

⁹⁸ Ibidem. p. 206-207.

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. p. 116.

e injustiças. No campo econômico, não foi diferente. A liberdade conferida aos empresários, industriais e comerciantes deu espaço para abusos. O exercício pleno da livre iniciativa, a liberdade de todos os cidadãos, causou desigualdades.

Na doutrina, Daniel Firmato de Oliveira ressalta que “o resultado foi um processo crescente de estratificação social e de formação de oligopólios e cartéis na economia.”¹⁰⁰. O consumidor deixa de ser “rei” e passa a ser “escravo” do mercado, que o domina e torna-se dono das suas vontades, determinando o que ele deve e o que não deve consumir. Ao invés de o consumo determinar o que se produz, a produção, aliada ao sistema de publicidade e convencimento, cria necessidades para os consumidores, que inocentemente são levados a consumir o que é determinado, o que está na moda, o que é atual. A produção determina o consumo.

Diante do quadro de abusos e do surgimento de um poder dominante capaz de exercer influências e controlar o mercado ao seu bem-querer, foi necessário que a ordem econômica fizesse parte da agenda do Estado. Entretanto, a interferência do Estado não tem o objetivo de retirar a liberdade de atuação dos agentes econômicos, e de qualquer participante da atividade econômica, mas sim de conduzir e até mesmo limitar, ou delimitar, em alguns casos, a liberdade, com a intenção única de impedir que o seu exercício não ultrapasse os limites do exercício da liberdade do outro, seja ele outro agente econômico ou o consumidor. A livre iniciativa constitui fundamento da ordem econômica, devendo, portanto ser respeitada pela atuação estatal. E tanto isso é verdade e reconhecido, que o desrespeito ao princípio da livre iniciativa por parte do Estado gera responsabilidade objetiva e dever de indenizar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹.

¹⁰⁰ GLÓRIA, Daniel Firmato de Oliveira. A livre concorrência como garantia do consumidor. p. 2.

¹⁰¹ “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil do Estado. Setor sucroalcooleiro. Fixação de preços. Princípio da livre iniciativa. Violação. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que fere o princípio da livre iniciativa a fixação de preços em valores abaixo dos reais. 2. No exame do RE nº 632.644/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 10/5/12, reconheceu-se a “responsabilidade objetiva da União em face do ato estatal que fixou os preços dos produtos sucroalcooleiros em valores inferiores ao levantamento de custos realizados pela Fundação Getúlio Vargas”. 3. Agravo regimental não provido.” (AI 777361 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, STF, Data do Julgamento: 26/06/2012)

“EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). [...] 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que “a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes

É no ambiente apresentado, de atuação do Estado visando coibir abusos, sem contudo atuar de forma abusiva, desrespeitando a liberdade, que há espaço para o papel regulador do Estado¹⁰². E o que interessa especialmente para o presente trabalho no tocante à atividade reguladora do Estado, é a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei 12.529/11, já mencionada acima, que traz normas que disciplinam a atuação do Estado, através do CADE, no combate a práticas abusivas por empresas e agentes econômicos contrárias ao princípio da livre concorrência. A lei dispõe em seu artigo 1º: “*Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*” (grifo nosso). Isto significa dizer que ela trata a defesa da concorrência de forma coerente com a ideologia constitucional, apresentada no artigo 170 da Carta Maior, pois determina que a repressão contra a ordem econômica observará os mesmos princípios.

O princípio da livre concorrência existe com o objetivo de proteger o mercado como um todo e o consumidor, em especial, pois impede que algumas empresas cometam atos predatórios contra outras, que geralmente são menores e mais vulneráveis, zelando pela manutenção da diversidade de produtos e preços, fator que beneficia o consumidor, pois lhe permite escolher os produtos e preços que melhor lhe pareçam. A livre concorrência significa liberdade de concorrência, que se desdobra em liberdades privadas e públicas, conforme visto acima¹⁰³.

A defesa da concorrência encontra ainda sua importância pelo fato de constituir meio de diminuir a vulnerabilidade do consumidor, ou impedir o seu agravamento diante dos poderosos agentes econômicos. A vulnerabilidade do consumidor se agrava ainda mais diante de um fornecedor que exerce posição dominante no mercado e impõe condições de

econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006).” (Ag. Reg. no RE 632.644/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STF, Data do Julgamento: 10/04/2012).

¹⁰² Eros Roberto Grau aponta que a regulação do Estado sobre a economia sempre esteve presente, mesmo no período do liberalismo. O autor aponta para o fato de que sempre existiu um poder de polícia, ainda que mínimo, mas que já descaracterizava a total ausência do Estado na atividade econômica. E, ressalta que, “*em sua concreção em regras atinentes à liberdade de iniciativa econômica, o princípio [livre iniciativa], historicamente, [...], jamais foi consignado em termos absolutos.*” De qualquer forma, para o presente trabalho, é importante notar que, com a passagem do modelo liberal para o modelo social, essa intervenção aumentou e passou a ser mais forte. Para mais detalhes sobre o tema, ver GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 200-210.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 211.

funcionamento. De acordo com Daniel Firmato de Almeida Glória, “*o consumidor tem sua vulnerabilidade econômica ressaltada quando há a eliminação da concorrência, o abuso da posição dominante, [...]*.”¹⁰⁴. Por esta razão, a proteção do consumidor é princípio básico do direito da concorrência¹⁰⁵, o que torna relevante estudar os princípios em conjunto, como é proposto pelo presente trabalho. Neste sentido, a Lei de Defesa da Concorrência combate as práticas abusivas, por parte dos seus destinatários, que são as pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade econômica, classificando tais práticas como infrações à ordem econômica¹⁰⁶.

Ao lado do Sistema de Defesa da Concorrência, que atua também na proteção do consumidor, o ordenamento brasileiro possui o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), lei que visa proteger o consumidor, parte vulnerável nas relações de consumo, de abusos dos fornecedores, e limita em certo aspecto o exercício da liberdade das empresas, que passam a ter que observar determinados padrões de conduta. Essa limitação, entretanto, não fere a livre iniciativa, que, como visto acima, não significa liberdade absoluta. É uma liberdade que deve ser informada pelos demais princípios e pela consideração dos interesses dos envolvidos. Não por acaso, é possível encontrar vários pontos de intersecção entre a lei de proteção do consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência, que serão analisados com mais detalhes no Capítulo III.

Pelo exposto acima, foi visto que os princípios da ordem econômica têm a função tanto de garantir a liberdade dos agentes econômicos, desde que exercida dentro dos limites que não ofendam a liberdade dos demais, quanto de proteger os consumidores, parte mais fraca, considerada vulnerável na relação de consumo. De acordo com o mesmo autor, “*Na atualidade, é o direito do consumidor ao lado das normas de defesa da livre concorrência, um dos grande balizadores legais do Mercado.*”¹⁰⁷. A seguir o presente trabalho apresenta uma análise da disciplina atual do Direito do Consumidor, baseado no Código de Defesa do Consumidor, que molda o Direito do Consumidor pátrio atual.

¹⁰⁴ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Direito do Consumidor e Direito da Concorrência. p. 194.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 179.

¹⁰⁶ Lei 12.529/11, Artigos 31 e 36.

¹⁰⁷ Id. A livre concorrência como garantia do consumidor. p. 2.

1.3.2. Perspectiva Atual do Direito do Consumidor

Como visto acima, a Constituição de 1988 marcou o início de uma era importante para o Direito pátrio. Ela marca o retorno da democracia e introduz valores e princípios visando a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais. Após a sua promulgação, o ordenamento jurídico brasileiro aos poucos foi adquirindo um caráter mais intervencionista e mais protecionista em relação a alguns grupos sociais, como reflexo do Estado Social, e da sua crise, que ressalta também outro aspecto que é o Estado Regulador, abordado anteriormente.

Outro aspecto foi o surgimento de leis que protegem determinados grupos, considerados vulneráveis ou hipossuficientes, como é o caso dos consumidores. Ao analisar a Constituição de 1988, foi possível perceber que a proteção do consumidor já aparece como um capítulo importante dos direitos fundamentais e também da ordem econômica, como princípio da ordem econômica, princípio constitucional. A partir daí, torna-se necessária uma proteção mais efetiva dessa classe. Foi então que em 1990, foi promulgada a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em obediência à determinação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e como forma de concretização do princípio de proteção ao consumidor.

Assim, como no Brasil, a proteção do consumidor, de forma geral, em outros países é fato recente. O próprio direito do consumidor, como área do Direito, é algo novo em sua evolução. Embora o consumo em massa e o mercado consumidor tenham começado a se desenvolver a partir da Revolução Industrial, foi no Séc. XX que passou a ocupar a agenda dos governantes e as primeiras legislações a respeito foram surgindo ao redor do mundo. A noção de consumidor não conhece precedente no Direito. De acordo com Fabio Konder Comparato, a proteção do consumidor é estranha até mesmo à teoria econômica clássica¹⁰⁸. Em 1961, na Inglaterra, surgiu o *Consumer Protection Act*. Em 1962, o Presidente Kennedy, dos Estados Unidos, declarou que os consumidores têm quatro direitos fundamentais: segurança, informação, escolha, e o direito de ser ouvido ou consultado. Depois, países como Espanha e Portugal também introduziram em suas Constituições normas de proteção do consumidor, em 1978 e 1982, respectivamente, e no caso de Portugal, em 1989, em revisão

¹⁰⁸ COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo de direito econômico. p. 173.

constitucional, o dispositivo foi suprimido¹⁰⁹.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro optou por criar um sistema de proteção consumidor, sujeito de direitos. Não é um Código do Consumo, com foco na relação de consumo ou nos contratos de consumo. Seu foco é o sujeito de direitos, o consumidor, e as normas contidas nele visam a proteção deste sujeito de direitos, em primeiro lugar. É um Código de Defesa (proteção) do Consumidor¹¹⁰, tanto assim é que concede ao consumidor direitos subjetivos básicos, previstos no artigo 6º, dentre os quais merecem destaque: o direito à vida, à saúde e a segurança, previstos no inciso I; o direito à informação, previsto no inciso III; e a facilitação da defesa dos seus direitos, com a inversão do ônus da prova, previsto no inciso VIII, decorrente da situação de hipossuficiência do consumidor.

Neste ponto, é importante compreender quem é o consumidor, a quem se refere todo este aparato de proteção do consumidor. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor define consumidor em seu art. 2º: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. A definição trazida pela lei permite que se desconstruam idéias e conceitos errados de que são os consumidores. Cláudia Lima Marques aponta para o fato de que comumente pensa-se em consumidor como o não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional¹¹¹. Esta idéia é verdadeira em muitos casos, mas não é a única forma de configuração do consumidor. Merecem atenção as expressões “*pessoa física ou jurídica*” e “*destinatário final*”. As expressões apontam que o consumidor é aquele que adquire o bem ou serviço para utilizá-lo, colocando fim na cadeia de produção. Claudia Lima Marques ressalta que o destinatário final deve ser fático, pois retira o bem da cadeia de produção, mas também econômico, o que significa que o bem não pode ser adquirido para revenda nem para uso profissional, pois tais condutas fazem do bem um instrumento de produção, descaracterizando a sua destinação final¹¹².

Há na doutrina, atualmente, três teorias que procuram definir quem pode ser considerado consumidor, para fins de proteção da lei consumerista. Existe a teoria finalista, a teoria maximalista e a teoria finalista aprofundada. Pela teoria finalista, mais restrita, é consumidor todo aquele que for destinatário final do produto ou serviço adquirido, quando o faz para uso próprio ou de sua família¹¹³. Exclui-se o profissional, visando resguardar a figura

¹⁰⁹ Id. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. p. 66-67.

¹¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 65-66.

¹¹¹ Ibidem. p. 105.

¹¹² Ibidem. p. 105.

¹¹³ Os adeptos dessa corrente sustentam que o objetivo da lei é proteger um grupo considerado vulnerável, e temem que o a aplicação indiscriminada possa comprometer o nível de proteção deste grupo. A interpretação

do consumidor como a parte realmente mais fraca e vulnerável da relação e evitar dificuldades em se identificar se uma relação entre profissionais é de consumo ou uma simples relação comercial. A teoria, contudo, já foi flexibilizada, e atualmente reconhece a vulnerabilidade de pequenas empresas ou profissionais que adquirem produtos ou serviços fora da sua especialidade, considerando-os como consumidores¹¹⁴.

Já a teoria maximalista adota uma visão mais ampla e objetiva da proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. Para os maximalistas não importa se o consumidor tem objetivo de lucro ou não, admitindo que uma mesma pessoa possa atuar ora como consumidor, ora como fornecedor nas relações de consumo. O destinatário final seria apenas o destinatário fático, aquele que retira o produto do mercado e o consome, ainda que em uma atividade empresária. São consumidores tanto a mãe que faz a compra de alimentos para sua família, como o advogado que compra uma impressora para o seu escritório, e uma empresa que compra carros para transporte de seus funcionários.

A terceira teoria, identificada por Cláudia Lima Marques, chamada de Teoria Finalista Aprofundada¹¹⁵, baseia-se nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que adota a teoria finalista, mas admite o seu abrandamento para aplicar o conceito de consumidor a algumas sociedades empresárias e estabelecer a relação de consumo, quando verificada a vulnerabilidade de tais sociedades¹¹⁶. Cláudia Lima Marques ressalta que esta interpretação aplica-se aos casos em que *“se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.”*¹¹⁷ Importante notar que o ponto chave desta teoria reside na constatação da vulnerabilidade do consumidor pessoa

mais restritiva era adotada mais frequentemente. MARTINS, Guilherme. O princípio da vulnerabilidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na proteção do consumidor-empresa. p. 107 e 110.

¹¹⁴ Ibidem. p. 106.

¹¹⁵ Ibidem. p. 107.

¹¹⁶ Sobre o tema, veja os seguintes julgados do STJ: *“ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. ANEEL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. [...] Esta Corte adota a teoria finalista para o conceito de consumidor, com o abrandamento desta teoria na medida em que admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Precedentes. [...]”* (REsp 1190139/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2, D.J. 06/12/11, D.P. 13/12/11). Ainda, *“[...] 3. Embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades empresárias em que fique evidenciada a relação de consumo. 4. Afastada a aplicação do CDC, visto que não ficou caracterizada a superioridade técnica, jurídica, fática ou econômica da instituição financeira, a revelar a excepcionalidade do caso a fim de abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor. [...]”* (REsp 1196951/PI, Min. Luiz Felipe Salomão, T4, D.J. 14/02/2012, D.P. 09/04/2012.). Neste último, apesar de não reconhecida a relação, fica evidenciada o posicionamento majoritário do STJ sobre a questão.

¹¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 107.

jurídica, e considerá-la como tal, por não possuir conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo. Guilherme Magalhães Martins também ressalta o aspecto da vulnerabilidade. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deve ser requisito para aplicar a legislação consumerista às situações concretas envolvendo pessoas jurídicas¹¹⁸.

Fechando a idéia de consumidor, o parágrafo único do artigo 2º do Código equipara a consumidor “*a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”. Tal equiparação objetiva proteger pessoas que, não sendo consumidores diretamente num relação, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores, ao assumirem uma posição de vulnerabilidade em relação a eles. É o caso da criança que ingere produto adquirido por seus pais e passa mal. São chamados também de consumidores indiretos, e, nestes casos, gozam de todo o aparato protetor do Código de Defesa do Consumidor.

Dada a sua definição, o consumidor é considerado pela legislação consumerista de modo geral, e especificamente pelo Código de Defesa do Consumidor, como parte economicamente mais fraca na relação de consumo, como vulnerável, e alguns casos, hipossuficiente. Nem sempre o vulnerável é hipossuficiente. A vulnerabilidade é uma característica de todos os consumidores, reconhecida como princípio basilar¹¹⁹ da Política Nacional de de Relações de Consumo, no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Pressupõe-se que todos os consumidores são vulneráveis, já que todos os que consomem quaisquer tipos de produtos ou serviços estão sujeitos a sofrer danos advindos de tais produtos ou serviços, e não possuem conhecimentos técnicos suficientes sobre o que adquirem. Já a hipossuficiência não é uma característica de todos dos consumidores. Como a hipossuficiência está ligada às condições que uma pessoa física ou jurídica tem de comprovar suas alegações em juízo e de se defender adequadamente, por carecer de recursos para tanto, nem todos os consumidores se enquadram nesta característica. É hipossuficiente o consumidor que não tem condições nem recursos adequados para defender seus direitos em juízo¹²⁰. Constatada a hipossuficiência, o Código de Defesa do Consumidor garante a

¹¹⁸ MARTINS, Guilherme. O princípio da vulnerabilidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na proteção do consumidor-empresa. p. 111.

¹¹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. p. 6.

¹²⁰ “*Enquanto a hipossuficiência é reservada a aspectos processuais, de acordo com a capacidade do consumidor de realizar a prova do seu direito, a vulnerabilidade está ligada ao direito material, à fragilidade do consumidor no momento da contratação, seus aspectos e capacidades de compreensão dos produtos e serviços que está adquirindo ou utilizando.*” PERES, Fabiana Prietos. Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul. p. 138.

facilitação da defesa dos seus direitos, com a inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, inciso VIII. A vulnerabilidade e hipossuficiência podem levar alguns a entenderem que somente os não profissionais se enquadram no perfil do consumidor. No entanto, admite-se que o profissional também pode se encontrar em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência, sendo meceredor da proteção do Código de Defesa do Consumidor contra o desequilíbrio¹²¹.

Entendida a definição e alcance da idéia de consumidor, cabe também apresentar aqui quem é o fornecedor, contra quem a lei protege o consumidor. O art. 3 do Código de Defesa do Consumidor define fornecedor como toda pessoa física ou jurídica que oferece um produto ou serviço ao consumidor. Pela redação do artigo, o fornecedor é quem produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou comercializa produtos (qualquer bem) ou presta serviços (qualquer atividade fornecida mediante remuneração)¹²². De acordo com Claudia Lima Marques, no caso de fornecimento de produtos, fica claro que trata-se de atividades profissionais, excluindo-se da sua aplicação contratos entre pessoas físicas não profissionais. Para a prestação de serviços, não há especificação clara sobre a situação do fornecedor, se profissional ou não profissional, desde que a atividade seja habitual¹²³.

Deve-se compreender e delimitar com cuidado e maior precisão possível quem são os fornecedores, dentre outras razões, para fins de responsabilidade. O Código de Defesa do Consumidor atribui responsabilidade aos fornecedores, e à cadeia de fornecimento como um todo, quando o produto ou serviço depender de um grande número de atores para chegar ao consumidor. A lei divide a responsabilidade por fato e por vício¹²⁴ dos produtos ou serviços oferecidos. Nos artigos 12 a 14, ela trata da responsabilidade por fato do produto ou serviço, determinando, nos dois casos que a responsabilidade é objetiva, com exceção do serviço

¹²¹ Ibidem. p. 108.

¹²² Código de Defesa do Consumidor: Art. 3º Fornecedor é 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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹²³ MARQUES, Claudia Lima. Op. Cit. p. 156.

¹²⁴ O fato do produto ou serviço está ligado a acidente de consumo. Se um produto ou serviço, por alguma razão provoca um acidente de consumo, gerando dano ao consumidor, tem-se a responsabilidade por fato do produto ou serviço. Já o vício do produto ou serviço está ligado ao seu funcionamento adequado. Considera-se vício quando o produto ou serviço, embora não tenha causado nenhum dano ao consumidor, não funciona conforme deveria, não atendendo aquilo para o qual foi proposto.

prestado por profissional liberal, em que a responsabilidade será apurada por culpa (subjetiva), de acordo com o § 4º do art. 14. Nos artigos 18, 19 e 20, atribui responsabilidade objetiva e solidária aos fornecedores de produtos e serviços pelos seus vícios. A responsabilidade solidária alcança toda a cadeia de fornecimento. No art. 7º, § único, também há uma hipótese de responsabilidade solidária, quando descumpridos os direitos do consumidor previstos no artigo 6º. De acordo com Gustavo Tepedino, a sistemática de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor “*supera os confins tradicionais entre a responsabilidade contratual e extracontratual. O dever de reparação é atribuído a todos os participantes do processo de fabricação e distribuição dos produtos, a prescindir de vínculo contratual entre estes e a vítima.*”¹²⁵.

Além da importante conceituação e delimitação das noções de consumidor e fornecedor, o Código de Defesa de Consumidor consagra e defende a função social do contrato e a boa-fé contratual, e combate as cláusulas abusivas, tudo em prol do equilíbrio contratual e da relação de consumo. Este ponto é importante para a análise proposta neste trabalho, pois a harmonização entre a proteção do consumidor e os princípios da ordem econômica será alcançada através do equilíbrio das relações entre os agentes e os consumidores, ponto que será abordado com mais detalhes no Capítulo III.

A função social do contrato subordina a manifestação de vontade nele estampada ao interesse social do pacto, devendo ser preservada, principalmente, quando existe enorme desigualdade entre as partes. Atua como temperamento, retirando o caráter inflexível do “*pacta sunt servanda*”. Assim, a vontade dos contratantes é considerada desde que não seja prejudicial ao interesse social, e nem seja contrária à boa-fé objetiva, nem à segurança, e nem mesmo a normas que disciplinem tais relações. A boa-fé objetiva, por sua vez, trata-se de um princípio que sinaliza às partes um tipo de conduta pelo qual os contratantes devem agir de modo que suas ações sempre sejam no sentido de não prejudicar a outra parte, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas e seus direitos, agindo com lealdade e sem abusos. Deve ser a base para o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, e para a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da sua proteção com a necessidade de desenvolvimento econômico, conforme inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: O papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário, p. 45.

O princípio da boa-fé objetiva leva à observância de outro princípio, o da equidade contratual, que indica a necessidade de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos. Por esta razão, há no Código de Defesa do Consumidor normas que proíbem a utilização de cláusulas abusivas (artigo 51), definidas como aquelas que atribuem vantagem unilateral ou exagerada aos fornecedores¹²⁶.

Cumprir mencionar que, atualmente, existem projetos de Lei que alteram o vigente Código de Defesa do Consumidor. Recentemente, três projetos foram recebidos pelo Senado, em forma de anteprojeto, que foram assinados pelo Presidente do Senado, José Sarney. Os projetos pretendem alterar o atual Código de Defesa do Consumidor em três áreas: (i) comércio eletrônico e parte geral, (ii) crédito e prevenção ao superendividamento do consumidor, demonstrando a necessidade de conferir atenção à vulnerabilidade de novos consumidores que se inserem no mercado brasileiro, assim como vários modelos de negócio, e (iii) aperfeiçoamento das ações coletivas, facilitando de forma educativa um procedimento especial para as ações coletivas¹²⁷.

Diante do exposto até aqui, é importante ressaltar que, no âmbito da atividade econômica, a proteção do consumidor aparece como princípio de funcionamento da economia, assim como os demais princípios trazidos no art. 170 da Constituição¹²⁸. Por esta razão, todo o aparato doutrinário, jurisprudencial e organizacional de proteção ao consumidor é demasiadamente importante, mas não coloca a proteção do consumidor acima dos direitos

¹²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 202-203.

¹²⁷ Uma comissão de juristas foi criada em dezembro de 2010, com mandato renovado até dezembro de 2012, para elaborar as propostas de atualização do Código de Defesa do Consumidor. Procurou-se ouvir todos os segmentos representativos atuantes no direito e na defesa do consumidor, dos fornecedores e demais envolvidos na relação de consumo. Após os trabalhos, as propostas foram fechadas e submetidas a amplo debate público por intermédio de audiências públicas pelo Brasil. As versões finais foram entregues ao Presidente do Senado em 14/03/2012, e já foram lidas e assinadas pelo Senado. De acordo com Cláudia Lima Marques, relatora-geral da comissão, ressalta que foi definido que não seria feita uma reforma integral do texto para não permitir um retrocesso no nível já alcançado de proteção dos consumidores. “[...] *uma lei que mudou o Mercado brasileiro, [...] representando um suma um grande avanço para o Brasil*”. A relatora ainda ressalta três dimensões que orientam as reformas do CDC: a dimensão constitucional, que importa no estrito alinhamento com a diretriz constitucional-protetiva do CDC, a dimensão inclusiva, que orienta pelo paradigma do acesso a bens, e a dimensão de efetividade e confiança no microsistema, que orienta-se pelo princípio da efetividade do direito do consumidor. MARQUES, Claudia Lima. Anteprojeto de Lei de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. p. 331-334. Disponível também em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-03/projetos-lei-atualizacao-cdc-comecam-tramitar-senado> acessado em 04/10/2012. Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor já foi alvo de inúmeros projetos de alteração do seu texto, mas sofreu apenas 10 (dez) alterações, desde a sua entrada em vigor.

¹²⁸ Guilherme Martins aponta que, no caso de consumidor pessoa jurídica, comprovada sua vulnerabilidade, a proteção do consumidor incide como princípio da ordem econômica. Tratando-se de consumidor pessoa física, a defesa do consumidor é direito fundamental positivado no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional; e *Ibidem*. O Princípio da Vulnerabilidade e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Proteção do Consumidor-empresa. No Capítulo III também será tratado melhor da questão.

da empresas, e dos princípios que as protegem, principalmente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Da mesma forma, a proteção da empresa não pode se sobrepor à proteção do consumidor, uma vez que o atendimento do consumidor deve ser o principal fim da atividade econômica. Vale aqui também mencionar o art. art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que traz como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

A proteção do consumidor deve ser compatível com o desenvolvimento econômico. Deve-se lembrar que o consumidor é vulnerável e parte mais fraca na relação, para que sua proteção também não seja deficiente. A máxima é a busca pelo equilíbrio contratual. Como ensina Claudia Lima Marques¹²⁹:

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas, e a boa-fé das partes contratantes. [...] O espaço reservado para que os particulares autoregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, não se pode esquecer do que já dizia Adam Smith: que o objetivo natural de todo sistema econômico é o de servir os consumidores e não os produtores¹³⁰. Diante disto, é importante que se considerem critérios de ponderação e equilíbrio nas relações de consumo, e nas relações econômicas de forma geral, permitindo que todos os envolvidos sejam respeitados e os direitos sejam promovidos sem qualquer prejuízo para quem quer que seja. Vale frisar novamente que o terceiro capítulo cuidará mais detidamente desta questão.

Por todo o exposto, não se pode nem pensar em negligenciar de forma alguma a proteção do consumidor no Brasil. Além de toda a importância conferida ao consumidor pela legislação, e principalmente pela Constituição Federal, o consumidor atualmente é peça

¹²⁹ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 175-176.

¹³⁰ SMITH, Adam. A riqueza das nações – Investigação sobre sua Natureza e suas Causas, Vol. 2. p. 146. Adam Smith ressalta que, embora o princípio fosse tão óbvio, no sistema mercantil, o interesse do consumidor era quase sempre sacrificado, e a produção, e não o consumo, era considerada como o principal fim da atividade econômica.

fundamental para o crescimento do país. Apesar de todos problemas e desigualdades que o país ainda vive, o mercado consumidor do Brasil é grande e continua crescendo. São milhões de pessoas que consomem, e cada vez querem mais. O consumidor, querendo e podendo consumir mais, torna-se mais exigente com a qualidade dos produtos e o atendimento que recebe. Portanto, o tema do trabalho torna-se ainda mais relevante para a realidade brasileira.

O capítulo seguinte pretende explorar a disciplina da ordem econômica e dos direitos do consumidor da América Latina e no Mercosul, com o objetivo de verificar e comparar o tratamento da matéria em países vizinhos, e a partir dessa análise, encontrar algumas propostas e soluções para a compatibilização e harmonização de tais interesses também no âmbito internacional, já que tanto consumidores como agentes da ordem econômica atualmente não estão limitados a atuar somente no mercado interno.

CAPÍTULO II. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DO MERCOSUL

Após a análise realizada no capítulo primeiro no tocante à disciplina da ordem econômica e dos direitos do consumidor nas Constituições Brasileiras sob uma perspectiva histórica, optou-se por fazer estudo semelhante sobre a disciplina dos mesmos interesses no âmbito internacional, mais precisamente no âmbito do Mercosul, Bloco Econômico do qual o Brasil participa, e portanto, afeta diretamente a sua realidade. O ponto que merece maior atenção aqui é a disciplina e proteção dos direitos do consumidor, em um ambiente de livre comércio, no qual, em tese, é dado aos produtores e importadores um espaço amplo de liberdades.

Ora, a dinâmica da economia em níveis internacionais, que superam as fronteiras dos países, impõe algumas limitações à capacidade dos países de controlar o funcionamento da ordem econômica interna, impossibilitando que cada Estado controle e regule com tranquilidade os setores econômicos, e garanta a observância dos princípios estabelecidos. Por esta razão, pode ser interessante a tentativa de uma organização e regulação, de acordo com princípios que sejam observados por todos, que tenham alcance regional ou internacional.

Além disso, os consumidores não adquirem produtos e serviços somente dentro dos seus países. Devido às facilidades, as pessoas viajam mais e adquirem produtos fora de seus territórios nacionais, além de adquirirem produtos de outros países através da internet. Tais relações devem ser protegidas. Por conseguinte, nos dias atuais, em que as relações ultrapassam fronteiras, não se pode conceber a proteção do consumidor nem o funcionamento dos mercados considerando apenas os territórios nacionais e suas próprias normas de proteção. É necessário que as normas que protegem e regulam tais relações também tenham o mesmo alcance, o que já está acontecendo. Uma análise das normas nacionais, regionais e internacionais sobre o tema é importante.

Ademais, a Constituição Federal, no Art. 4º, § único, estabelece que o Brasil deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina. O Mercosul faz parte desta missão de integração com a qual o Brasil se comprometeu em seu texto constitucional. Como norma constitucional, a integração faz parte dos objetivos do Estado brasileiro. E para que ela seja viável, do ponto de vista econômico, deve haver integração das normas que dizem respeito à questão econômica.

Sendo assim, a análise proposta no presente capítulo pretende dar uma visão do que existe atualmente no âmbito no Mercosul em termos de proteção do consumidor e ordem econômica, e também em relação às legislações de cada país-membro do Bloco, para que se possa verificar além das fronteiras nacionais, as possibilidades de compatibilização e harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores.

O Capítulo inicia trazendo um breve histórico do Mercosul, como e porque foi idealizado, como funciona atualmente e quais os países que dele participam. Para tanto, faz uma breve análise também do cenário mundial em que ele foi idealizado, a questão da globalização, do aumento dos mercados e da necessidade dos países se unirem para propiciar mais crescimento e desenvolvimento interno e para as regiões em que se localizam. Em seguida, traz uma análise da disciplina do consumidor em cada país-membro, visando verificar quais os caminhos e tendências para a harmonização legislativa no âmbito do Mercosul em relação à proteção do consumidor, e seus impactos no princípio da livre concorrência¹³¹ no âmbito do Bloco Econômico.

É importante esclarecer que não há a pretensão de realizar um estudo de Direito Comparado, cujo objetivo envolve o cotejo entre sistemas jurídicos, buscando identificar diferenças e semelhanças, tendo em vista o aprimoramento dos sistemas¹³². É certo que o seu estudo é relevante no contexto da Globalização¹³³. No entanto, o direito comparado requer um aprofundamento maior de fatores históricos, geográficos, políticos, sociais e até mesmo jurídicos¹³⁴, que, por ora, não são pretensões do presente trabalho. A proposta aqui é apenas apontar a disciplina do direito do consumidor nos países do Mercosul e ressaltar os pontos importantes no tocante à normativa de cada Estado, para que se possa traçar um perfil interno de proteção do consumidor no Mercosul.

¹³¹ Importante aqui salientar que a proteção do consumidor é direito fundamental, previsto do art. 5º, inciso XXXII, e princípio da ordem econômica, ao lado da livre concorrência, conforme art. 170, IV e V, da CF.

¹³² TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Papel do Direito Comparado na Globalização. p. 151. O direito comparado também concorre para a identificação dos traços peculiares de cada sistema, que devem ser preservados, e que sinalizam a viabilidade ou não de processos de transplantes de conceitos, institutos e normas de um sistema para outro. p. 154. Mais sobre Direito Comparado, veja em ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado - Elementos de Introdução Geral ao Estudo Comparado dos Direitos.

¹³³ “Vale registrar que muitas das funções atribuídas a esta cadeira [direito comparado] [...], estão sendo exercitadas, na atualidade, em toda a sua plenitude, estimuladas, precisamente, pelo processo em curso, da globalização.” Ibidem. Op. Cit. p. 152.

¹³⁴ É necessário um aprofundamento no próprio ordenamento jurídico de cada Estado, em suas Constituições, já que a autora mencionada fala em sistemas jurídicos, para que se possa estudar o direito comparado de forma satisfatória. TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Papel do Direito Comparado na Globalização. p. 151.

2.1. Breve Histórico do Mercosul

Antes de analisar o Mercosul propriamente, como ele foi criado, e qual a sua realidade atual, é importante entender o contexto mundial atual em termos de mercado, comércio e consumo, influenciados pela Globalização, e posicionar o Bloco, sua criação e desenvolvimento neste contexto.

2.1.1. Globalização, Economia e Consumo

A realidade mundial atual começou a ser moldada especificamente a partir do Séc. XIX, que foi marcado por profundas transformações sociais e econômicas. A Revolução Industrial mudou o modo de produção de diversos bens, provocando um incremento da produção, pois foi possível produzir maior quantidade em menor tempo, e aumentou o número de bens e produtos oferecidos. A evolução tecnológica melhorou a qualidade dos meios de comunicação, e a internet conecta pessoas de todos os lugares do mundo, o que antes era impensável. Os meios de transportes também ficaram mais velozes e eficientes. As distâncias diminuíram consideravelmente. O aumento da produção fez surgir a sociedade de massa¹³⁵, e uma classe que não existia anteriormente, a classe dos consumidores. Todos esses incrementos permitiram mais intercâmbio de mercadorias e de negócios e intensificou as relações internacionais, contribuindo também para que as idéias liberais fossem propagadas e amplamente aceitas, como mencionado no Capítulo I.

Até a Primeira Guerra, as trocas entre os países eram bilaterais, não havia restrição em relação à circulação de capitais e mercadorias. Dominava a idéia do liberalismo econômico, como visto acima. As relações internacionais sofreram mudanças em sua forma após as Guerras, momento em que surge um maior protecionismo nas relações internacionais¹³⁶, fruto das idéias sociais. Uma das razões para essas mudanças reside no fato de que as Guerras foram em parte responsáveis pelo colapso econômico que o mundo passou no período entre-guerras, que fez com que o ritmo de crescimento e movimento que a

¹³⁵ Ver GOMES, Orlando. A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor. p. 52. (Vide nota 3)

¹³⁶ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 27-28.

economia vinha demonstrando desde o século anterior fosse interrompido. A Grande Depressão¹³⁷, como também é chamado esse período, provocou o fim do liberalismo econômico e forçou os governos a se preocuparem mais com as questões sociais em detrimento das econômicas¹³⁸. O Estado liberal dava espaço para o Estado social.

Após a Primeira Guerra, ainda houve uma tentativa de reação, impedida pela Crise de 1929, e em seguida, pela Segunda Guerra. Assim, o crescimento econômico global somente foi retomado após 1945, com o final da Guerra e a Europa devastada em muitos aspectos. O cenário mundial era de crise e incertezas. No entanto, aos poucos o mundo foi se recuperando dos efeitos devastadores da Guerra. As economias européias e asiáticas, principalmente do Japão, e também do mundo socialista, liderado pela URSS, começaram a se recuperar e os anos seguintes foram marcados por um forte crescimento econômico e industrial. O aquecimento da economia, o incremento significativo da produção mundial intensificou o consumo e aumentou as trocas entre os países, e estabeleceu-se a classe consumidora e as relações de consumo.

A globalização também contribuiu para a configuração deste cenário mundial que favoreceu o crescimento do consumo e o surgimento de blocos econômicos regionais, que visam promover o desenvolvimento dos países próximos geograficamente. Com a globalização, emergiu a chamada sociedade global, e as sociedades nacionais se modificaram substancialmente¹³⁹ em termos sociais, econômicos, políticos e culturais, e também desenvolveram relações e processos internacionais, globais¹⁴⁰. Desse modo, não se pode mais pensar nos Estados isoladamente, mas sempre inseridos no contexto global. Neste sentido, a globalização caracteriza-se pela maior intensidade do fluxo e das trocas interfronteiras e pelo debilitamento do grau de territorialidade das atividades econômicas.

Deve-se, contudo, ressaltar que André-Jean Arnauld alerta para o fato de que, embora a globalização possua um forte aspecto econômico, a este não se restringe. Trata-se de um processo social, econômico, cultural e demográfico. Nas palavras do autor, a

¹³⁷ Grande Depressão é o termo utilizado para identificar a crise econômica que o mundo enfrentou no período entre-guerras, causado também pelo Crack da Bolsa de Nova Iorque em 1929. Para um melhor aprofundamento, veja-se HOBBSAWN, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. O autor mostra as perspectivas pelas quais se pode entender o Colapso ocorrido no período e também a mudança de comportamento dos Estados após o *crash*. “[...] em meados da década de 1930 havia poucos Estados cuja política não houvesse mudado substancialmente em relação ao que era antes do crash.” p. 108.

¹³⁸ HOBBSAWN, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. p. 99.

¹³⁹ Para André-Jean Arnauld, os estados até então soberanos tornam-se incapazes de controlar suas economias e suas moedas. O processo de globalização parece colocar em questão a ordem mundial que salvaguardava o entendimento entre estados soberanos. ARNAULD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. p. 1 e 8.

¹⁴⁰ IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. p. 107.

““Globalização” nos remete ao processo social, econômico, cultural, e demográfico que se instala no coração das nações e as transcende ao mesmo tempo, de tal forma que uma atenção limitada aos processos locais, às identidades locais, às unidades de análise locais, torna incompleta a compreensão do local.”, além de estar inserida na tendência generalizada de proteção dos direitos humanos¹⁴¹. Octávio Ianni aponta ainda para as profundas transformações que a globalização causa no indivíduo, em meio às transformações do Estado, que deixa de ser cidadão apenas do seu próprio país e passa a ser cidadão do mundo. No entanto, e paradoxalmente, a cidadania vigente neste contexto é a da mercadoria. Os princípios da liberdade, igualdade e propriedade operam em termos econômicos¹⁴².

Na verdade, a globalização ajuda no estabelecimento do império das trocas e do consumo e insere o indivíduo neste contexto internacional. Entretanto, ela traz consequências: os processos de interconexão econômica, política, legal e militar se modificam e se sobrepõem à soberania dos Estados, e os processos de decisão decorrentes dessas interconexões alteram a dinâmica da política interna dos Estados¹⁴³, o que acarreta a perda de alguns atributos de soberania nacional, como a redução da autonomia para determinados assuntos, como questões ambientais e de regulação econômica. André-Jean Arnauld ressalta que os Estados estão perdendo elementos da sua soberania em proveito de instâncias superiores e inferiores¹⁴⁴. O Estado reduz seu poder de efetivamente subordinar os fatores sociais e econômicos, pois alcançam níveis internacionais. Assim, ele se torna de certa forma impotente diante de algumas situações¹⁴⁵. A globalização também interfere na economia interna e externa dos países, pois acrescenta novas variáveis e situações que devem ser consideradas pelos governos nacionais e pelas empresas, nacionais e multinacionais, nas tomadas de decisão¹⁴⁶.

¹⁴¹ Neste ponto é importante salientar que, embora a globalização tenha um forte vies econômico, a este não se restringe. André-Jean Arnauld que a globalização deve preencher algumas condições: (i) mudança nos modelos de produção, (ii) desenvolvimento de mercados de capitais ligados fora do âmbito das nações, (iii) a importância dos acordos entre nações que formam blocos econômicos, (iv) a redução do papel do Estado, (v) a hegemonia dos conceitos neo-liberais, (vi) tendência generalizada à democratização e proteção dos direitos humanos, e (vii) o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e proteção aos direitos humanos. Ele conclui que, ultrapassando o âmbito das matérias econômicas e financeiras, o termo global impõe-se numa acepção paradigmática. ARNAULD, André-Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização. p. 12-16.

¹⁴² IANNI, Octavio. A Sociedade Global. p. 108.

¹⁴³ Ibidem. Op. Cit. p. 110-111.

¹⁴⁴ ARNAULD, André-Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização. p. 25. Entretanto, o autor ressalta que, mesmo diante de tais mudanças, o Estado está longe de agonizar. “Será preciso contar com ele para assegurar muitas responsabilidades que as instâncias pertencentes ao “global” não querem assumir [...]” Como exemplo, ele cita a seguridade social e os serviços públicos, que tem por vocação não serem economicamente rentáveis.

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. p. 58.

¹⁴⁶ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 31-32.

Consequentemente, a Globalização contribuiu para a expansão dos mercados e trouxe à tona a necessidade de regulação da economia no âmbito internacional. O avanço das trocas internacionais é um dos indicadores visíveis do processo de globalização. A economia internacional passou a ser relevante e o próprio crescimento da economia dos países tornou-se dependente da economia mundial. Fala-se, então em ordem econômica internacional, que tem por fim estabelecer um conjunto de normas que disciplinam a cooperação entre os países para intensificar o comércio exterior e universalizar os direitos socio-econômicos. Deve-se, contudo, levar em conta a diversidade dos ordenamentos internacionais e das realidades internas de cada Estado¹⁴⁷. A tendência é que a globalização seja acompanhada de maneira cada vez mais intensa pela integração regional, como já tem se mostrado na Europa com a União Européia e na América do Sul, com o Mercosul¹⁴⁸.

A ordem econômica mundial contemporânea, a globalização, se assenta no comércio internacional e em interações econômicas cada vez mais intensas e complexas. Dessa forma, o processo de formação dos blocos econômicos regionais, como é o caso do Mercosul, está intimamente ligado a este processo. A tendência, portanto, é que a integração econômica regional seja cada vez mais intensa no contexto da globalização¹⁴⁹, já que o isolamento torna-se cada vez mais difícil. Octavio Ianni destaca que:

*A formação da sociedade global também aprofunda e generaliza a interdependência das nações, povos, classes, grupos, indivíduos. A distância e o isolamento se tornam cada vez mais ilusórios. Em praticamente todos os recantos, públicos e privados, objetivos e subjetivos, os indivíduos alcançados pelas relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, antagonismo e integração que tecem a anatomia da sociedade global. [...] Está em curso um intenso e generalizado processo de globalização dos mercados nacionais de capitais, implicando também outros fatores produtivos, ou forças produtivas, tudo isso no âmbito de um mercado cada vez mais efetivamente global.*¹⁵⁰

Os Blocos econômicos surgem, portanto, em um contexto mundial em que se torna necessário unir esforços e facilitar as trocas entre os países, eliminando barreiras. A

¹⁴⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. A Influência da Integração Econômica na reconfiguração dos modelos de Estado. p. 280.

¹⁴⁸ Existem ainda outros blocos regionais como o NAFTA, CEI (Comunidade dos Estados Independentes), ASEAN (Associação das Nações do Sudoeste Asiático, APEC (Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico), e a Comunidade Andina, entre outros que tem se formado ao redor do globo. KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 33.

¹⁴⁹ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 32-33.

¹⁵⁰ IANNI, Octavio. A Sociedade Global. p. 128 e 131.

globalização impõe aos países a necessidade de reforçar suas estratégias de competição internacional¹⁵¹. A formação dos blocos econômicos não se trata de uma resistência à globalização, mas de uma adaptação dos países à nova ordem mundial¹⁵². O objetivo dos Blocos é promover principalmente a integração econômica e política entre os países de uma mesma região, que são geograficamente próximos, visando o fortalecimento diante do mercado internacional. Trata-se de uma adaptação dos países ao fenômeno da globalização, buscando uma atuação mais positiva e efetiva no cenário mundial que se forma. “*Pelo regionalismo, busca-se aparar os excessos do capitalismo internacional e melhor aproveitar as vantagens do sistema de modo a proporcionar maior bem-estar aos povos envolvidos.*”¹⁵³ André-Jean Arnauld aponta que a importância dos acordos comerciais entre os blocos regionais de primeira importância, dentre os quais cita o Mercosul, é condição para a globalização¹⁵⁴. Nesse contexto, percebe-se a importância de uma disciplina adequada e consolidada do consumidor no âmbito dos blocos, como é foco do presente estudo em relação ao Mercosul.

Já foi visto, e vale reforçar, que a proteção do consumidor é necessária uma vez que a relação de consumo é estruturalmente desequilibrada em favor do forcecedor, em que o consumidor, vulnerável¹⁵⁵, está sujeito à ditadura do mercado e da ordem de produção. A proteção do consumidor alcança níveis internacionais, já que a sociedade global que se estrutura no contexto da globalização é uma sociedade consumista, em que ela mesma se impõe padrões de consumo cada vez mais agressivos e exagerados. Além disso, a globalização permite ao consumidor ter acesso a produtos de fornecedores localizados em qualquer lugar do mundo, inserindo o consumidor no comércio internacional. Essa realidade é presente em muitos países, como no Brasil e nos demais países do Mercosul. O que ocorre,

¹⁵¹ BERQUÓ, Anna Taddei Alves Pereira Pinto. Globalização, Integração Econômica e Direito do Consumidor Comparado: Cotejo das Normas de Direito do Consumidor dos Países Membros do Mercosul. p. 2.

¹⁵² KLAUSNER, Eduardo Antonio. Op. Cit. p. 33.

¹⁵³ Ibidem. Op. Cit. p. 33.

¹⁵⁴ ARNAULD, André-Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização. p. 13. “*O Mercosul constitui um acordo de grande importância entre os países do Cone Sul da América Latina.*”

¹⁵⁵ A vulnerabilidade é uma característica de todos os consumidores, reconhecida como princípio basilar¹⁵⁵ da Política Nacional de de Relações de Consumo, no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Pressupõe-se que todos os consumidores são vulneráveis, já que todos os que consomem quaisquer tipos de produtos ou serviços estão sujeitos a sofrer danos advindos de tais produtos ou serviços, e não possuem conhecimentos técnicos suficientes sobre o que adquirem. Já a hipossuficiência não é uma característica de todos dos consumidores. Como a hipossuficiência está ligada às condições que uma pessoa física ou jurídica tem de comprovar suas alegações em juízo e de se defender adequadamente, por carecer de recursos para tanto, nem todos os consumidores se enquadram nesta característica. É hipossuficiente o consumidor que não tem condições nem recursos adequados para defender seus direitos em juízo. PERES, Fabiana Prietos. Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul. p. 138.

porém, é que os ordenamentos jurídicos nacionais podem não estar preparados para tratar essas relações.

O consumidor não pode ficar prejudicado nessas relações, nos chamados contratos internacionais de consumo¹⁵⁶. Na realidade, ele espera e confia na qualidade e idoneidade dos produtos adquiridos e dos serviços que lhe são prestados, mesmo fora das fronteiras nacionais¹⁵⁷. As regras do comércio internacional estão construídas sobre a base do profissionalismo, da especialidade e da igualdade dos parceiros envolvidos, o que não acontece nas relações de consumo, não sendo possível aplicarem-se as mesmas regras¹⁵⁸. O consumo também está globalizado, pois o consumidor está inserido diretamente no mercado internacional, através da internet e a intensificação do turismo. Entretanto,

*A globalização e a formação de blocos econômicos regionais entre países visando a intensificação do comércio têm por fim último o homem, o seu bem-estar, não se admitindo apenas uma concepção mercantilista ou produtivista. O fim do comércio internacional é prover o homem de utilidades necessárias para a satisfação de suas necessidades.*¹⁵⁹

Citando novamente André-Jean Arnauld, é condição para a globalização a democratização e a proteção dos direitos humanos¹⁶⁰, evidenciado a importância do homem e do seu bem-estar.

Por isso, o consumo pode e deve cada vez mais aumentar e se internacionalizar, pois trará benefícios aos consumidores e à economia. Mas é essencial que, acompanhando esse crescimento, existam leis com eficácia internacional, que garantam a segurança do consumidor internacional e o protejam de ser eventualmente lesado, e que proporcionem um mercado competitivo, mas saudável, baseado numa concorrência leal, e que estimule o crescimento. E mais, o consumidor “*deve sentir-se e saber-se protegido, ou seja, saber que*

¹⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. p. 94.

¹⁵⁷ KLAUSNER, Eduardo Antônio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 41.

¹⁵⁸ Ibidem. Op. Cit. p. 36-37 e MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. p. 98-99.

¹⁵⁹ Ibidem. Op. Cit. p. 44.

¹⁶⁰ ARNAULD, André-Jean. O Direito entre Modernidade e Globalização. p. 14. Mais sobre o tema, na Lição 3 da obra, o autor analisa os impactos da globalização no tocante à disciplina e ao tratamento dos direitos humanos, as vantagens e os perigos de tratá-los globalmente, discute a questão dos Tribunais Internacionais. Em toda a sua análise fica evidente a sua preocupação com o respeito aos direitos humanos, que é, em última análise, o respeito ao próprio homem, no contexto da globalização.

existem instrumentos processuais adequados, assistência judiciária adequada, a custos adequados, somados a uma proteção de direito material também efetiva.”¹⁶¹

Deve-se ter em mente que as regras sobre o direito do consumidor interessam à competitividade do mercado interno e internacional, assim como contribuem à criação de um mercado com concorrência leal e permite a realização de políticas governamentais. “*Representa, politicamente, um comprometimento com a lealdade do mercado, assegurada em visão macro pelo direito da concorrência*”¹⁶². Como se vê, o direito do consumidor encontra-se em estreita relação com a dinâmica dos mercados, e com os princípios da ordem econômica, em destaque aqui o da livre concorrência.

Antes de uma análise mais detalhada do Mercosul, para se compreender melhor a questão da formação dos blocos, é importante tecer alguns comentários sobre o processo de integração¹⁶³. De acordo com o GATT¹⁶⁴, a integração dá-se mediante quatro etapas: na primeira, cria-se uma zona de livre comércio, com a eliminação de barreiras entre os países membros. Nesta etapa, ocorre a isenção de tarifas entre os países participantes da integração. É importante verificar a origem dos produtos comercializados entre os países do bloco para se definir o regime de tarifas aplicável¹⁶⁵. A união de países é considerada Zona de Livre Comércio quando pelo menos 80% dos produtos que circulam entre os países é alcançado pela isenção.

A segunda etapa caracteriza-se pela chamada união aduaneira, em que permanece a zona de livre comércio entre os países membros, que passam a adotar as mesmas políticas comerciais em relação aos países não-membros, mediante a utilização da tarifa externa

¹⁶¹ KLAUSNER, Eduardo Antônio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 45-46.

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit. p. 100 e 101.

¹⁶³ Importante repisar que no tocante à integração latino-americana, no artigo 4º, parágrafo único da Constituição Federal brasileira prevê: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, [...]”. Ao que se vê, a integração latino-americana, no Brasil, é mandamento constitucional, elevado a categoria de princípio fundamental. A Constituição quer mais do que um mercado comum de caráter econômico, quer integração econômica e política, que só terá lugar também com uma integração jurídica, sendo imperioso pensar num direito comunitário *in fieri*. Só será possível falar numa tal integração mediante o intercâmbio entre juristas latino-americanos, condição para a harmonização dos vários direitos nacionais.

¹⁶⁴ O GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) – Acordo Geral de Tarifas e Comércio, foi criado na Conferência de Genebra, em 1947, e trata-se de uma convenção em que se prevê uma série de princípios para reger as relações comerciais entre os Estados, visando inclusive a igualdade econômica. Foi substituído pela OMC (Organização Mundial do Comércio em 1994. KLAUSNER, Eduardo Antonio. Op. Cit. p. 28.

¹⁶⁵ É importante tal verificação, pois assim diferencia-se os produtos provenientes de países do bloco e os de origem de países de fora do bloco, favorecendo assim a circulação de mercadorias dentro do bloco.

comum (TEC)¹⁶⁶. A terceira etapa é chamada de mercado comum, e além da união aduaneira e livre circulação de mercadorias, circulam livremente mão-de-obra, capital e empresas, sem qualquer restrição. Esta etapa corresponde à livre circulação e mobilidade dos fatores de produção. Por fim, a última fase caracteriza-se pela união econômica ou monetária, em que os países, além do mercado comum, unificam também as políticas monetárias e fiscais, e a legislação – união jurídica¹⁶⁷.

É neste cenário mundial que é idealizado e criado o Mercosul. Vê-se que o impacto da globalização e da regionalização sobre a economia e a vida dos consumidores é significativo, o que torna o presente capítulo relevante para o estudo proposto no presente trabalho. Antes, contudo, de cuidar das normas de proteção do consumidor e da ordem econômica no Mercosul, cabe um breve histórico sobre a formação do bloco e sua realidade atual.

2.1.2. Mercosul no Cenário Mundial

O Mercosul (Mercado Comum do Sul) foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1990, assinado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai¹⁶⁸. Surge como uma resposta às intencões integracionistas que tiveram início no Século XIX. No caso específico do Brasil, o Mercosul é um caminho para a concretização do disposto no artigo 4º, § único da Constituição Federal, que prevê que o Estado brasileiro buscará a integração econômica,

¹⁶⁶ A TEC (tarifa externa comum) é um conjunto de tarifas que incidem sobre as importações realizadas pelos países-membros do respectivo bloco econômico. Todos os países participantes do bloco aplicam as mesmas tarifas sobre as importações que realizam. Representa um passo importante na integração pois regula a relação dos países do bloco com os demais países, já que todos adotam a mesma política para as importações. Além disso, equaliza as condições de concorrência, pois todos os países signatários pagarão o mesmo montante para a importação de produtos, insumos e máquinas. Ao lado da TEC, está a regra do regime de origem, mediante o qual se define a origem dos produtos: se são originários da região, enquadrando-se no regime aplicado dentro da zona, ou se são de fora da zona, aos quais se aplicarão a TEC. FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. Op. Cit. p. 281-282.

¹⁶⁷ *Ibidem*. Op. Cit. p. 285-288.

¹⁶⁸ São membros do Mercosul atualmente Brasil, Argentina, Uruguai, Venezuela e Paraguai, que está suspenso. O país foi suspenso do Mercosul em 28 de junho de 2012, por decisão do próprio Bloco, após a destituição do Presidente Fernando Lugo da presidência do país, por tal acontecido ter sido considerado uma ruptura da ordem democrática do país. Em vista disso, a Venezuela foi admitida como membro do Mercosul recentemente, em 31 de julho de 2012, após a suspensão do Paraguai, que anteriormente havia vetado o seu ingresso no Bloco. O seu ingresso foi aprovado pelos demais participantes do Bloco em 2006, mas devido ao veto, não havia ainda sido concretizada. O Mercosul possui ainda 5 (cinco) países associados: Bolívia, Equador, Peru, Chile e Colômbia, e um observador: México. CÁPPIO, Marcos. A Proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados. p. 52.

política, social e cultural dos povos da América Latina¹⁶⁹. Como membro fundador do Bloco, através do Congresso Nacional, aprovou a sua constituição em 25 de setembro de 1991, que foi promulgada em 21 de novembro de 1991, entrando em vigor no cenário internacional em 29 de novembro de 1991¹⁷⁰. Ressalta-se que, embora um dos objetivos seja a integração econômica, o Bloco visa uma integração mais ampla, a de integrar os diferentes povos e culturas, privilegiando a diversidade num ambiente de harmonia.

Conforme consta no Tratado, o Mercosul passou a existir em 31 de dezembro de 1994¹⁷¹, e durante o período compreendido entre a aprovação do Tratado e a data fixada para início do mercado comum, os países membros passaram pelo chamado período de transição, em que foi instituído, dentre outras medidas, um programa de liberação comercial, de reduções tarifárias progressivas, lineares a automáticas, e eliminação de restrições não tarifárias, para que até 31 de dezembro de 1994, vigorasse tarifa zero entre os países¹⁷².

De acordo com as etapas de integração acima mencionadas, o Mercosul encontra-se atualmente na segunda fase, a da união aduaneira. Na união aduaneira é estabelecida uma zona de livre comércio, com a adoção de medidas comuns em relação aos países que não

¹⁶⁹ Constituição Federal, Art. 4º, § único: “*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*” Vale repisar aqui a afirmação de Jorge Carpizo de que o artigo 4º, parágrafo único da Constituição Federal brasileira é provavelmente a mais enfática e clara no que se refere à integração latino-americana, pois não se refere apenas a aspectos econômicos ou políticos. O que é relevante, especialmente, por se tratar de um dos países mais importantes da região. “*Afirmo que dicha norma es paradigmática porque es probablemente la más enfática y clara en su género, no se refiere sólo a los aspectos económicos o políticos, está contenida en la Constitución de uno de los Estados más importantes de la región, con ampla influencia, y en él no se habla el idioma español, por lo que pudiera pensarse que estaría menos inclinado a la integración.*” Ao lado da Constituição brasileira, o artigo 6º da Constituição uruguaia refere-se a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere a defesa comum dos seus produtos e matérias-primas, e a Constituição venezuelana, no preâmbulo e no artigo 153 trata do impulso a consolidação da integração latino-americana de acordo com o princípio de não intervenção e autodeterminação dos povos. Outras constituições de países fora do bloco também abordam a questão, como Colômbia, Equador e Peru. CARPIZO, Jorge. *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*. p. 963-964.

¹⁷⁰ O Decreto Legislativo nº 197, de 25 de setembro de 1991, aprova a Constituição de um Mercado Comum entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. A promulgação do referido Tratado foi feita no Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 350, de 21 de novembro de 1991, ambos assinados pelo então presidente de República Fernando Collor de Melo.

¹⁷¹ Tratado de Assunção, Artigo 1: “*Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará "Mercado Comum do Sul" (MERCOSUL).*”

¹⁷² Tratado de Assunção, Artigo 5º: Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:

- a. Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);
- b. A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;
- c. Uma tarifa externa comum, que incentive a competitividade externa dos Estados Partes;
- d. A adoção de acordo setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

participam do bloco, mediante a aplicação da TEC. O Tratado de Assunção foi um documento diplomático em que se estabeleceu objetivos de harmonização legislativa, mas não de união dos ordenamentos, nem da instituição do poder normativo vinculante. Pelo Tratado, os países participantes do Bloco podem se obrigar através de tratados internacionais que devem ser cumpridos pelas partes e também submetem-se ao princípio da reciprocidade de direitos e obrigações¹⁷³, conforme prevê seu artigo 2º¹⁷⁴. Além do princípio da reciprocidade, também estão presentes no Tratado os princípios da gradualidade e da flexibilidade e progressividade. O primeiro, expresso no artigo 6º, decorre da heterogeneidade dos Estados-parte, fazendo com que o processo de integração não seja abrupto, mas sim gradual, visando a homogeneização dos participantes. A flexibilidade e progressividade permitem a flexibilização das normas comerciais durante o período de transição e a possibilidade de adesão ou denúncia a qualquer tempo¹⁷⁵.

Por sua vez, a estrutura institucional do Mercosul foi estabelecida pelo Protocolo de Ouro Preto, celebrado em 17 de dezembro de 1994. No referido Protocolo foi, inclusive, ratificada a harmonização legislativa pelo Artigo 25, que dispõe que a Comissão Parlamentar Conjunta, dentre outras atribuições, “*coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração*”¹⁷⁶. Aqui deve-se notar a importância do trabalho de harmonização legislativa para o processo de integração, que será explorado com mais detalhes adiante.

O Protocolo institui os seguintes órgãos: I. Conselho do Mercado Comum, II. O Grupo do Mercado Comum, III. A Comissão de Comércio, IV. A Comissão Parlamentar, V. O Foro Consultivo Econômico e Social e VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul. Posteriormente, o Protocolo de Olivos, em 2002, constituiu o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, e surgiram também o Tribunal Administrativo Trabalhista do Mercosul, através da Resolução GMC 54/2003, e o Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito, por meio da Decisão CMC 24/2004.

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Bloco, ao qual incumbe a

¹⁷³ KLEIN, Vinícius. O Direito da Concorrência no Mercosul. p. 196.

¹⁷⁴ Tratado de Assunção, Artigo 2º: O Mercado comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes

¹⁷⁵ KLEIN, Vinícius. O Direito da Concorrência no Mercosul. p. 197.

¹⁷⁶ Protocolo de Ouro Preto, Artigo 25: “*A Comissão Parlamentar Conjunta procurará acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo. Da mesma forma, coadjuvará na harmonização de legislações, tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Quando necessário, o Conselho do Mercado Comum solicitará à Comissão Parlamentar Conjunta o exame de temas prioritários.*”

condução política do processo de integração e a garantia de cumprimento do Tratado. Ele é composto pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia de cada país membro e exerce a titularidade da personalidade jurídica do Bloco. A presidência do Conselho é rotativa, alterando-se a cada 6 (seis) meses, e suas reuniões podem acontecer com qualquer periodicidade, sendo obrigatória a participação semestral dos Chefes de Governo dos respectivos Estados. As regras emanadas pelo Conselho chamam-se decisões e são obrigatórias para todos os países, embora dependam de serem transformadas em lei por cada país¹⁷⁷.

O Grupo do Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul, que deve executar e fiscalizar a execução das decisões do Conselho. Compõem o Grupo 4 (quatro) membros titulares e 4 (quatro) membros suplentes de cada país, representantes do Ministérios das Relações Exteriores, da Economia e do Banco Central de cada país, e é coordenado pelos respectivos Ministros das Relações Exteriores. O Grupo do Mercado Comum pode criar grupos e subgrupos de trabalho, se for necessário, para efetuar suas tarefas¹⁷⁸. As regras emanadas pelo Conselho chamam-se resoluções e são obrigatórias para todos os países¹⁷⁹.

A Comissão de Comércio é encarregada de assistir o Grupo do Mercado Comum, velando para que funcione a união aduaneira e acompanhando as políticas estabelecidas intra-Mercosul e com países terceiros. Também compõem a Comissão 4 (quatro) membros titulares e 4 (quatro) membros suplentes de cada país, e é coordenada pelos Ministros das Relações Exteriores. As reuniões da Comissão são mensais ou sempre que solicitado pelo Grupo do Mercado Comum. As manifestações da Comissão são chamadas de diretrizes ou propostas, e também vinculam os Estados-parte¹⁸⁰.

A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo, que coopera com os parlamentos nacionais na implementação dos atos normativos (decisões e resoluções) do Conselho e do Grupo do Mercado Comum. Ela será composta pelo mesmo número de representantes de cada estado parte. Seus atos denominam-se Recomendações, e não

¹⁷⁷ Tratado de Assunção, Artigos 9 a 12, e Protocolo de Ouro Preto, Artigos 3 a 9.

¹⁷⁸ Atualmente, Grupo do Mercado Comum do Mercosul conta com 5 (cinco) grupos e 17 (dezessete) subgrupos. Os Grupos são: Grupos de Análises Institucional do Mercosul (GAIM), Grupos de Assuntos Orçamentários (GAP), Grupo de Cooperação Internacional (GCI), Grupo de Incorporação de Normativa MERCOSUL (GIN) e Grupo de Relacionamento Externo (GRELEX). Os subgrupos estão divididos em transporte, meio ambiente, indústria, agricultura, energia, saúde, entre outros. Informação disponível no site: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=492&site=1&channel=secretaria. Acessado em 16/11/2012.

¹⁷⁹ Tratado de Assunção, Artigos 13 a 15, e Protocolo de Ouro Preto, Artigos 10 a 15.

¹⁸⁰ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 16 a 21.

vinculam os países membros¹⁸¹. A Comissão Parlamentar Conjunta foi posteriormente substituída pelo Parlamento do Mercosul, através do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, aprovado em 14 de dezembro de 2006, pelos parlamentos nacionais dos Estados membros. O Tribunal foi instalado em 07 de maio de 2007, em sua sede oficial, em Montevideu, no Uruguai. Após a suspensão do Paraguai, o Parlamento também enfrenta o impasse de se definir se os membros paraguaios do Parlamento devem igualmente ser suspensos, e resistência destes à posse dos membros venezuelanos¹⁸².

O Foro Consultivo Econômico e Social deve atender à necessidade de participação da sociedade civil no processo de integração. Representa os setores econômicos e sociais e é composto por número igual de representantes de cada país membro. A sua função é apenas consultiva e suas manifestações, chamadas também de Recomendações, não tem força vinculante¹⁸³.

A Secretaria Administrativa exerce o papel de apoio operacional para os demais órgãos do Mercosul. Cabe a ela organizar os documentos oficiais do Mercosul, servindo como arquivo oficial de toda a documentação do Bloco, e também sendo responsável por publicar e difundir todas as decisões tomadas no âmbito do Mercosul¹⁸⁴. Ligado à Secretaria funciona atualmente o Tribunal Administrativo-Trabalhista do Mercosul, que é a única instância para resolver as reclamações de índole administrativo-trabalhista do pessoal da Secretaria, bem como de quaisquer pessoas contratadas pela Secretaria ou outros órgãos da estrutura institucional do Mercosul.

O Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito, criado pela Decisão CMC 24/2004, tem a finalidade de analisar e reforçar o desenvolvimento do Estado, a governabilidade democrática e todos os aspectos vinculados aos processos de integração regional¹⁸⁵.

Por fim, é importante mencionar o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, criado pelo Protocolo de Olivos, em 2002, que entrou em vigor em 2004. Conforme o próprio Protocolo, o Tribunal foi criado visando o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsia e consolidar a segurança jurídica, e assim estabelecer uma instância jurisdicional

¹⁸¹ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 22 a 27.

¹⁸² Sobre o tema, ver informações no site do Parlamento: <http://www.parlamentodelmercosur.org>. Acessado em 19/11/2012.

¹⁸³ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 28 a 30.

¹⁸⁴ Protocolo de Ouro Preto, Artigos 31 a 33.

¹⁸⁵ Decisão CMC 24/04, Art. 1: “*Criar o Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito, com a finalidade de analisar e reforçar o desenvolvimento do Estado, a governabilidade democrática e todos os aspectos vinculados aos processos de integração regional, com especial ênfase no MERCOSUL.*”

permanente no âmbito do Bloco. Antes disso, vigorava um sistema provisório de controvérsia, estabelecido pelo Anexo III do Tratado de Assunção e pelo Protocolo de Brasília¹⁸⁶. O Tribunal compõe-se de 5 (cinco) árbitros e seus suplentes, sendo 1 (um) de cada Estado. Cada membro é escolhido pelos Estados a partir de uma lista, e poderá ser nacional de qualquer dos países¹⁸⁷. De acordo com o Protocolo, o Tribunal pode funcionar como primeira e única instância, ou como Tribunal de Revisão de laudos arbitrais provenientes de algum Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, e ainda emitir opiniões consultivas sobre determinados assuntos¹⁸⁸.

No cenário mundial, o Bloco ocupa um papel importante, já que possui um PIB atual de mais de 3 (três) trilhões de dólares, e mais de 200 (duzentos) milhões de consumidores. Concentra grandes empresas, e um significativo potencial de crescimento, já que os países que o compõem são países em desenvolvimento, com expectativa de crescimento para os próximos anos.

Interessante notar que o processo de transformação e evolução do Estado brasileiro, também ocorreu nos demais países do Bloco, o que mostra os pontos de contato existente entre os países, que pode favorecer a união do Bloco. Ao menos, os quatro países que deram início ao Bloco possuem realidades históricas e culturais semelhantes, com uma herança colonial, e dificuldades econômicas e sociais semelhantes, problemas com a miséria e o subdesenvolvimento¹⁸⁹. Juridicamente, são da família romano-germânica, portanto, submeteram-se a semelhantes processos de codificação. O liberalismo individualista entrou em crise, e assim como no Brasil, as novas Constituições dos países apresentam valores mais

¹⁸⁶ Tratado de Assunção, ANEXO III, Solução de Controvérsias. 1. As Controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes como consequência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas. No caso de não lograrem uma solução, os Estados Partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de sessenta (60) dias as recomendações pertinentes às Partes para a solução do diferendo. Para tal fim, o Grupo Mercado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico. Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será elevada ao Conselho do Mercado Comum para que este adote as recomendações pertinentes. 2. Dentro de cento e vinte (120) dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum elevará aos Governos dos Estados Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição. 3. Até em 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de controvérsias para o Mercado comum.

O Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, estabelece o Sistema provisório de solução de controvérsia previsto no Anexo III do Tratado de Assunção transcrito acima.

¹⁸⁷ Protocolo de Olivos, Artigo 18.

¹⁸⁸ Protocolo de Olivos, Artigos 23, 17 e 3. O Protocolo de Brasília já estabelecia a instituição de Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* para a solução de controvérsias, que foi mantido pelo Protocolo de Olivos.

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário. p. 40 e 42.

solidários¹⁹⁰.

Atualmente, o resultado obtido pelo Bloco econômico foi a integração econômica, e aos poucos a harmonização legislativa e jurídica vem sendo buscada pelos países membros. Essa integração jurídica, através da harmonização legislativa, que deve garantir o respeito das pessoas e da diversidade cultural, possibilitará os outros aspectos da integração. Adiante serão abordadas questões referentes à disciplina da proteção do consumidor, tema do presente trabalho, nos países membros e no próprio Mercosul, visando obter uma percepção realista do cenário atual em termos de harmonização legislativa e integração dos temas apresentados.

2.2. A proteção do consumidor nos países-membros do Mercosul

Atualmente, no âmbito do Mercosul, seus países membros contam com legislação própria de proteção dos consumidores. Adiante cada uma delas será analisada, procurando estabelecer-se conexões e pontos em comum entre elas, mas também suas diferenças para que se evidencie a necessidade e importância de uma legislação comum, da harmonização legislativa no Bloco de mercado comum.

2.2.1. Argentina

Na Argentina, a Lei 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, de 1993, recentemente emendada pela Lei 26.361, de 2008, é a lei de proteção do consumidor, que define consumidor ou usuário quem contrata a título oneroso ou gratuito, para seu consumo final ou em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social¹⁹¹. A redação original do texto

¹⁹⁰ A Constituição Argentina traz garantias como a proteção ao meio ambiente e do consumidor nos artigos 41 e 42, respectivamente. A Constituição Paraguaia trata dos direitos do consumidor nos artigos 38, 27 e 72. A Constituição uruguaia não trata do consumidor, mas traz protege o trabalho, a livre iniciativa e garante o desenvolvimento social e econômico. A Constituição Venezuelana apresenta dispositivos referentes à proteção do consumidor, artigos 113,117, 281, 305 e 308.

¹⁹¹ Lei 24.240, Artigo 1º: “*Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios*

excluía aqueles que adquiriam bens ou serviços para os integrarem em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros, mas não o faz mais¹⁹². A parte final do artigo 1º permite considerar como consumidor quem não seja parte direta na relação do consumo aqueles que, embora não tenham contratado, sofrem um prejuízo pela utilização ou consumo de bem ou serviço, como os chamados *bystanders*¹⁹³, que podem ser os consumidores potenciais frente a uma campanha publicitária e que podem ser afetados por problemas de segurança dos produtos ou serviços¹⁹⁴.

A proteção do consumidor também possui *status* constitucional, pela previsão do artigo 42 da Consituição da Nação Argentina¹⁹⁵, de 1994, que garante a proteção à saúde e segurança do consumidor, liberdade de escolha, direito à informação, bem como a proteção contra as formas de distorção dos mercados. Referido artigo enumera direitos do consumidor, ao mesmo tempo em que impõe condições àqueles que ofertam bens e serviços. Ordena a criação de instituições e marcos regulatórios que estimulem a defesa dos direitos do consumidor, para os serviços públicos e prevenção e solução de conflitos¹⁹⁶.

privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”

Tradução: Objeto. Consumidor. Equiparação. A presente lei tem por objeto a defesa do consumidor ou usuário, entendendo-se como tal toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza bens ou serviços de forma gratuita ou onerosa em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social. Compreende-se também a aquisição em tempos divididos, clubes de campo, cemitérios privados e figuras afins.

Se considera igualmente consumidor ou usuário quem, sem ser parte de uma relação de consumo, como consecuencia ou por causa dela, adquire ou utiliza bens ou serviços como destinatário final, bem benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social, e a quem de qualquer maneira está exposto a uma relação de consumo.

¹⁹² A Lei 24.240, alterada pela 26.361, de 07/04/2008, teve a redação do art. 2º modificada, e retirou a ressalva que anteriormente era feita.

¹⁹³ *Bystanders* são aqueles que, não sendo consumidores diretos do produto, podem sofrer danos em eventual acidente de consumo.

¹⁹⁴ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. La Noción de Consumidor en el Mercosur. p. 76.

¹⁹⁵ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 42 - *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

¹⁹⁶ CÁPRIO, Marcos. A proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados. p. 54-55.

Note que, na Argentina, assim como no Brasil¹⁹⁷, o consumidor é pessoa física ou jurídica destinatária final do produto. Importante mencionar também que a lei argentina inclui como consumidor aqueles que adquirem bens ou serviços a título gratuito, dentre os quais encontram-se no âmbito de aplicação da lei as amostras grátis, o oferecimentos de serviços gratuitos em caráter experimental ou publicitários, e outros serviços gratuitos acessórios a uma relação de consumo, como estacionamento gratuito oferecido aos clientes¹⁹⁸. Também, a jurisprudência argentina, assim como a brasileira, já aceita uma noção ampliada da idéia de consumidor, de forma a considerar consumidor a pessoa jurídica que atua fora da sua atividade profissional¹⁹⁹, de forma um pouco semelhante com a Teoria Finalista Aprofundada existente no Brasil²⁰⁰.

Difere um pouco da legislação brasileira na apresentação da figura do consumidor indireto, prevista no mesmo artigo 1º da Lei, após alteração da Lei 26.361, pois é menos clara em relação a ele²⁰¹. Diferentemente também do Código de Defesa do Consumidor, a lei argentina define relação de consumo, como aquela que se estabelece entre o fornecedor e o consumidor ou usuário²⁰², e não submete às normas de defesa do consumidor os serviços prestados por profissionais liberais com título, exceto a publicidade feita para o seu oferecimento²⁰³. As relações estabelecidas com os profissionais liberais com título serão fiscalizadas pelos entes que controlam o registro do profissional²⁰⁴.

¹⁹⁷ Gabriel Stiglitz aponta ainda em comum a responsabilidade objetiva (no caso da Argentina, prevista no Código Civil), os padrões de informação sobre produtos e serviços exigidos, proibição da propaganda enganosa e cláusulas que limitam a responsabilidade ou a inversão do onus da prova, e a previsão de ações coletivas. STIGLITZ, Gabriel. El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur.

¹⁹⁸ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. La Noción de Consumidor en el Mercosur. p. 75.

¹⁹⁹ Como exemplo, cite-se uma empresa que adquire um veículo, mas não possui conhecimentos técnicos a respeito da fabricação e do funcionamento, ou de possíveis defeitos. Neste caso, admite-se o enquadramento da pessoa jurídica como consumidor, dada a sua vulnerabilidade diante da situação. PERES, Fabiana Prietos. Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul. p. 139.

²⁰⁰ A Teoria Finalista Aprofundada, já explicada no Capítulo I, caracteriza-se por um teoria finalista, mas admite o seu abrandamento para aplicar o conceito de consumidor a algumas sociedades empresárias e estabelecer a relação de consumo, quando verificada a vulnerabilidade de tais sociedades. O ponto chave desta teoria reside na constatação da vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica, por não possuir conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo. Ressalta-se, pois, o aspecto da vulnerabilidade do consumidor. MARTINS, Guilherme. O princípio da vulnerabilidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na proteção do consumidor-empresa. p. 111.

²⁰¹ BERQUÓ, Anna Taddei Alves Pereira. Globalização, Integração Econômica e Direito do Consumidor Comparado: Cotejo das Normas de Direito do Consumidor dos Países Membros do Mercosul. p. 9.

²⁰² Lei 24.240, Artigo 3º: “*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.*” Tradução: Relação de consumo é o vínculo jurídico entre o provedor (fornecedor) e o consumidor ou usuário.

²⁰³ Já foi exposto no Capítulo I, mas vale repisar que, no Brasil, a responsabilidade do profissional liberal é aferida por culpa, de acordo com o artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰⁴ Lei 24.240, Artigo 2º, 2º parte: “*No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos*”

A lei argentina não lista os direitos básicos dos consumidores como faz o Código de Defesa do Consumidor no artigo 6º, não define o que é produto e serviço como faz o código brasileiro, mas ressalta que, tratando-se de coisas usadas ou deficientes, tal circunstância deve ser indicada²⁰⁵. Anna Taddei Berquó entende que a lei argentina exclui as coisas usadas do âmbito de aplicação da lei²⁰⁶, entretanto a lei assim não o diz expressamente. No tocante à responsabilidade por danos, os artigos 40 e 40 bis disciplinam a questão²⁰⁷. O artigo 40, em especial, apresenta um aspecto interessante, pois trata do fornecedor aparente, que recebe uma legitimação extraordinária para responder pelos vícios e defeitos do produto que, embora não tenha realmente colocado no mercado, possua sua marca²⁰⁸. Importante mencionar ainda que a lei argentina trata da questão dos serviços públicos, das operações de crédito voltadas para o consumo, e prevê a utilização na Arbitragem para a solução de conflitos.

oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.”

Tradução: Não estão compreendidos nesta lei os serviços de profissionais liberais que requeiram para o seu exercício diploma universitário e registro outorgados por conselhos profissionais reconhecidos oficialmente ou autoridade constituída para tanto, mas sim a publicidade que se faça para o seu oferecimento. Na apresentação de denúncias que não se vincularem à publicidade dos serviços prestados aos usuários e consumidores, a autoridade responsável por aplicar esta lei informará ao denunciante o ente que controla o registro do profissional e os efeitos da sua tramitação.

²⁰⁵ Lei 24.240, Artigo 9º: *“Cosas Deficientes Usadas o Reconstituídas. Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituídas debe indicarse las circunstancias en forma precisa y notoria.”*

Tradução livre nossa: Coisas deficientes, Usadas ou Reconstituídas. Quando se oferecerem publicamente a consumidores potenciais e indeterminados coisas que apresentem defeito, que sejam usadas ou reconstituídas, tal circunstância deve ser indicada de forma precisa e notória.

²⁰⁶ BERQUÓ, Anna Taddei Alves Pereira. Globalização, Integração Econômica e Direito do Consumidor Comparado: Cotejo das Normas de Direito do Consumidor dos Países Membros do Mercosul. p. 9.

²⁰⁷ Gabriel Stiglitz explica que a responsabilidade é objetiva, aplicando-se a regra geral prevista no Código Civil argentino, pois a previsão da lei consumerista foi revogada: *“[...] si bien la norma análoga de la ley argentina (art. 40) fue vetada por el Presidente de la Nación, rige la responsabilidad objetiva por daños derivados del riesgo o vicio de las cosas, prevista genéricamente en el art. 1113 del Cód. Civil.”* STIGLITZ, Gabriel. El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur.

²⁰⁸ KLAUSNER, Eduardo Antônio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 133.

Lei 24.240, Artigo 40: *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.*

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”(grifo nosso)

Tradução livre nossa: Se o dano ao consumidor resulta de vício ou risco do produto ou do serviço, responderão o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o provedor, o vendedor e quem tiver posto a sua marca no produto ou serviço. O transportador responderá pelos danos causados ao produto em função ou durante o transporte.

A responsabilidade é solidária, sem prejuízo das ações de repetição que correspondam. Serão dispensados total ou parcialmente quem demonstrar que não deu causa ao dano.

A Argentina conta com uma Subsecretaria de Defesa do Consumidor (Subsecretaria de Defensa del Consumidor), vinculada ao seu Ministério de Economia e Finanças Públicas, que visa garantir que todos tenham acesso ao consumo equitativo, solidário e sustentável.

2.2.2. Uruguai

A legislação uruguaia de proteção do consumidor é ainda mais recente: Lei 17.250 – Lei de Defesa do Consumidor e de Regulação das Relações de Consumo – promulgada em 17 de agosto de 2000, e substituiu a lei anteriormente vigente, a Lei 17.189, de 1999. Foi o último país do Mercosul a adotar uma lei específica de defesa do consumidor. No entanto, a Constituição da República do Uruguai não prevê proteção ao consumidor. É a única constituição dos países-membros do Bloco que não a contempla²⁰⁹.

O artigo 2º da lei define consumidor como quem adquire ou utiliza produtos ou serviços na qualidade de destinatário final²¹⁰. Importante ressaltar que o Uruguai adota o conceito econômico de consumidor, já os produtos ou serviços devem ser retirados do mercado para serem considerados como adquiridos no âmbito de uma relação de consumo, conforme destaca a parte final do artigo²¹¹.

Interessante que, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a lei uruguaia define relação de consumo, em seu artigo 4º, como o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, oferece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final²¹². Ao final do artigo, o legislador uruguaio equipara à relação de consumo, a aquisição de produtos ou serviços a título gratuito, o que acaba por proteger a distribuição gratuita de produtos, como a entrega de brindes e amostras

²⁰⁹ CÁPRIO, Marcos. A proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados. p. 56. A Constituição uruguaia é de 1967, mas foi reformada recentemente, em 2004.

²¹⁰ Lei 17.250, Artigo 2º: *Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.*

²¹¹ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. La Noción de Consumidor en el Mercosur. p. 79.

²¹² Lei 17.250, Artigo 4º: *Relación de consumo es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo.*

grátis. Os *bystanders*²¹³ não possuem proteção especial na legislação uruguaia, devendo recorrer ao Código Civil²¹⁴.

A lei uruguaia, à semelhança do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, traz ainda a definição de fornecedor²¹⁵, de produto e serviço²¹⁶, e também alguns direitos básicos do consumidor no artigo 6º, como proteção da vida e saúde, segurança, educação sobre o consumo, informação adequada, proteção contra a publicidade enganosa, formação de associações e organizações, ressarcimento de danos e acesso à justiça²¹⁷. Complementando o referido artigo, a partir do artigo 12, a lei trata detalhadamente sobre o direito à informação, nos artigos 22, 30 e 31, sobre práticas abusivas e cláusulas abusivas respectivamente, sobre publicidade no artigo 24, e sobre o dever de boa-fé, no artigo 32.

Quanto à responsabilidade civil, é interessante notar que ocorre um verdadeiro diálogo de fontes²¹⁸, quando a lei de defesa do consumidor, estabelece no artigo 34 que o fornecedor será responsável pelos danos causados ao consumidor em conformidade com o regime determinado pelo Código Civil²¹⁹. Como a lei não exclui da sua aplicação, entende-se que também são considerados fornecedores os profissionais liberais²²⁰.

²¹³ Vide nota 193.

²¹⁴ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 137.

²¹⁵ Lei 17.250, Artigo 3º: “*Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.*”

Tradução livre nossa: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, privada ou pública, estatal ou não estatal, que desenvolve de maneira profissional atividades de produção, criação, construção, transformação, montagem, importação, distribuição e comercialização de produtos e serviços em uma relação de consumo.

²¹⁶ Lei 17.250, Artigo 5º: “*Producto es cualquier bien corporal o incorporal, mueble o inmueble. Servicio es cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales.*”

Tradução livre nossa: Produto é qualquer bem corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel. Serviço é qualquer atividade remunerada, oferecida no mercado de consumo, com exceção das que se sujeitam às normas trabalhistas.

²¹⁷ Lei 17.250, Artigo 6º, alíneas A a G.

²¹⁸ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 137. O Capítulo III tratará do Diálogo de Fontes, teoria que promove o diálogo e a cooperação entre normas do mesmo ordenamento jurídico.

²¹⁹ Lei 17.250, Artigo 34: “*Si el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio resulta un daño al consumidor, será responsable el proveedor de conformidad con el régimen dispuesto en el Código Civil.*”

Tradução livre nossa: Se o vício ou risco do produto ou serviço resultar em dano ao consumidor, será responsável o fornecedor de acordo com o regime disposto no Código Civil.

²²⁰ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 137. Importante novamente ressaltar que, no Brasil, a responsabilidade do profissional liberal é aferida por culpa, de acordo com o artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

2.2.3. Paraguai

Antes de se analisar a legislação local do Paraguai, é importante que se esclareça a sua real situação dentro do Bloco atualmente, após sua suspensão. O Paraguai foi suspenso do Mercosul em 28 de junho de 2012, por decisão do próprio Bloco, após a destituição do Presidente Fernando Lugo da presidência do país, por tal fato ter sido considerado uma ruptura da ordem democrática do país²²¹. No entanto, de acordo com o próprio Bloco, a suspensão será mantida até que ocorram novas eleições e um novo Presidente seja eleito. Novas eleições estão previstas para abril de 2013. Portanto, considerando o possível retorno do Paraguai ao Bloco, é importante analisar a sua legislação.

A lei paraguaia de proteção ao consumidor é a Lei 1.334, de 1998, denominada Lei de Defesa do consumidor e do usuário. Ela foi influenciada pela lei modelo da *Consumers International* para a proteção do consumidor na América Latina e no Caribe, pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e pela lei de defesa do consumidor argentina²²². Ela define como consumidor aquele que é destinatário final de produtos ou serviços de qualquer natureza²²³, assim como no Brasil e na Argentina, e assim como a lei argentina, a lei paraguaia define o que é relação de consumo no artigo 5º²²⁴ e inova definindo a idéia de consumo sustentável, como todo ato de consumo destinado a satisfazer necessidades humanas, realizado sem danar ou afetar significativamente a qualidade do meio ambiente e sua capacidade para dar satisfação às necessidades das gerações²²⁵.

A lei paraguaia, à semelhança do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, traz ainda a definição de fornecedor, de produto e serviço²²⁶, e também alguns direitos básicos do

²²¹ A Cúpula do Bloco considerou que a deposição do Presidente paraguaio rompe a ordem democrática do país, o que, com base no Protocolo de Ushuaia, que reafirma os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e ratifica a Declaração Presidencial sobre o compromisso democrático, contraria as regras para a participação no Bloco. De acordo com o Protocolo: “*ARTIGO 1 A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes do presente protocolo.*”

²²² KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 134.

²²³ Lei 1.334, Artigo 4º, a: “*CONSUMIDOR Y USUARIO: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza;*”

²²⁴ Lei 1.334, Artigo 5º: “*Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.*”

²²⁵ Lei 1.334, Artigo 4º, g: “*CONSUMO SUSTENTABLE: es todo acto de consumo, destinado a satisfacer necesidades humanas, realizado sin socavar, dañar o afectar significativamente la calidad del medio ambiente y su capacidad para dar satisfacción a las necesidades de las generaciones presentes y futuras;*”

²²⁶ Lei 1.334, Artigo 4º, b, c e d: “*b) PROVEEDOR: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución,*

consumidor, como liberdade, educação adequada, proteção da vida, saúde e segurança, proteção contra publicidade enganosa, direito a reparação de danos e direito a adequada prestação de serviços públicos²²⁷. Define relação de consumo, como o faz a lei uruguaia, e embora faça menção apenas às relações onerosas, deve-se considerar também as gratuitas, como entrega de brindes e amostras grátis²²⁸. Cárdenas e Vieira também apontam que a legislação paraguaia não trata dos *bystanders*, não existindo, portanto, no Paraguai, a figura do consumidor equiparado, como existe no Brasil e na Argentina. Porém, alcança aquele que de alguma forma desfruta do consumo, mesmo sem ser parte direta da relação de consumo²²⁹.

Por fim, a Constituição Nacional do Paraguai, de 1992, também traz expressas referências à proteção e defesa do consumidor nos artigos 38, 27 e 72. O artigo 38 estabelece o direito do consumidor como direito difuso²³⁰, e o artigo 27 reconhece a necessidade de uma proteção do consumidor no que tange à publicidade²³¹. O artigo 72, por sua vez, exige a qualidade dos produtos alimentícios, farmacêuticos, químicos e biológicos, o que indiretamente protege o consumidor quando adquire tais produtos²³².

comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa;

c) PRODUCTOS: a todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso;

d) SERVICIOS: a cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales. No están comprendidos en esta ley, los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.”

²²⁷ Lei 1.334, Artigo 6°.

²²⁸ Em sentido contrário, Cárdenas e Vieira entendem que, não havendo previsão expressa no referido artigo quanto às relações gratuitas, estas estão excluídas da proteção da lei. CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. *La Noción de Consumidor en el Mercosur*. p. 79.

²²⁹ *Ibidem*. Op. Cit. p. 79.

²³⁰ Constitución de la Republica de Paraguay, Artículo 38: *DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo.*

²³¹ Constitución de la Republica de Paraguay, Artículo 27: *DEL EMPLEO DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL. El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento.*

No se admitirá la prensa carente de dirección responsable.

Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable.

Se garantiza el pluralismo informativo.

La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

²³² Constitución de la Republica de Paraguay, Artículo 72: *DEL CONTROL DE CALIDAD. El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales.*

2.2.4. Venezuela

A Venezuela foi admitida como membro do Mercosul recentemente, em 31 de julho de 2012, após a suspensão do Paraguai, que anteriormente havia vetado o seu ingresso no Bloco. O seu ingresso foi aprovado pelos demais participantes do Bloco em 2006²³³, mas devido ao veto do Paraguai, sua entrada não havia ainda sido concretizada. Sendo assim, como mais novo membro do Bloco, também será verificada a sua legislação no tocante aos direitos dos consumidores.

Atualmente, na Venezuela, os direitos do consumidor são previstos pela Lei 37.930, de 4 de maio de 2004, que derogou a lei anteriormente vigente, Lei 4.898, de 17 de maio de 1995. A lei tem como objetivo proteger os atos jurídicos celebrados entre fornecedores de bens ou serviços e consumidores ou usuários que se estabeleçam em função da aquisição e arrendamento de bens, a contratação de serviços públicos ou privados e a qualquer outro negócio jurídico de interesse econômico a qualquer das partes²³⁴. Também define quem são os consumidores ou usuários, no artigo 4º, e à semelhança dos demais países, adota o conceito de consumidor como destinatário final, mas exclui a possibilidade de que pessoas jurídicas sejam consideradas como tais. No entanto, a pessoa jurídica aparece na definição de usuário, e tanto o consumidor quanto o usuário são definidos como aquele que utiliza ou desfruta de produto ou serviço como destinatário final. Diferenciam-se, pois consumidor está relacionado a produto e usuário a serviço.

A Constituição venezuelana também traz dispositivos referentes à proteção do consumidor: artigos 113, 117, 281, 305 e 308. Cabe mencionar que a Carta Venezuelana apresenta forte ênfase no papel do Estado como promotor da proteção e da segurança na sociedade, alavanca do desenvolvimento. Não por acaso, a proteção do consumidor também está a cargo do *defensor do povo*, integrante do *Conselho Moral Republicano*. De acordo com texto, o direito do consumidor é uma garantia fundamental, mas sua classificação é pontualmente prevista como um direito econômico. O artigo 113 protege o consumidor genericamente, inclusive contra monopólios, a qualidade de bens e serviços é prevista no

²³³ O Senado brasileiro aprovou a entrada da Venezuela em 15/12/2009. CÁPRIO, A Proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados. p. 52.

²³⁴ Lei 37.930, Artigo 3º.

artigo 117, e o artigo 281, item 6, trata da proteção judicial do consumidor. Por fim, o artigo 305 trata dos alimentos, e o 308 traz uma concepção específica de consumo, o comunitário²³⁵.

Como visto, embora não sejam extremas nem gritantes, existem diferenças na disciplina e proteção dos direitos do consumidor nos países membros do Mercosul. Existem também pontos em comum. A vulnerabilidade, que é questão importante quando se fala em proteção do consumidor, está presente em todos os sistemas de defesa do consumidor. As definições de consumidor e fornecedor também não se distanciam consideravelmente. Porém, dadas as diferenças, fato é que no contexto do mercado comum, agentes econômicos, fornecedores e consumidores submetem-se a normas diferentes dependendo do país onde estão, pra quem compra ou vende. Mais do que isso, possuem direitos e deveres distintos em cada lugar. Assim, uma empresa brasileira submete-se a determinadas regras que não se aplicam na Argentina, assim como o consumidor argentino goza de uma proteção diferenciada em relação ao consumidor uruguaio, e isso estende-se também às situações em que os consumidores comprem produtos fora de seus países, seja pela internet, seja porque encontra-se em outro país, como é o caso do consumidor turista²³⁶. Além disso, pelas regras de Direito Internacional Privado, que determinam a lei aplicável a diversas situações, é possível que, considerando a localidade da empresa ou do consumidor, e o local onde o contrato foi realizado, situações iguais ou muito similares sejam submetidas a uma disciplina jurídica diversa, devido à ausência de uma disciplina comum do Bloco.

Portanto, fazem-se necessários esforços e providências no sentido de implementar a harmonização legislativa entre os países do Bloco, que se daria, ao que parece, através da uma legislação comum regional, no âmbito do Mercosul, aplicável a todos os países. Certamente, na vigência de uma lei comum, aplicável a todos os países, de forma que não existam as diferenças apontadas, facilitará as trocas entre os países e fortalecerá a economia do bloco como um todo.

²³⁵ CÁPRIO, Marcos. A Proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados. p. 56-57. O referido artigo 308 prevê que o Estado deve promover a empresa familiar, a microempresa e qualquer outra forma de associação comunitária para o trabalho e o consumo, visando fortalecer o desenvolvimento econômico do país. O autor também ressalta a importância da constitucionalização da proteção do consumidor na Venezuela. p. 63-65.

²³⁶ O caso do consumidor turista merece atenção tratando-se do Mercosul, pois para as pessoas residentes nos países participantes do bloco torna-se mais fácil transitarem pelos países, já que não existe barreiras para o trânsito de pessoas, dada a configuração atual do bloco. É importante que este consumidor, estando fora do seu país goze dos mesmos direitos e garantias que teria dentro do seu país, protegido pelas leis nacionais.

Para Gustavo Tepedino, as normas incidentes na relação de consumo podem ter enorme repercussão no desenvolvimento do Mercosul, pois auxiliará no favorecimento de cinco liberdades: liberdade de circulação de mercadorias, de estabelecimento, de trabalhadores, de capitais e de concorrência. Para o mesmo autor, a harmonização legislativa no âmbito do Bloco deve ser um processo de consolidação dos valores constitucionais²³⁷.

Neste sentido, o papel do Brasil pode ser de grande importância, já que ele foi o pioneiro em criar um sistema de proteção do consumidor, que atualmente, apesar de ainda enfrentar dificuldades, funciona e têm trazidos resultados importantes para a qualidade do consumo brasileiro²³⁸. Deve-se, no entanto, considerar as diferenças culturais existentes entre os países, para que se promova uma harmonização ou uma legislação comum considerando as diferentes realidades, de forma que a lei comum tenha condições de ser aplicada em todos os países do Bloco. Ressalta-se novamente que a integração não deve ser apenas econômica, deve ser também cultural, social e política.

Adiante, será apresentada uma análise da realidade atual do Mercosul no que tange à disciplina e proteção do consumidor e da Defesa da Concorrência.

2.3. A Proteção do Consumidor e a Defesa da Concorrência no Mercosul e a Harmonização Legislativa

2.3.1. O Consumidor no Mercosul

Neste ponto, é importante trazer ao texto pontos referentes à proteção do consumidor no âmbito internacional, e considerando a realidade de proteção do consumidor existente nos

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário. p. 43-44.

²³⁸ O Código de Defesa do Consumidor brasileiro completou 20 (vinte) anos de vigência em 11 de setembro de 2010, e, ao longo deste período, os consumidores brasileiros adquiriram mais consciência dos seus direitos, que, por sua vez, exigem melhor atendimento e qualidade dos produtos, e indiretamente contribuem para a melhoria da qualidade do que se oferece pelo mercado nacional e internacional. As entidades e associações de consumidores, que zelam pela proteção e defesa do consumidor, já mencionadas no Capítulo anterior, também auxiliam no amadurecimento do consumidor e melhora nos serviços e produtos oferecidos. Ainda há muito que avançar, inclusive melhorando o próprio Código, como pretendem os projetos de lei em trâmite atualmente no Congresso.

países membros, apresentar algumas alternativas que vêm sendo propostas por estudiosos do tema para a harmonização legislativa das normas de proteção do consumidor do Mercosul.

Mister lembrar o fato de que o consumidor é considerada parte mais fraca, vulnerável, e, em determinadas situações, hipossuficiente, como já explicado anteriormente. Portanto, ao lado das normas que disciplinam as relações entre clientes e fornecedores que não caracterizam relações de consumo, as relações de mercado de forma geral, podem, e devem, coexistir normas que disciplinam as relações de consumo. Por isso, os países devem buscar o estabelecimento de uma legislação comum voltada para a proteção do consumidor. O direito internacional, da forma como funciona, nem sempre irá oferecer ao consumidor uma disciplina eficaz.

O Grupo Mercado Comum do Mercosul não está alheio a esta necessidade, tanto que existem algumas resoluções normativas que tratam dos direitos dos consumidores no Mercosul, e até uma Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul²³⁹, assinada pelos Presidentes dos países que compõem o bloco em 2000, conforme será analisado com mais detalhes adiante. Existem também alguns protocolos já assinados pelos países membros do Mercosul que estabelecem algumas normas de proteção ao consumidor em algumas situações.

Em 1996, aconteceu a XXIV Reunião do Grupo do Mercado Comum do Mercosul, em que foi aprovada a Resolução GMC 123/1996, que traz as definições de consumidor²⁴⁰, fornecedor, relação de consumo, produto e serviço. Pode-se dizer que a Resolução reuniu elementos presentes nas legislações internas dos países: trata-se, basicamente, de pessoa física ou jurídica que adquire produtos ou serviços como destinatária final²⁴¹.

Também em 1996, foi firmado o Protocolo de Santa Maria, na tentativa de unificar os direitos e garantias dos consumidores no âmbito do Mercosul. Embora tenha sido aprovado em seus termos por todos os países-membros do Bloco, não foi efetivado em razão de seu artigo 18²⁴², que vincula a sua vigência à aprovação de um Regulamento comum do Bloco

²³⁹ Declaração assinada pelos Presidentes dos países membros do Mercosul, em 15 de dezembro de 2000.

²⁴⁰ Resolução GMC 123/1996 – Conceitos: I - Consumidor: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo. Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros.

²⁴¹ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. La Noción de Consumidor en el Mercosur. p. 81.

²⁴² Artigo 18: A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados Partes, com as adequações que forem necessárias somente terá início após a aprovação do "Regulamento Comum

para proteção do consumidor, o que não ocorreu²⁴³. O Protocolo define consumidor apenas como quem seja parte de uma relação de consumo, atuando como destinatário final do produto ou serviço²⁴⁴. Ele acaba por aproveitar a definição trazida pela Resolução 123/1996²⁴⁵. O problema da definição trazida pelo Protocolo e pela Resolução, é que ela exclui os consumidores por equiparação que possam ser protegidos pelas legislações dos países²⁴⁶. Ela também trata exclusivamente de quem faz parte direta da relação de consumo, incluindo os entes coletivos e as pessoas jurídicas²⁴⁷.

Quanto à definição de fornecedor, o Protocolo adotou o conceito vigente nas legislações dos estados-parte do Bloco²⁴⁸, porém exclui os serviços de transporte e os bancários que não sejam destinados ao financiamento para aquisição de bens, e não abrange a proteção extracontratual do consumidor, em casos de acidentes, por exemplo²⁴⁹. No entanto, o Protocolo abrange as relações derivadas de contratos de consumo²⁵⁰, podendo-se considerar derivados dos contratos os acidentes ou defeitos com os produtos que causem danos ao consumidor²⁵¹. O Protocolo garante alguns direitos processuais, como a garantia de um foro especial para litigar, o do seu domicílio²⁵², devido à sua vulnerabilidade, e a possibilidade de

MERCOSUL de Defesa do Consumidor" em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum.

²⁴³ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 138.

²⁴⁴ Protocolo de Santa Maria – Anexo – Definições: a) Consumidor: É toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo. Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços.

²⁴⁵ Vide Nota 240.

²⁴⁶ De acordo com o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, no parágrafo único do artigo 2º, equipara-se a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Tal equiparação objetiva proteger pessoas que, não sendo consumidores diretamente num relação, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores, ao assumirem uma posição de vulnerabilidade em relação a eles. São chamados também de consumidores indiretos, e gozam da proteção legal.

²⁴⁷ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 140.

²⁴⁸ Protocolo de Santa Maria – Anexo – Definições: b) Fornecedor: É toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados Partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo.

²⁴⁹ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 140.

²⁵⁰ Artigo 1: O presente protocolo tem como objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja um consumidor, [...]. (grifo nosso)

²⁵¹ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 140-141.

²⁵² Artigo 4º: Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.

realizar atos à distância. Também estabelece regras para definição do domicílio das partes²⁵³, já que se aplica a relações de consumo entre fornecedores e consumidores com domicílios em diferentes estados-parte do Bloco²⁵⁴.

No entanto, como dito, ficou pendente de aprovação o Regulamento Comum de Defesa do Consumidor. Ele foi apresentado primeiramente ao Comitê Técnico n. 7. Do Comitê o texto foi enviado para a Comissão de Comércio do Mercosul em forma de Recomendação 1/97. Foi alvo de críticas, principalmente do governo brasileiro, que apontou representar um retrocesso em matéria de defesa do consumidor para o Brasil, pois derogaria artigos do Código de Defesa do Consumidor. Fatalmente, o Regulamento não foi aceito na XXV Reunião da Comissão de Comércio do Mercosul, realizada em dezembro de 1997 em Montevideu, o que tornou ineficaz o Protocolo de Santa Maria e a Resolução 123/1996²⁵⁵.

Mais recentemente, o Grupo Mercado Comum aprovou a Resolução 34/11 que estabelece alguns conceitos básicos da defesa do consumidor, tais como consumidor, fornecedor, relação de consumo, produto, serviço, dever de informação e oferta vinculante. Por consumidor definiu-se:

*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela. Não se considera consumidor aquele que sem se constituir em destinatário final adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços a fim de integrá-los como insumo direto a outros produtos ou serviços em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros.*²⁵⁶

Vê-se que a definição desta última Resolução manteve-se muito semelhante às definições anteriores da Resolução 123/1996 e do Protocolo de Santa Maria. Entretanto,

²⁵³ Artigo 3º Qualificação de domicílio

Para fins do estabelecido no presente Protocolo, considerar-se o domicílio: 1. quando se tratar de pessoa física, na seguinte ordem:

a) a residência habitual;

b) o centro principal de seus negócios;

2. quando se tratar de pessoa jurídica ou ente despersonalizado, na seguinte ordem:

a) a sede principal da administração;

b) o lugar onde funcionem filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação de pessoas jurídicas.

²⁵⁴ Artigo 2º Âmbito espacial

O Protocolo se aplicará as relações de consumo que vinculem fornecedores e consumidores:

a) com domicílio em diferentes Estados Partes do Tratado de Assunção;

b) com domicílio em um mesmo Estado Parte, desde que a prestação característica da relação de consumo tenha ocorrido em outro Estado Parte.

²⁵⁵ CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. La Noción de Consumidor en el Mercosur. p. 82.

²⁵⁶ Resolução GMC 34/11, Artigo 1º, A.

permanece incompleta, com já mencionado acima. Além disso, de acordo com tais definições, o Mercosul não possui uma legislação específica que protege a pequena empresa enquanto consumidor e a pessoa jurídica especialmente. No Brasil e na Argentina existe tal proteção, sobretudo em análises do caso concreto, constatada a vulnerabilidade do consumidor²⁵⁷.

Não se pode deixar de mencionar também a proposta brasileira de Convenção para a CIDIP VII²⁵⁸, no âmbito da OEA que, embora não diga respeito exclusivamente ao Mercosul, representa um avanço significativo dos países americanos como um todo na tentativa de estabelecer uma regra única para disciplinar as relações de consumo no âmbito internacional. A proposta brasileira recebeu contribuições da Argentina e do Paraguai, e foi simplificada após um encontro entre esses países em Buenos Aires, em 2009. Ela objetiva estabelecer um regramento aplicável aos países americanos visando eliminar os conflitos que surgem nas relações de consumo internacionais, com foco em duas situações específicas: a do consumidor turista e do que contrata a distância. No entanto, a CIDIP VII ainda está em discussão. É necessário que os países avancem um pouco mais no sentido de encontrarem uma disciplina comum e igualmente abrangente do consumidor no âmbito internacional. Apesar de todos os esforços, dentro e fora do Bloco, ainda se fez necessária uma efetiva harmonização dos direitos do consumidor considerando a realidade de cada estado membro, de forma que a lei alcance a todos em igual medida, o que ainda não aconteceu. Esse processo deve acontecer juntamente ao processo de integração.

Para tanto, necessário é que se atenda ao desafio de harmonizar o conceito de consumidor nos diversos países do Bloco, que variam, em função das normas e tradições jurídicas vigentes em cada país, como visto acima. Fazendo assim, torna-se possível a proteção do consumidor em qualquer lugar, e permite com que ele consuma em qualquer lugar sem qualquer receio de estar desprotegido. Claudia Lima Marques e Maria Laura Delaloye apontam para o fato de que o ordenamento jurídico dos países americanos ainda é lacunoso e insuficiente para atender à realidade de abertura ao comércio internacional²⁵⁹. Em função de tal constatação, foi feita a proposta de Convenção da CIDIP VII mencionada acima.

²⁵⁷ Mais informações em: PERES, Fabiana Prietos. Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul.

²⁵⁸ CIDIP – Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado. Nestas Conferências se estabelece um processo gradual e progressivo de elaboração de Convenções, de acordo com as matérias que são sugeridas pelos países participantes. No caso da CIDIP VII, o Brasil apresentou uma proposta de Convenção para a proteção dos consumidores na América – Direito aplicável a alguns contratos e transações internacionais e consumo.

²⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima; DELALOYE, Maria Laura. La Propuesta “Buenos Aires” de Brasil, Argentina y Paraguay: El más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores. p. 227.

Neste contexto, Claudia Lima Marques ressalta que, no tocante ao Direito Internacional, defende-se atualmente uma nova sistemática que efetivamente permita a aplicação de uma mesma norma em países diferentes, permitindo assim a unidade. Atualmente, a sistemática do Direito Internacional divide o estudo da matéria em Direito Internacional Público e Privado e funciona através de normas que apenas procuram resolver eventual conflito de competência nas relações internacionais, apontando a legislação aplicável em cada situação. As normas de Direito Internacional em sua maioria não possuem conteúdo de direito material. Contudo, aponta para necessidade de evoluir para um Direito Internacional impregnado de valores sociais, que tenham por finalidade a proteção da parte mais fraca, o consumidor. Assim como as normas nacionais protetoras da concorrência alcançaram níveis internacionais, as normas de proteção do consumidor deveriam evoluir neste sentido²⁶⁰.

No Brasil, as normas de Direito Internacional Privado são concentradas na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que hoje é chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁶¹. Referida lei contém normas que definem a lei aplicável no tocante à personalidade pessoa, ao casamento, para as hipóteses de casamento entre pessoas de nacionalidades diferentes, ao tratamento de seus bens e sucessão, e a lei aplicável às obrigações. As normas de direito internacional privado contidas na LINDB apenas apontam a norma aplicável ao caso. Claudia Lima Marques aponta para a necessidade de elaboração de normas específicas de DIPr. para a proteção dos consumidores. A autora ressalta que as normas de Direito Internacional, regulam o comércio internacional com base no equilíbrio entre os contratantes, e não considerando a vulnerabilidade do consumidor²⁶², como já

MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo.

²⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. p. 104-107. A autora aponta que as conexões atuais existentes no Direito Internacional para resolver os conflitos de competência são insuficientes para proteger o consumidor. A solução territorialista, por exemplo, que determina que o local de residência habitual do consumidor determina a lei aplicável, é insuficiente pois não alcança o consumidor turista, por exemplo. Assim, a tendência atual é de privilegiar a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos, limitando-a para que esta só prevaleça se for a melhor lei, mais favorável ao consumidor. p. 108-111.

²⁶¹ A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657 de 1942, teve seu nome alterado para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pela Lei 12.376/2010, com a intenção de ampliar seu campo de aplicação, já que as normas nela contidas não aplicam-se somente ao Direito Civil.

²⁶² Sobre o tema, mais detalhes em: MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. p. 107. Ao longo do texto, a autora ressalta que o Direito Internacional conta com diversas normas que procuram regular o Mercado. Entretanto, tais normas partem da

ressaltado acima. Tal posicionamento pode trazer impactos diretos à legislação brasileira e do Mercosul.

Apenas de forma breve, é pertinente apresentar algumas alterações que podem contribuir para um melhor tratamento do consumidor no âmbito internacional. Claudia Lima Marques defende a criação de um direito internacional privado imperativo e cogente de proteção do consumidor, superando o que existe atualmente, visando à proteção da parte mais fraca. Nessa linha, o artigo 9º da LINDB²⁶³, que determina as regras que regem as obrigações, teria que ser superado. Dispõe o artigo que aplica-se às obrigações a lei do país onde se constituírem. O § 2º do referido artigo complementa determinando que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente. No caso dos contratos de consumo, aplicando tal regra, a lei aplicável ao contrato seria a do local de residência do fornecedor. Caberia neste caso uma regra mais favorável ao consumidor²⁶⁴, como a aplicação da lei do domicílio do consumidor, entendido como sua residência habitual, como prevê o Protocolo de Santa Maria, por exemplo.

A outra solução proposta seria considerar o Código de Defesa do Consumidor como norma de aplicação imediata, sem que fosse necessário submetê-la às normas de DIPr. para indicação da lei aplicável²⁶⁵. A aplicação imediata é possível para algumas leis que sejam importantes e digam respeito à ordem pública interna de um país, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, conforme prevê seu artigo 1º. Sendo assim, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos que tenham conexão com o Brasil, sejam negociados a distância ou internamente, por nacionais ou estrangeiros, ou quando a oferta por feita no Brasil. O problema em se fazer isso é que a doutrina consumerista desconhece a teoria das leis de aplicação imediata e defende normas de DIPr. que estabeleçam a aplicação da lei do local

idéia de que existe um equilíbrio entre os contratantes, considerando as relações comerciais entre agentes econômicos que tem ferramentas de negociação entre si. No entanto, o caso do consumidor, parte mais fraca e vulnerável, permanece desprotegido pelas normas internacionais, mesmo no contexto do Mercosul. “*O tratamento jurídico de relações entre iguais não pode ser igual ao tratamento jurídico de relações entre diferentes, entre profissionais e leigos, entre fortes e fracos.*” p. 123-124.

²⁶³ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

²⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. p. 113-114.

²⁶⁵ De acordo com Claudia Lima Marques, a leis de aplicação imediata são aquelas que, por sua importância e íntimo contato com o interesse e ordem pública de um país, aplicam-se imediatamente para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem antes passar pelo método de DIPr. de indicação de uma lei aplicável. *Ibidem*. Op. Cit. p. 125.

do domicílio do consumidor. Por isso, torna-se importante atualizar as regras de DIPr., alterando a atual LINDB, de forma que ela contemple as questões referentes aos contratos de consumo²⁶⁶.

Entretanto, cumpre ressaltar que essas propostas são importantes, mas não são suficientes para resolver e equalizar as diferenças que existem entre as normas de proteção do consumidor vigentes em cada país membro do Mercosul. No âmbito do Bloco é necessário que se empreendam esforços para que se faça uma harmonização legislativa que efetivamente garanta uma proteção ampla e equânime dos consumidores mercosulenses, independente do local e dos fornecedores com quem contratam, que será visto adiante.

2.3.2. A Defesa da Concorrência no Mercosul

Antes, contudo, das considerações sobre Harmonização Legislativa, é importante alguns breves comentários sobre a disciplina da ordem econômica, especialmente da Defesa da Concorrência no âmbito do Bloco. Ora, no contexto internacional, seja ele qual for, aqui considerado o Mercosul, a aplicação dos princípios da ordem econômica é fundamental para garantir a liberdade entre os países. Se no cenário nacional a possibilidade de abusos é grande, empresas maiores conseguem dominar o mercado em detrimento de empresas menores, com menos recursos, no cenário internacional, esta possibilidade é ainda maior, pois as empresas geralmente refletem e carregam a força e o poder econômicos de seu país de origem, de forma que uma empresa originária de um país economicamente forte tende a se sobressair em relação a outras originárias de países economicamente fracos. Ademais, onde há mercado, há consumidor e concorrência. Portanto, a aplicação de princípios da ordem econômica no âmbito internacional, como a livre concorrência, pode possibilitar maior equilíbrio entre os agentes econômicos e mais proteção ao consumidor.

Assim como no direito do consumidor, que também é princípio da ordem econômica no Brasil, é necessário também que se uniformize os conceitos e regras nos diversos países que adotam suas próprias normas, para que igualmente o comércio e as trocas realizadas entre

²⁶⁶ Ibidem. Op. Cit. p. 125-137. Na parte final do texto, a autora traz algumas propostas de alteração da LINDB, e sugere a inserção de alguns artigos que tratem da questão dos contratos de consumo internacionais quanto às leis aplicáveis a essas situações.

eles submetam-se às mesmas regras, e gozem de uma segurança jurídica mais concreta, ainda que fora dos territórios nacionais.

Como visto no capítulo primeiro, o princípio da livre concorrência visa proteger o mercado e ser instrumento para possibilitar a implementação das políticas econômicas do Estado, de acordo com os princípios da ordem econômica. Sendo assim Desta forma, viável, pois, admitir que onde há mercado, há concorrência, que deve ser protegida. Portanto, o Mercosul, mercado comum, é um espaço que necessita da proteção da concorrência. Se existe no Mercosul um mercado delimitado, decorrente da livre circulação de bens e capitais, deve-se ter concorrência²⁶⁷. Portanto, havendo mercado, há necessidade de proteção da concorrência, e isso alcança também o comércio internacional. Se não houver proteção contra o abuso do poder econômico, não há proteção da livre concorrência, baseada na livre iniciativa, deixando de proteger a liberdade de uma forma geral. Logo, o comércio internacional não será livre. A mesma regra aplica-se no âmbito do Mercosul. Para garantir a liberdade do mercado comum, deve-se proteger a livre concorrência. Afinal, a existência de normas que digam respeito ao tema evitaria a ocorrência de incoerências entre as normas locais dos países, sejam elas antitruste, *antidumping*, ou até mesmo de competência.

Internacionalmente, uma possibilidade interessante pode ser a de combinar as disciplinas regionais da concorrência e os acordos bilaterais entre os blocos²⁶⁸. A OMC também poderia tornar-se responsável por implementar a defesa da concorrência internacional. Para tanto, é importante que os Blocos, inclusive o Mercosul, contem com uma disciplina própria de defesa da concorrência, visando o melhor funcionamento do comércio entre os países do Bloco, o que acabaria por fortalecê-lo economicamente, e também contribuiria para uma disciplina internacional do tema.

A questão da ordem econômica, especificamente no tocante à concorrência, está prevista no Artigo 4º do Tratado de Assunção, que determina que:

Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

²⁶⁷ KLEIN, Vinícius. O Direito da Concorrência no Mercosul. p. 192.

²⁶⁸ Ibidem. Op. Cit. p. 195.

Como consequência, foi assinado o Protocolo de Fortaleza, que se trata do Protocolo Mercosul de Defesa da Concorrência. O Protocolo corresponde a decisão 18/96, do Grupo Mercado Comum, e foi promulgado pelo Brasil através do Decreto 3.602/2000.

O Protocolo já inicia, em seu preâmbulo, ressaltando a importância da livre circulação de bens e serviços entre os estados-partes, para a garantia de uma adequada política concorrencial, a igualdade de condições entre os seus membros, o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais e a necessidade de se estabelecerem diretrizes que assegurem o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração²⁶⁹. Também estabelece como âmbito de aplicação as práticas que tenham como mercado relevante mais de um Estado e que afetem o comércio entre os Estados-partes²⁷⁰. Os pontos centrais do Protocolo são a obrigação mútua de defenderem as regras da concorrência como regra de convivência econômica e a rejeição de todas as ações coordenadas que prejudiquem a livre iniciativa, com a finalidade de consolidar a união aduaneira entre os países-membros do Bloco²⁷¹.

O Capítulo II do Protocolo trata dos atos que restringem a concorrência, definidos como aqueles individuais ou em conjunto, independentemente de culpa, que tenham por objeto liminar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado²⁷². Semelhantemente à lei brasileira, conforme será visto adiante, as condutas abusivas são elencadas exemplificativamente no Art. 6º do Protocolo, porém só são passíveis de punição se contrárias à concorrência, se as consequências forem danosas. “*Essa disposição decorre do reconhecimento da licitude do poder econômico, punindo apenas o seu abuso*”²⁷³.

O Protocolo trata também dos procedimentos e dos órgãos encarregados da aplicação do Protocolo, quais sejam o Comitê de Defesa da Concorrência, criado pelo Protocolo, a Comissão de Comércio do Mercosul e os órgãos nacionais de aplicação do Protocolo.

²⁶⁹ BASTOS, Aurélio Wander. A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais. p. 11.

²⁷⁰ Protocolo de Fortaleza, Art. 2º: As regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado e a outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetam o comércio entre os Estados Partes.

Parágrafo Único. Incluem-se entre as pessoas jurídicas a que se refere o *caput* deste artigo as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal. (grifo nosso)

²⁷¹ BASTOS, Aurélio Wander. A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais. p. 11.

²⁷² Protocolo de Fortaleza, Art. 4º.

²⁷³ KLEIN, Vinicius. O Direito da Concorrência no Mercosul. p. 197.

Referido Comitê é formado pelos órgãos nacionais de aplicação do protocolo²⁷⁴. Os órgãos nacionais darão início ao procedimento e cuidará da instrução do procedimento, seguindo os critérios do Comitê, tais como definição do mercado relevante e da sua estrutura econômica e os meios de prova a serem produzidos. Apresentará parecer a respeito do procedimento ao Comitê, que definirá as infrações cometidas e suas sanções. O órgão nacional também executará as medidas definidas pelo Comitê²⁷⁵.

O Protocolo traz ainda a possibilidade de se firmar um compromisso de cessação com o infrator, pelo qual este se obrigará a cessar sua prática, mediante a imposição de multa pelo descumprimento do Compromisso²⁷⁶. Também prevê as sanções que poderão ser aplicadas: (i) multa baseada nos lucros obtidos com a prática infratora, (ii) proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer estados-partes, e (iii) proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer estados-partes²⁷⁷. E, dispõe que as controvérsias serão solucionadas no âmbito dos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto²⁷⁸.

Por fim, é importante comentar a regra prevista no Artigo 7º do Protocolo que determina que:

Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul. (grifo nosso)

Note-se que referido artigo trata da necessidade de harmonização das legislações nacionais para que se possa integrar as medidas de defesa comercial, e fortalecer o Bloco. O Protocolo preenche uma necessidade, mas precisa ser aperfeiçoado com a harmonização das legislações dos estados-partes, e “*avançar para as demais políticas de defesa comercial, protegendo a liberdade de circulação de bens e serviços e mormente a liberdade de*

²⁷⁴ Protocolo de Fortaleza, Art. 8º: Compete à Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do artigo 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência, aplicar o presente Protocolo.

Parágrafo Único. O Comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intergovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo em cada Estado Parte.

²⁷⁵ O Procedimento de Aplicação está previsto no Capítulo V do Protocolo, que inicia-se pelo Artigo 10: Os órgãos nacionais de aplicação iniciarão o procedimento previsto no presente Protocolo, de ofício, mediante representação fundamentada ou de parte legitimamente interessada, que deverá ser encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, juntamente com avaliação técnica preliminar.

²⁷⁶ Protocolo de Fortaleza, Artigos 22 e 23.

²⁷⁷ Protocolo de Fortaleza, Artigo 28.

²⁷⁸ Protocolo de Fortaleza, Artigo 31.

*iniciativa, ou seja, a ausência de impedimentos para a acessibilidade do mercado pelos agentes econômicos.*²⁷⁹.

Assim, vê-se que o Protocolo de Fortaleza materializou o direito da concorrência no âmbito do Mercosul. Mas ele ainda precisa de concretização, embora já represente um grande passo. Deve-se, portanto, ter em mente que a livre iniciativa deve ser garantida, em que pese todas as diferenças existentes entre os países e seus agentes econômicos.

2.3.3. Harmonização Legislativa

Ainda no âmbito de proteção do consumidor e da ordem econômica, merece atenção a questão da Harmonização Legislativa, aspecto importante da integração. A Harmonização Legislativa tem previsão no Tratado de Assunção, no Artigo 1, como uma das condições de funcionamento do Mercado Comum: “*O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.*”; e também no Protocolo de Ouro Preto, no Artigo 25, como uma das atribuições da Comissão Parlamentar Conjunta, conforme já mencionado.

A Harmonização Legislativa consiste no conjunto de ações tendentes a remover os obstáculos que os ordenamentos jurídicos nacionais opõem a implantação e desenvolvimento dos processos de integração²⁸⁰. Trata-se de uma necessidade para fortalecer o tal processo. Contudo, a harmonização possui um caráter instrumental visando os objetivos comunitários e a própria integração. Trata-se também de um processo dinâmico que deve se basear em princípios fundamentais coincidentes, sem desconsiderar as particularidades e necessidades nacionais. E, apesar de todas as aparentes dificuldades, em função de tais particularidades, a harmonização legislativa é importante para o processo de integração, pois constitui-se na base de um futuro Direito Comunitário, uma vez que estabelece suas bases sobre princípios comuns²⁸¹.

²⁷⁹ KLEIN, Vinícius. O Direito da Concorrência no Mercosul. p. 199.

²⁸⁰ Ressalte-se que a harmonização deve ser fruto de um estudo de direito comparado para que alcance os resultados pretendidos. Vide notas iniciais do Capítulo sobre direito comparado. TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O Papel do Direito Comparado na Globalização.

²⁸¹ KLOR, Adriana S. Dreyzin de. El Mercosur. p. 180-181.

Alguns fatores devem ser considerados para a efetivação da Harmonização Legislativa. Dentre eles, destacam-se: as normas previstas do Tratado fundacional, no caso do Mercosul, o Tratado de Assunção, a necessidade da matéria a harmonizar, as reais possibilidades de se efetuar uma harmonização legislativa e os critérios de oportunidade para fazê-lo. Deve-se ter em mente que a harmonização importa em alguma medida na perda de competência legislativa que, aos poucos, é transferida para o Bloco²⁸². Um dos objetivos é eliminar as diferenças nas legislações nacionais que impedem o bom funcionamento do Bloco, seja por divergências, seja por carência legislativa. Essa conduta é denominada de princípio harmonizador²⁸³.

Importante ainda diferenciar a harmonização de outros estágios de aproximação dos ordenamentos jurídicos, como a coordenação e a aproximação, que são estágios inferiores à harmonização. O primeiro, consiste apenas em se implementar pequenas modificações visando obter algumas linhas gerais comuns. A aproximação, por sua vez, consiste em alterações mais consistentes nas legislações nacionais, aproximando-as, inclusive no que se refere às políticas dos Estados. A harmonização seria um estágio superior a estes dois primeiros, pois consiste num esforço em eliminar as diferenças e inconsistências entre as legislações nacionais sobre o mesmo tema²⁸⁴.

Sendo assim, no tocante ao tema objeto do nosso trabalho, a proteção do consumidor e a ordem econômica, em especial, a defesa da livre concorrência, deve-se observar esses pontos no tocante à harmonização legislativa. Gustavo Tepedino considera que a proteção do consumidor poderia funcionar como um laboratório de harmonização legislativa no campo das relações privadas. Para ele a matéria oferece ao intérprete uma oportunidade para “*investigar os critérios de compatibilização das normas constitucionais com a legislação infraconstitucional, evidenciando a necessidade de superar diferenças legislativas.*”²⁸⁵. Embora não sejam extremas, existem diferenças entre as regras de proteção do consumidor dos países membros do Bloco. O autor ressalta ainda que o Brasil possui uma lei protetora das relações de consumo, que oferece um nível de proteção aos consumidores maior do que os demais países²⁸⁶. Destaque-se a questão da responsabilidade objetiva e da inversão do ônus da

²⁸² Ibidem. Op. Cit. p. 182.

²⁸³ Ibidem. Op. Cit. p. 183.

²⁸⁴ Ibidem. Op. Cit. p. 184-187.

²⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário. p. 43.

²⁸⁶ No caso de Brasil e Argentina, Gabriel Stiglitz entende que “*Desde el punto de vista comparativo entre las normas de Brasil y Argentina, puede destacarse que, a pesar que el Código brasileiro consagra un sistema de protección bastante más amplio que el argentino, coinciden en las soluciones a las cuestiones más relevantes, en*

prova, que não encontraram pontos de acordo com as legislações todos os outros países²⁸⁷. Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor poderia ser o parâmetro para a implementação da harmonização legislativa nesta matéria, mantendo a proteção dos interesses dos consumidores como objetivo central no processo de harmonização.

A harmonização legislativa em relação à proteção do consumidor é ainda sobremodo importante no contexto do Mercado Comum, uma vez que níveis nacionais diferentes de proteção geram distorções na concorrência internacional, e podem favorecer fornecedores nacionais em detrimento dos internacionais, e o contrário também. Tais diferenças podem funcionar como barreiras não tarifárias²⁸⁸ para produtos estrangeiros, se for muito rigorosa, e também se for muito leniente, pois esta favorecerá os fornecedores locais, que não terão tamanha preocupação, ao contrário dos estrangeiros que terão que considerar suas próprias legislações locais em seus custos²⁸⁹. Gustavo Tepedino destaca a preocupação com o Brasil, que conta com uma legislação mais protetiva que as demais. Tal proteção, atuando como barreira não tarifária, poderia levar a uma modificação da legislação brasileira em favor de um nível inferior de proteção, de modo a favorecer a concorrência em igualdade por todos os países do Bloco. Nas palavras de Tepedino, *“torna-se inadiável, portanto, passar em revista a legislação brasileira em matéria de proteção do consumidor, confrontando-a com a dos demais países do Mercosul, perquirindo nas fontes normativas os critérios que deverão presidir a harmonização.”*²⁹⁰. Entretanto, o autor ressalta que a harmonização não pode

orden a la influencia sobre la circulación de mercaderías en el mercado común. Por ello puede concluirse que existe un nivel mínimo de armonía legislativa entre ambos países, que permite un funcionamiento, jurídicamente adecuado, del intercambio en el sistema de integración económica.” STIGLITZ, Gabriel. El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur.

²⁸⁷ BASTOS, Aurélio Wander. A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais. p. 7 e 9. O autor ressalta que a questão da responsabilidade objetiva e da inversão do onus da prova são conquistas importantes na proteção do consumidor brasileiro e tornaram-se fundamentais. Isso significa que seja no processo de harmonização, seja na elaboração de um Protocolo sobre as relações de consumo no Mercosul, o não reconhecimento destes institutos inviabilizaria a participação do Brasil, pois representaria um retrocesso.

²⁸⁸ São barreira não tarifárias aquelas que não se referem ao pagamento de exações, de cunho pecuniário, sobre a importação, exportação ou trânsito de bens, serviços ou mercadorias. No entanto, indiretamente, tais encargos podem ter impacto no comércio. FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. A Influência da Integração Econômica na Reconfiguração dos Modelos de Estado. p. 284-285.

No caso da proteção do consumidor, a preocupação com uma legislação mais rigorosa por parte dos fornecedores poderá causar impactos em seus custos, assim como a ausência de proteção pode representar menor custo ao fornecedor. Por isso é importante a harmonização no âmbito do Bloco, para conferir igualdade a todos os países membros.

²⁸⁹ KLAUSNER, Eduardo Antonio. Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional. p. 50-51.

²⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário. p. 43.

representar a recepção de normas que contrariem os valores já estabelecidos no ordenamento²⁹¹.

Aurélio Wander Bastos demonstra uma preocupação com a questão das empresas de pequeno porte e das economias locais, seja no Brasil, seja nos demais países. Para ele, a sintonização ou harmonização das legislações com as práticas globais, deve levar em consideração as empresas de pequeno porte. Mas também considera importante para a proteção das economias internas, locais e artesanais. Deve-se implementar a harmonização e a legislação no âmbito do Bloco, garantindo as condições de competitividade das pequenas e médias empresas²⁹². Isso demonstra que a harmonização legislativa das leis de proteção do consumidor deve ser acompanhada da harmonização das leis de defesa da concorrência e proteção dos princípios da livre concorrência e demais princípios da ordem econômica.

Outrossim, deve-se cuidar para que a legislação vigente no âmbito do Bloco não ofereça proteção aquém daquela que é oferecida pelas legislações locais, tanto em termos de proteção do consumidor, como em termos de proteção dos direitos das empresas, para que não se configure uma barreira não tarifária para a livre circulação entre os países do Mercosul. Não há no Mercosul, por exemplo, uma proteção efetiva do consumidor pessoa jurídica, como acontece em alguns países como Brasil e Argentina, como já exemplificado acima²⁹³. Neste caso, as normas em vigor no âmbito do bloco reduzem a proteção em vigor nestes países, o que não pode acontecer, prejudica a harmonização e ao mesmo tempo limita as possibilidades de negócios entre os consumidores dos países do bloco, que fora de suas fronteiras não gozam da mesma proteção que gozam internamente.

A disciplina jurídica de proteção do consumidor e de regulação da ordem econômica no âmbito do Mercosul e de quaisquer outras organizações internacionais, sejam blocos econômicos ou organizações como a OMC, são importantes porque atuam em um campo que os países individualmente não conseguem alcançar. Cada país tem condições de disciplinar e regulamentar aquilo que acontece internamente. O que acontece além das fronteiras nacionais fica fora do alcance da soberania dos Estados. No entanto, a globalização intensificou o número de relações que acontecem fora deste alcance do Estado, o que gera um sem número de situações sobre as quais não se tem previsão e com as quais não se pode lidar da mesma forma que se lidaria internamente. Essas situações, porém, encontram-se no alcance das

²⁹¹ *Ibidem*. Op. Cit. p. 47.

²⁹² BASTOS, Aurélio Wander. A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais. p. 9-10.

²⁹³ PERES, Fabiana Prietos. Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul. p. 147.

normas internacionais, sejam elas emanadas dos Blocos ou das Organizações, de forma que o que acontece fora das fronteiras nacionais fica protegido por esta jurisdição, reduzindo a possibilidade de trazerem consequências inesperadas aos países que delas participam. Ao menos, é essa a intenção das normas internacionais: regular as relações que se estabelecem além das fronteiras nacionais, regulando e possibilitando que se observem direitos e garantias também no contexto externo ao Estado.

O quanto apresentado no presente capítulo procurou evidenciar e ressaltar a importância da integração e harmonização legislativa no âmbito do Mercosul, para que o consumidor, pessoa física ou jurídica, e todos os negócios realizados entre os países membros, fora das fronteiras nacionais, estejam protegidos, o que pode favorecer e intensificar as trocas entre os países e o fortalecimento do Bloco e da região, concretizando uma integração genuína entre os países.

Ainda assim, como visto acima, o Mercosul ainda não estabeleceu a união dos ordenamentos nem mesmo um poder normativo com força vinculante. Portanto, as normas emanadas dos Órgãos de Direção do Mercosul dependem do compromisso e da intenção dos Estados de efetivarem o seu conteúdo normativo²⁹⁴. Cabe aos países se disporem a adotar e observar as normas emanadas do Bloco. Não significa abrir mão da legislação local, que continua em vigor nos seus respectivos territórios nacionais, mas sim fazer valer, nas relações que ultrapassarem as fronteiras nacionais e estiverem no âmbito de alcance do Bloco, as normas emanadas pelo Bloco.

Cabe concluir esta parte com a ponderação de Jean Michel Arrighi que, apesar de coexistir um forte processo de desregulação de um lado, mas múltiplas experiências integradoras por outro, o grande objetivo do Bloco é promover a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. Alcançando tal objetivo, os resultados serão positivos para os consumidores de todos os países participantes do Bloco²⁹⁵.

Adiante, no último capítulo do trabalho, o trabalho volta os olhos novamente à legislação brasileira, para apresentar como, considerado todo o cenário apresentado, considerando a participação e inserção do Brasil em um Mercado Comum Regional, algumas formas de solucionar o aparente conflito entre a proteção dos direitos do consumidor, direito fundamental assegurado pela Constituição, e os princípios da ordem econômica, em especial da livre concorrência, que visam proteger as empresas, a livre iniciativa e o livre comércio.

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário. p. 41.

²⁹⁵ ARRIGHI, Jean Michel. La Protección de los Consumidores e y el Mercosur. p. 134.

CAPÍTULO III. A TENDÊNCIA À HARMONIZAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

No presente capítulo, o objetivo é propor algumas formas de solucionar o aparente conflito entre a proteção dos direitos do consumidor, direito fundamental assegurado pela Constituição e princípio da ordem econômica, e a livre concorrência, também princípio da ordem econômica.

Primeiramente, é necessário se ter em mente que, no Direito, por vezes, os conflitos são inevitáveis, em função do pluralismo mesmo que marca a sociedade e é visível também no texto constitucional. No tocante ao tema em análise, o conflito poderá estar presente em inúmeras situações. Sendo assim, muitas vezes, uma das formas de eliminar ou solucionar os conflitos, além de uma interpretação adequada, será a aplicação de critérios de ponderação e a coordenação das normas do ordenamento.

O ordenamento jurídico brasileiro e a Constituição Federal protegem a livre iniciativa e o funcionamento dos mercados, surgindo o sistema capitalista como forma de funcionamento da economia. Embora exista intervenção e regulação, existe certa medida de liberdade, que deve ser protegida quando não coloca em risco outros direitos igualmente importantes. Da mesma forma, protege o consumidor, seus direitos fundamentais e sua liberdade. A questão que aflora é que, aparentemente, quando analisados separadamente, podem parecer incompatíveis, pois os interesses das empresas e dos consumidores, embora presentes em um projeto de colaboração para atingir fins comuns, são distintos²⁹⁶. Contudo, na realidade constitucional, devem encontrar ambiente de harmonia. E se o Código de Defesa do Consumidor assim o diz nos arts. 4º, III, e 51, IV, assim o faz em respeito aos ditames constitucionais, especialmente do art. 170.

Havendo, portanto, conflito, não se pode arbitrariamente escolher um interesse em detrimento do outro. Segundo Barroso, deve-se determinar a solução que “*melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.*”²⁹⁷ A proteção do consumidor é princípio da

²⁹⁶ O consumidor quer pagar o mínimo possível pelo bem ou serviço, enquanto o fornecedor deseja minimizar os custos e aumentar seu lucro o mais possível. No entanto, a obrigação hoje é vista como um processo de cooperação, em que as partes devem agir com boa-fé.

²⁹⁷ BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 23.

ordem econômica, assim como os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, e como princípios de uma mesma ordem, devem conviver harmonicamente, visando o bom funcionamento do sistema e a promoção dos direitos de todos os envolvidos, pois tratam-se de princípios constitucionais, que ocupam o mesmo nível hierárquico no ordenamento. Além disso, a proteção do consumidor pessoa física, traz em seu bojo a proteção da própria pessoa humana e a sua dignidade. Portanto, em algumas situações, ela poderá ter primazia²⁹⁸.

Por esta razão, torna-se importante analisar mais profundamente tais questões, e verificar quais os mecanismos e o qual direito ou interesse deverá prevalecer em cada situação. Importante ainda verificar os mecanismos de interpretação da Constituição e o chamado Diálogo de Fontes, que auxiliam na utilização adequada dos critérios de ponderação, e no estabelecimento do que deverá ter primazia em cada caso. Vale lembrar da lição de Konrad Hesse sobre a importância de uma interpretação construtiva para garantir a força normativa da Constituição²⁹⁹.

Também é necessário analisar o funcionamento do Sistema de Defesa da Concorrência e a questão do abuso do poder econômico, por parte dos agentes econômicos, que muitas vezes ferem o direito do consumidor, e também o abuso de direito de consumidores e fornecedores. Os primeiros, embora sejam, em geral, vulneráveis e hipossuficientes, e necessitem da proteção que lhes é conferida, em algumas situações abusam da sua condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, para obter ganhos e vantagens indevidas. São exemplo disto os inúmeros pedidos de dano moral que assoberbam o Poder Judiciário, e que, em muitos casos, não são cabíveis³⁰⁰.

3.1. Ordenamento Jurídico Brasileiro – Tendência à Harmonização

3.1.1. A Intepretação da Constituição

Já foi visto no início do presente trabalho que a Constituição Federal Brasileira é

²⁹⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional.

²⁹⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. p. 23.

³⁰⁰ Veja Tópico 3.3. deste Capítulo.

uma constituição programática, que traz normas referentes a diversos ramos da vida da sociedade, seja no âmbito público, seja no privado. Ela garante a proteção do consumidor, como direito fundamental e como princípio da ordem econômica, e também protege a atividade econômica, estabelecendo princípios que permitem o funcionamento das empresas, de forma que elas respeitem a concorrência e a liberdade dos demais agentes econômicos, através do princípio da livre concorrência.

Em resposta às normas constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro como um todo protege a livre iniciativa, o funcionamento dos mercados e o sistema capitalista como forma de funcionamento da economia. Embora exista intervenção e regulação do Estado na economia, existe certa medida de liberdade, que deve ser protegida quando não coloca em risco outros direitos igualmente importantes. Da mesma forma, protege o consumidor. Havendo, portanto, conflito, não se pode arbitrariamente escolher um interesse em detrimento do outro.

A interpretação da Constituição é de vital importância para garantir a coexistência e harmonia de todo o sistema jurídico, mesmo nas situações em que se esteja diante de um aparente conflito. Sabe-se que as normas constitucionais, se vistas isoladamente, podem aparentar estar em contradição uma com a outra, pois tratam de diversos aspectos da sociedade plural. É o que acontece com os direitos do consumidor e a proteção da ordem econômica. Vistos isoladamente, é possível se concluir que a proteção do consumidor é incompatível com a liberdade das empresas e o bom funcionamento dos mercados, e que, a proteção das empresas e a sua liberdade é incompatível com a proteção do consumidor³⁰¹.

Para que a idéia do aparente conflito comece a ser desfeita, é importante que o operador do Direito interprete a Constituição e as normas ali contidas de forma adequada, para que o ordenamento jurídico se torne um todo harmônico, começando pela Constituição, visto que ela ocupa o centro do ordenamento, e influenciando e condicionando as demais normas infraconstitucionais. Existem alguns caminhos para se alcançar tal harmonia, partindo da interpretação, seja da Constituição, seja das normas infraconstitucionais. Assim, a Constituição deve ser interpretada de forma sistêmica, a chamada Interpretação Sistemática da Constituição³⁰², considerando o ordenamento jurídico como uma unidade. Deve-se também

³⁰¹ Esta seria o primeiro, embora o mais pobre método interpretativo: o da interpretação literal, que, ao revés, deve ser seguido, sem uma ordem necessária, porém de forma complementar, por outros tantos métodos úteis: lógico, histórico; teleológico; ab-rogante, entre outros.

³⁰² A interpretação sistemática elimina as quebras e lacunas presentes no sistema, pois permite que se interprete todo o conteúdo do sistema baseado nos mesmos valores, valores estes que informam todo o ordenamento, de

considerar e sopesar os princípios constitucionais e demais normas infraconstitucionais, e procurar interpretar estas últimas sempre conforme a Constituição.

Ora, a Constituição encontra-se no topo do ordenamento, e por isso a partir dela é possível alcançar sua unidade interna, constitucional, e externa, em relação a todo o ordenamento, já que todas as normas se subordinam aos seus ditames³⁰³. Deve-se, pois, interpretá-la, e às demais normas, considerando o todo composto pelo ordenamento e a harmonia deste todo³⁰⁴.

Antes de aprofundar em alguns aspectos da Interpretação, é mister compreender que o ordenamento jurídico forma um sistema, um sistema jurídico, e como sistema, ele ostenta algumas características que exigem uma interpretação que o respeite inteiramente. Primeiro, porque um sistema é caracterizado pela ordem e pela unidade³⁰⁵. A partir do conceito de sistema jurídico de vários autores, pode-se definir sistema como um conjunto de conceitos e princípios ordenado³⁰⁶. O sistema jurídico, especificamente, composto pelas normas do ordenamento, deve ser informado pelo mesmo conjunto de valores. Deve, pois, o sistema, traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade da ordem jurídica, e interpretar-se a partir do pensamento sistemático. Pode-se então definir sistema jurídico como uma “*ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais*”³⁰⁷. Apesar de o sistema estar sujeito a aperfeiçoamento em função da mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais³⁰⁸, a tarefa de interpretação propicia o aperfeiçoamento do Direito, delimitando as contradições e complementando as lacunas. A solução conforme o sistema é a que vincula e que se justifica dentro da ordem jurídica, além de conferir segurança jurídica às interpretações dentro do

forma que exista coerência e segurança jurídica. CANARIS, CLAUS-WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. p. 159-160.

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. p. 128.

³⁰⁴ “*A busca da harmonia entre diferentes ditames constitucionais é uma tarefa que se impõe a qualquer um que pretenda interpretar a Lei Fundamental ou aplicá-la a casos concretos.*” SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Consituição Federal. p. 28.

³⁰⁵ Como será visto, a Constituição também constitui uma unidade, que se irradia por todo o sistema. A unidade é vital para a manutenção do sistema. Sem ela, não existe sistema.

³⁰⁶ CANARIS, CLAUS-WILHELM. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. p. 10-11.

³⁰⁷ *Ibidem*. Op. Cit. p. 280. Uma outra acepção de sistema ou ordenamento jurídico e que merece referência é a de Pietro Perlingieri, quando discorre: “*O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico não é nada mais do que nascimento, atuação, modificação e extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes.*” PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. p. 113-114. No mesmo sentido, a lição de: AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. p. 159-169.

³⁰⁸ Claus-Wilhelm Canaris chama o sistema jurídico de sistema aberto, por estar sujeito a tais aperfeiçoamentos decorrentes da mutabilidade dos valores fundamentais. Op. Cit. p. 104 e 281.

mesmo ordenamento³⁰⁹.

Por isso, a tarefa de interpretação, como mencionado, deve submeter-se aos princípios da supremacia e unidade da Constituição, que, junto com as demais normas, compõem o sistema jurídico, para que seja sempre conforme o disposto no texto Constitucional, e garanta a unidade e a coerência do sistema a partir da Constituição. Considerar que a Constituição encontra-se no vértice do ordenamento significa que todas as normas abaixo dela devem estar de acordo com seus preceitos³¹⁰. Do contrário, não devem ser admitidas no ordenamento. Além disso, deve-se interpretar as leis de acordo com a Constituição. A interpretação conforme a Constituição reduz a possibilidade de a norma ser considerada inconstitucional. Trata-se da necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo e excluir a interpretação que contrarie a Constituição, é a “*escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição*”³¹¹. Portanto, as normas infraconstitucionais, sejam quais forem, e no caso específico, o Código de Defesa do Consumidor, a lei de Defesa da Concorrência, e o Código Civil, devem ser interpretados conforme a Constituição, de forma que encontrem harmonia no ordenamento jurídico. Esses mecanismos conferirão unidade e coerência à Constituição e a todo o ordenamento dela emanado.

A unidade do ordenamento tem seu ponto de partida na Constituição e dela se irradia por todo o sistema³¹². Considerando tal unidade, uma disposição constitucional deve ser interpretada levando em consideração os demais comandos constitucionais, evitando que exista contradições entre elas. Em princípio, não existem conflitos entre as normas constitucionais³¹³, pois são fruto da vontade unitária emanada da própria Constituição. Entretanto, caso conflitos venham a existir, deverá o intérprete buscar a harmonização entre

³⁰⁹ Para um maior e melhor aprofundamento sobre os sistemas, veja CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.

³¹⁰ Com isto, não se pode olvidar o importante papel que os Tratados Internacionais vêm desempenhando no âmbito do direito interno, especialmente aqueles relativos aos Direitos Humanos (art 5º, § 2º e 3º, CRFB). Da mesma forma, o Direito Comunitário (art 4º, § único, CRFB), uma vez que os ordenamentos respectivos vêm reconhecendo a superioridade do direito comunitário sobre o de caráter nacional, no que tange às matérias citadas na integração. A este respeito: FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Evolución de Derecho Internacional de los Derechos Humanos em las Constituciones Latinoamericanas*.

³¹¹ *Ibidem*. Op. Cit. p. 175.

³¹² Salientando a importância não só das normas constitucionais, mas de normas internacionais, em especial, para uma visão também de unidade e coerência do sistema, porém adequada aos seus reais interesses e não os dos países colonizadores, merece referência: MEDICI, Alejandro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*.

³¹³ Muito embora, em algumas situações, e entre determinadas normas, como mencionado acima, pareça haver conflito, as normas constitucionais foram criadas para conviverem em harmonia.

eles, sem que elas se anulem³¹⁴. Em algumas situações, uma terá prevalência sobre a outra, dependendo da necessidade, o que será definido após uma criteriosa ponderação, mecanismo que será visto adiante. Nestes casos, deve-se procurar a solução onde a restrição à eficácia seja a menor possível³¹⁵. A unidade da Constituição, pois, tem como objetivo “*reconhecer as contradições ou tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas*”. É o papel de harmonização para daí alcançar o equilíbrio de todo o sistema.

Reitere-se que Konrad Hesse ressalta a importância de uma interpretação construtiva para garantir a força normativa da Constituição³¹⁶. Foi apontado no primeiro capítulo que a Constituição Brasileira de 1988 carrega consigo a intenção e pretensão de exercer força normativa dentro do ordenamento³¹⁷, de forma a constituir o seu centro. Ora, a interpretação construtiva, além de outras funções, deve procurar harmonizar o conteúdo do texto, possibilitando e auxiliando o perfeito encaixe das engrenagens representadas pelas normas contidas nele. Havendo aparentes contradições ou conflitos, uma interpretação construtiva e a utilização de critérios de ponderação podem atuar como promotores deste funcionamento harmônico, eliminando o conflito.

Em relação aos princípios, o intérprete deve tê-los como seu ponto de partida, já que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins³¹⁸. Os princípios revelam a base em que se fundam os preceitos constitucionais. “*Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. [...] são precisamente a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica*”³¹⁹. Por se constituírem nas premissas básicas da ordem jurídica, eles se irradiam por todo o sistema e indicam os caminhos a serem percorridos. Eles têm ação imediata, quando diretamente aplicáveis às relações jurídicas, e mediata, como critério de interpretação e ponderação do texto constitucional³²⁰. A esse

³¹⁴ Ibidem. Op. Cit. p. 183.

³¹⁵ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. p. 29.

³¹⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. p. 23. O autor ressalta que “*o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.*” p. 27.

³¹⁷ Como visto no Capítulo I, A Constituição deixa de ser um conjunto de regras aplicável apenas às relações do Estado, e passa a irradiar efeitos e ter caráter normativo sobre todas as relações. Assim, o conteúdo do texto constitucional passa a ter caráter de norma, devendo, portanto, ser observado.

³¹⁸ A esse respeito veja: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. p. 141 e 142.

³²⁰ Ibidem. Op. Cit. p. 142 e 143.

respeito, ressalta-se que atualmente os princípios são normas constitucionais³²¹. Segundo Paulo Bonavides os princípios constitucionais alcançaram tal nível hierárquico, que permite identificá-los como norma das normas, como ele explica:

*Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inserida na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas.*³²²

Luís Roberto Barroso ressalta, contudo, que nem todos os princípios possuem o mesmo raio de atuação, pois dividem-se em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais³²³. Os princípios fundamentais são aqueles que contêm a estrutura do Estado, são os fundamentos da organização Estatal³²⁴. Os princípios gerais se irradiam por toda a ordem jurídica pois constituem-se nos princípios que especificam os direitos fundamentais, como os princípios da legalidade e da isonomia. E os princípios setoriais ou especiais regem um conjunto específico de normas, por isso se irradiam limitadamente, mas com âmbito de atuação supremo³²⁵. Encontram-se entre os princípios setoriais ou especiais, os da ordem econômica, que podem ainda ser divididos em princípios de funcionamento e princípios-fins³²⁶. Estes últimos contêm os objetivos que se pretende alcançar pela ordem econômica. Os princípios de funcionamento, por sua vez, estabelecem os parâmetros sobre os quais a ordem econômica deve se basear. A livre concorrência e a defesa do consumidor são princípios de funcionamento.

³²¹ Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos os princípios superaram a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica. As normas constitucionais dividem-se em duas categorias: regras e princípios. As primeiras são relatos objetivos, descritíveis de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto de situações. Os últimos contêm maior grau de abstração, não especificam conduta e se aplicam a um conjunto amplo. Mais em: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 337-339. Sobre princípios e regras, veja também DWORKING, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 260-261.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. p. 143-150. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 364-367.

³²⁴ Paulo Bonavides aponta que a ordem de valores apontada pela constituição começa pela dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, que são os esteios da ordem política e da paz social. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 261.

³²⁵ Ibidem. Op. Cit. p. 144 e ss.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. p. 8.

A livre iniciativa é princípio fundamental da República, deixando claro que o Brasil optou pelo capitalismo, e a livre concorrência e a defesa do consumidor são princípios da ordem econômica, princípios setoriais ou especiais. Estes, embora tenham irradiação limitada, atuam com supremacia no que diz respeito à ordem econômica. Além disso, a proteção do consumidor constitui direito fundamental, previsto no artigo 5º do texto constitucional. Resta evidente que a ordem constitucional estabelece a coexistência harmônica de toda esta estrutura. O intérprete e o aplicador da lei devem considerá-los em cada caso concreto e seguir suas prescrições. Entretanto, eles também funcionam como limites máximos interpretativos, reduzindo a discricionariedade e subjetividade do aplicador da norma, que deverá motivar seu convencimento, de acordo com os princípios estabelecidos³²⁷. Em contrapartida, os princípios não são absolutos. O princípio da livre concorrência e a proteção do consumidor devem ser ponderados com outros valores e normas constitucionais. Podem eventualmente ser limitados pela atividade fiscalizadora e reguladora do Estado, para se retornar ao equilíbrio, nas hipóteses de abusos³²⁸.

Deve-se lembrar também, que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, é mais um elemento que confere unidade, sentido e legitimidade à ordem constitucional. A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que repousa na dignidade da pessoa humana³²⁹. Além disso, ela atua também como limite de atuação de entes públicos e privados, que devem visar o respeito e a proteção da dignidade humana. Por isso, é importante lembrar-se de que a proteção do consumidor não pode ser desprezada pela atividade econômica, porque, mais do que uma categoria em si mesma considerada, como participante da cadeia econômica, proteger o consumidor, quando este for pessoa física, significa tutelar a dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma tutela mais ampla, a da personalidade³³⁰, e consiste em uma tarefa de interpretação, em primeiro lugar.

Por fim, a interpretação constitucional não estará alheia às questões internacionais, em especial, regionais, tratando-se do Mercosul, pois o art. 4º, § único, da Constituição Federal, que ressalta a importância da integração econômica, política, social e cultural dos

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 150. Os princípios neutralizam o subjetivismo voluntarista do aplicador e intérprete, traduzido em vontades pessoais e motivações políticas.

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. p. 5.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 87.

³³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *O Mercosul e as relações de consumo: o papel das normas constitucionais na construção de um direito privado comunitário*. p. 44.

povos da América Latina, com vistas à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Por isso é importante que as normas regionais e a harmonização legislativa, conforme visto no Capítulo anterior, estejam em harmonia com a Constituição e as demais normas do ordenamento. A harmonia do mercado interno, garantindo a proteção do consumidor, ao mesmo tempo que oferece condições para o desenvolvimento e crescimento das empresas de todos os portes, certamente favorecerá a implementação de cenário semelhante no âmbito do Mercosul, através do esforço de harmonização legislativa e medidas do próprio Bloco. A integração, além do mais, é uma necessidade, considerando o cenário mundial atual, como demonstrado no Capítulo anterior³³¹.

No tocante ao objeto do presente trabalho, qual seja verificar a possível tensão existente entre a proteção do consumidor e a livre concorrência em especial, partindo do pressuposto de que a Constituição integra uma unidade e ocupa o centro do ordenamento, e que toda a interpretação constitucional e legislativa devem ser conforme a constituição e partindo dela, conclui-se que tais interesses devem conviver harmonicamente, sem que um tenha prevalência sobre o outro, e sem que um anule o outro. Assim a proteção do consumidor, direito fundamental e princípio da ordem econômica deve ser preocupação das empresas e dos agentes econômicos, mas não pode prejudicar a liberdade das empresas e o funcionamento dos mercados. Deve haver equilíbrio. De igual forma não se pode admitir qualquer desrespeito ao consumidor, pessoa física ou jurídica, em nome da liberdade, da livre iniciativa ou da livre concorrência, visando ganhos e eficiências econômicas, exemplificativamente. Deve haver espaço para convivência harmônica de todos eles.

Neste ponto, cabe algumas considerações sobre a interpretação e extensão do conceito de consumidor. No Capítulo I, foram apresentados três diferentes teorias utilizadas para interpretar o conceito de consumidor: a Teoria Finalista, a Teoria Maximalista, e uma terceira, que vem sendo adotada mais recentemente, a Teoria Finalista Aprofundada³³². A

³³¹ FIX-ZAMUDIO destaca que há uma recente tendência das novas Constituições Latino-Americanas de superar a desconfiança tradicional frente aos instrumentos internacionais, introduzindo, de forma cautelosa, as normas de caráter supranacional. Nota-se uma maior evolução do direito internacional em matéria de direitos humanos, sobretudo, porém não nega o autor que o Direito Comunitário, diferentemente do que se deu na Europa, na América Latina ainda conta com normas com eficácia restrita. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Evolución de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas*.

³³² Como visto no Capítulo I, pela teoria finalista, mais restrita, é consumidor todo aquele que for destinatário final do produto ou serviço adquirido, quando o faz para uso próprio ou de sua família. Exclui-se o profissional, visando resguardar a figura do consumidor como a parte realmente mais fraca e vulnerável da relação e evitar dificuldades em se identificar se uma relação entre profissionais é de consumo ou uma simples relação comercial. Já a teoria maximalista adota uma visão mais ampla e objetiva da proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. Para os maximalistas não importa se o consumidor tem objetivo de lucro ou não, admitindo que uma mesma pessoa possa atuar ora como consumidor, ora como fornecedor nas relações de

adoção de uma outra irá determinar o alcance do Código de Defesa do Consumidor. Pela Teoria Finalista Aprofundada, a vulnerabilidade do consumidor deve ser requisito para se identificar se uma relação está sujeita às normas de defesa do consumidor ou ao Código Civil. Essa teoria passou a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, como visto no Capítulo I, que entendeu que *“a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.”*³³³

A adoção da Teoria Finalista Aprofundada, permite reconhecer como consumidor não somente pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas, consumidores-empresários, se constatada a condição de vulnerabilidade³³⁴. E, o reconhecimento da vulnerabilidade, considerada a espinha dorsal do Código de Defesa do Consumidor³³⁵, permite uma interpretação coerente e conforme os valores constitucionais, reafirmados pela lei protetiva. Sendo assim, interpretando o conceito de consumidor através da vulnerabilidade em relação

consumo. A terceira teoria, identificada por Cláudia Lima Marques, chamada de Teoria Finalista Aprofundada³³², baseia-se nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que adota a teoria finalista, mas admite o seu abrandamento para aplicar o conceito de consumidor a algumas sociedades empresárias e estabelecer a relação de consumo, quando verificada a vulnerabilidade de tais sociedades. (Vide Capítulo I)

³³³ *Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.*

- *A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.*

- *Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.*

- *São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.*

- *Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (REsp 476.428/SC, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 19/04/2005)*

³³⁴ Questão que se coloca é que, além da vulnerabilidade, o bem consumido pela pessoa jurídica deve ser bem de consumo e não de produção, ou seja, que a pessoa jurídica utilize referido bem como destinatária final. No entanto, parte da doutrina admite que, se o produto pode ser utilizado como bem de consumo, ainda que se trate de bem de produção, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade permanece como critério para determinar a aplicação da lei protetiva, independentemente de se tratar de bem de consumo ou de produção. Há, contudo, posicionamentos contrários, que afastam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de bens utilizados na atividade da pessoa jurídica. MARTINS, Guilherme Magalhães, O Princípio da Vulnerabilidade e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Proteção do Consumidor-empresa. p. 118-123.

³³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. O Princípio da Vulnerabilidade e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Proteção do Consumidor-empresa. p. 112.

ao fornecedor, a pessoa jurídica pode invocar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sem qualquer óbice. Essa parece ser a interpretação mais adequada. Claudia Lima Marques, exemplifica com os casos de pequenas empresas que utilizam insumos para sua produção, mas não em sua área de *expertise*, ou com uma utilização mista, especialmente na área de serviços: um automóvel utilizado para prestar serviço em uma pequena empresa, ou uma empresa que contrata serviços de informática que não serão usados na produção³³⁶.

Contudo, a mesma autora, Claudia Lima Marques, considera que a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que traz princípios como a boa-fé contratual e a função social como reguladores das relações contratuais entre empresários, deve levar a uma redefinição do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, beneficiando a Teoria Finalista. A autora afirma que “*os contratos interempresariais não mais necessitam ser regulados pelo CDC, pois o CC/2002 traz os mesmos princípios protetores (boa-fé objetiva, onerosidade excessiva, lesão, etc.) e ainda normas específicas para regular as relações entre iguais.*”³³⁷ No entanto, ela prossegue dizendo que parece haver uma tendência da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato e vulnerabilidade, denominada de finalismo aprofundado: de um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto, de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma diferenciada³³⁸. Casos difíceis, entendidos como aqueles em que empresas utilizam insumos fora de sua *expertise*, com visto acima.

A questão aqui apresentada é importante para o presente tópico, porque tem total relação com a questão da interpretação que foi apresentada. Parece que a interpretação do conceito de consumidor com base na vulnerabilidade está de acordo com os ditames constitucionais e da lei consumerista. A interpretação finalista, por ser restrita, pode deixar sem proteção pessoas jurídicas que se encontram em situação de vulnerabilidade em relação a outros contratantes, o que contraria os princípios constitucionais. Por outro lado, a teoria maximalista, por ser ampla sob alguns aspectos, poderia ofender a livre concorrência e os princípios da ordem econômica, já que permite que algumas relações evidentemente comerciais, sejam consideradas relações de consumo, restringindo as liberdades dos contratantes. De acordo com a própria Constituição, e o inciso III, do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, ambos os interesses devem ser harmonizados e compatibilizados de forma que um não comprometa o outro.

³³⁶ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 53.

³³⁷ Ibidem. Op. Cit. p. 51.

³³⁸ Ibidem. Op. Cit. p. 52.

Se, contudo, em algumas situações, tais interesses entrarem em conflito, pode ser que, analisando a situação concreta, um deva prevalecer sobre o outro, para manter o equilíbrio e a harmonia do todo unitário formado a partir da Constituição. Nestes casos, deve-se considerar a situação concreta, e por meio da ponderação de interesses, se chegar à melhor solução. É o que será visto adiante, no próximo tópico.

3.1.2 A Ponderação de Interesses

A ponderação de interesses é outro instrumento importante a ser utilizado pelo aplicador do direito, sobretudo em situações de aparente conflito. A ponderação é a técnica utilizada para a neutralização ou atenuação da colisão de normas constitucionais, que encontra limites no conteúdo de cada princípio³³⁹. Ana Paula de Barcellos define ponderação como “*a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.*”³⁴⁰. Em outro trabalho, a autora afirma que a técnica é própria para casos difíceis, em que o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado³⁴¹. Nestes casos, o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, cujo objetivo é definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto³⁴². É um método voltado para a análise do caso concreto em que se apresenta o conflito, e pode ser vista de três maneiras distintas: (i) como forma de aplicação dos princípios, (ii) como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado com não com princípios, e (iii) meio de se avaliar enunciados normativos, normas e toda forma de razões e argumentos relevantes na para a interpretação – esta sempre envolveria a ponderação³⁴³. No âmbito da interpretação constitucional, que interessa aqui, trata-se de um instrumento utilizado para a resolução de conflitos constitucionais³⁴⁴.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. p. 5-6.

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. p. 262.

³⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. p. 55. Sobre casos difíceis (do inglês *hard cases*), veja: DWORKING, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010 – Capítulo 4.

³⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 95.

³⁴³ Ver mais sobre tais compreensões em Op. Cit. p. 263-264.

³⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 97.

Foi visto acima que o nosso ordenamento constitui, ou deve constituir, pela maneira que foi formado, uma unidade, em que seus preceitos guardam coerência entre si, e que tal unidade é conferida pela Constituição Federal, que também é una. Deve-se, portanto, buscar a harmonia. Quando esta não for possível, em situações determinadas, o intérprete deve então procurar o meio em que a restrição à eficácia das normas em confronto seja a menor possível, para que não cause lesão aos bens jurídicos por elas protegidos.

Tradicionalmente, existem três critérios para se solucionar conflitos normativos, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério de especialidade. Pelo critério cronológico, havendo conflito entre normas, a posterior, a norma mais nova, deve prevalecer. Pelo critério hierárquico, prevalece a de estatura (hierárquica) superior. E pelo critério da especialidade, prevalece a mais especial, em detrimento da mais geral. No entanto, os três critérios se mostram insuficientes para resolver todos os conflitos eventualmente existentes. O critério cronológico considera o fator tempo, que no caso das normas constitucionais não se aplica, já que elas todas são elaboradas no mesmo momento³⁴⁵. O critério da especialidade também não se aplica às normas constitucionais, pois pressupõe a existência de uma norma geral e outra especial. No caso das normas constitucionais, não se estabelece tal relação de especialidade. Por fim, o critério hierárquico também é inadequado e insuficiente para solucionar conflitos constitucionais, visto que as normas constitucionais encontram-se no mesmo nível hierárquico³⁴⁶. É por estas razões que faz-se necessária a utilização de um método mais dinâmico e flexível, como propõe a ponderação de interesses. Vale ressaltar que

*A ponderação é tida como técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas e que não são superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.*³⁴⁷

A ponderação é aplicável quando se está diante de um conflito de pelo menos dois princípios constitucionais³⁴⁸ que incidem sobre um caso concreto³⁴⁹. Como mencionado, a

³⁴⁵ Sarmiento excepciona, contudo as emendas constitucionais, que são posteriores, mas ressalta que havendo qualquer incoerência em relação ao texto original, será considerada inconstitucional. *Ibidem*. Op. Cit. p. 30.

³⁴⁶ É possível que existam normas constitucionais mais importantes que outras, com lugar de maior destaque, que da própria ordem constitucional se possa deduzir uma promoção mais acentuada de alguns valores em relação a outros. No entanto, não pode hierarquizá-las em níveis diferentes dentro do ordenamento. Entre as normas constitucionais não existe a possibilidade dessa hierarquização. *Ibidem*. Op. Cit. p. 33-40.

³⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. p. 264.

³⁴⁸ Robert Alexy diferencia o conflito entre regras e princípios e fala em conflito entre regras e colisão entre princípios. Mais veja em: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 91 e ss.

³⁴⁹ A doutrina faz distinção entre a ponderação abstrata e a ponderação *ad hoc*. A primeira está desvinculada do caso concreto. Ocorre quanto doutrina e jurisprudência estabelecem critérios visando a compatibilização de princípios constitucionais através da interpretação, estando esta desvinculada do caso concreto. A ponderação *ad*

ponderação leva em conta o caso concreto em que o conflito se apresenta, e através das variáveis presentes no caso torna-se possível identificar o peso de cada princípio envolvido naquela situação³⁵⁰, sem deixar de lado o aspecto normativo. A base da ponderação deve ser o texto constitucional, já que a partir dele os valores e direitos são reconhecidos e concretizados. A partir da interpretação adequada e da utilização da ponderação, o intérprete encontrará a solução adequada ao caso. “*A interpretação parece fornecer ao intérprete poderes extraordinários: ele é capaz de afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais*”³⁵¹, desde que sustentados pelos valores subjetivos reconhecidos pelo texto constitucional³⁵².

Daniel Sarmento ressalta a importância de se consolidar uma metodologia³⁵³ para a ponderação de interesses, com o maior grau de objetividade possível, sem se tornar por isso matemática³⁵⁴. O primeiro passo desta metodologia consiste em identificar o conflito de princípios constitucionais em um caso concreto. Para tal identificação, é preciso reconhecer o campo de incidência normativa dos princípios para se verificar se os mesmos se aplicam ao caso. É possível que após a identificação do campo de incidência do princípio, o conflito seja descartado³⁵⁵. Após esta análise prévia do conflito, com base nos elementos normativos,

hoc é realizada em face do caso concreto, em que se consideram os elementos normativos e fáticos envolvidos. SARMENTO, A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 109-111.

³⁵⁰ A esse respeito Ronald Dworkin, ao diferenciar princípio e regra, aponta que os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem: peso ou importância. O conflito será resolvido levando-se em conta a força relativa de cada um. O princípio com maior peso deve prevalecer. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. p. 42. Confira-se: ABREU, Célia Barbosa. A Perspectiva Histórica e a Evolução dos Princípios no Direito. In *Novos Direitos, os Paradigmas da Pós-modernidade*. Niterói: Ímpetus, 2004. Em sentido semelhante, Robert Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

³⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. p. 261.

³⁵² Sarmento ressalta que a ponderação ostenta uma estrutura tridimensional, em que se decompõe o fenômeno jurídico: fato, valor e norma. SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 98-99.

³⁵³ Ana Paula de Barcellos também propõe que a ponderação seja feita em três etapas: a primeira delas consiste em identificar os enunciados normativos que aparentemente encontram-se em conflito e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. É semelhante à proposta de Daniel Sarmento. Nesta fase, a autora ressalta a importância de considerar o elemento normativo lado dos interesses, para que a ponderação não se torne meramente política. A segunda etapa consiste em apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. Os fatos relevantes podem atribuir peso maior ou menor aos elementos normativos identificados na primeira etapa. E a terceira etapa é a da decisão: qual solução deverá prevalecer? A decisão deve recair sobre a solução que produza e menor restrição possível sobre a maior parte dos elementos envolvidos. Deve-se ter consciência de que haverá hipóteses em que não será possível qualquer harmonização dos elementos em disputa. Mais sobre o tema, ver em BARCELLOS. Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. p. 265-281.

³⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 99.

³⁵⁵ *Ibidem*. Op. Cit. p. 102.

passa-se então à ponderação propriamente dita, no momento em que o intérprete está diante de uma situação de fato tutelada por dois princípios constitucionais.

Neste momento, deve-se verificar o peso genérico que a ordem constitucional confere a cada princípio, já que, embora não haja hierarquia entre os princípios, é possível haver maior relevância de alguns princípios em relação a outros. Todavia, é possível que mesmo os princípios de maior relevância eventualmente tenham que dar lugar a outros, mediante uma ponderação de interesses³⁵⁶. O peso de cada princípio será aquilatado em face do problema, “[...] dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto”³⁵⁷. A solução do conflito será de acordo com a forma em que se apresentarem os interesses em disputa, sem deixar de considerar os resultados concretos da decisão. Cabe aqui o ensinamento de Daniel Sarmento:

Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

*Além disso, a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.*³⁵⁸

Note-se que não se pode desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana, nem o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Deve-se também cuidar para que a necessidade de ponderação não invada o campo de atuação do Poder Legislativo. Aquilo que já foi ponderado e resolvido, ou seja, as ponderações feitas no campo legislativo, devem ser respeitadas pelo intérprete ou pelo julgador, desde que não seja inconstitucional. Por fim, a ponderação de interesses deve vir acompanhada da sua motivação, clara e objetiva, que

³⁵⁶ Daniel Sarmento exemplifica: “[...] do direito brasileiro parece indubitável, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses.” *Ibidem*. Op. Cit. p. 103-104.

³⁵⁷ *Ibidem*. Op. Cit. p. 104.

³⁵⁸ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 104-105.

conferirá transparência e permitirá que se verifique a sua razoabilidade e compatibilidade, considerando todos os elementos aqui apresentados³⁵⁹.

No tocante à proteção do consumidor e os princípios da ordem econômica, deve-se compreender que, em princípio, não existe conflito entre os interesses por eles protegidos. Já foi visto e será objeto de maior análise adiante, que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência guardam estreita conexão, e igualmente os princípios constitucionais sobre o tema, considerando a interpretação una da Constituição. Contudo, se, em situações concretas, surgirem conflitos, os critérios de ponderação são ferramentas úteis na solução.

A tutela do consumidor possui dois aspectos, como visto acima, a tutela do consumidor pessoa física e do consumidor pessoa jurídica³⁶⁰. Tratando-se da tutela do consumidor pessoa física, a sua proteção está estreitamente relacionada com a cláusula geral de tutela da pessoa humana, ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República³⁶¹. Portanto, os direitos básicos do consumidor são normas materialmente constitucionais, em consonância com a axiologia e principiologia constitucional³⁶². Como visto no Capítulo I, o Código do Consumidor responde a um comando constitucional e realiza um direito fundamental, já que o direito do consumidor constitui um direito humano de terceira geração, antes de ser positivado³⁶³. Sendo assim, em relação às pessoas físicas não se trata apenas de princípio da ordem econômica, mas de um direito fundamental. Guilherme Martins observa que, para as pessoas físicas, não se trata apenas de princípio da ordem econômica, mas sim de direito fundamental:

*Para as pessoas físicas, trata-se de um direito fundamental. Para os demais agentes econômicos, especialmente pessoas jurídicas, trata-se especialmente de um sistema limitador da livre iniciativa do art. 170, caput, da CR-88, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira.*³⁶⁴

Essa diferenciação é importante para solucionar eventuais conflitos entre os princípios da ordem econômica como a livre concorrência e a proteção do consumidor. Em se

³⁵⁹ Ibidem, Op. Cit. p. 113-121.

³⁶⁰ Como visto, a interpretação do conceito de consumidor baseado a questão da hipossuficiência tem permitido reconhecer a condição de consumidor de pessoas jurídicas em determinadas situações.

³⁶¹ Sobre dignidade da pessoa humana, veja SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremos da Democracia.

³⁶² MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. p. 2.

³⁶³ CF, Art. 5º, XXXII.

³⁶⁴ MARTINS, Guilherme. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. p. 4.

tratando de pessoa física, o direito do consumidor será tratado como direito fundamental, na etapa de identificação do conflito e dos elementos normativos que o disciplinam. E isso trará impactos à ponderação de interesses, pois o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o conteúdo mínimo destes direitos, é o limite imposto pela doutrina para a ponderação de interesses³⁶⁵. Trata-se aqui de proteger a pessoa humana, e não simplesmente uma classe privilegiada, os consumidores³⁶⁶. Semelhantemente, Ana Paula de Barcellos pondera que

*Quando a disputa normativa examinada envolver direitos fundamentais, a decisão que vier a ser apurada no processo de ponderação não poderá transpassar o núcleo de nenhum deles, entendido aqui não como núcleo rígido ou absoluto, mas como o conjunto de parâmetros materiais construídos pela doutrina e jurisprudência acerca do conteúdo essencial dos direitos em questão.*³⁶⁷

Ora, tratando-se, pois, de pessoa física, deve-se atentar para o fato de que, por ser direito fundamental, alguns limites não poderão ser ultrapassados. Neste caso, a proteção decorre da desigualdade fática entre consumidor e fornecedor, como visto no Capítulo I, e ressaltada aqui. Neste caso, a ponderação será feita entre direito fundamental e autonomia privada³⁶⁸. Quanto maior a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia. Quanto maior a condição de igualdade entre as partes, mais intensa será a proteção da autonomia, e mais restrições se fará ao direito fundamental em conflito³⁶⁹. A vulnerabilidade justifica um reforço da proteção dos direitos fundamentais.

[...] o Direito do Consumidor, que tem como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior. [...] o princípio da igualdade material, [...] impõe, na ordem jurídica

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses da Constituição Federal. p. 111.

³⁶⁶ MARTINS, Guilherme. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. p. 5.

³⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. p. 281.

³⁶⁸ Nas palavras de Claudia Lima Marques, autonomia privada está ligada à ideia de vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. Emilio Betti traz a ideia da autonomia privada como “*pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas*”. A manifestação principal da autonomia é o negócio jurídico. Partindo dessa ideia, a autonomia é considerada sob a perspectiva liberal como pressuposto do negócio jurídico, uma vez que este só pode ser estabelecido quando há a manifestação de vontade livre e autônoma das partes. Assim, ela figura como responsável pela dinâmica do direito. Uma vez que o negócio jurídico é o meio pelo qual as relações se renovam. A autonomia permite ao direito exercer sua função dinâmica. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. p. 48. BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. p. 78.

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. p. 261.

*brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas.*³⁷⁰

Diante de tais considerações, tratando-se de consumidor pessoa física, havendo aparente conflito, este terá primazia. “O cidadão-consumidor, ou melhor, a pessoa-consumidor, se projeta na dimensão constitucional, de modo que, na hipótese de conflito entre o respectivo direito fundamental, sobretudo quando traduzido em situações jurídicas existenciais – e as exigências do mercado livre, sua primazia se mostra fora de discussão”. O mesmo autor defende que, diante da diversidade e pluralidade de consumidores, existam níveis de proteção diferentes, de acordo com a vulnerabilidade de cada um³⁷¹. Consumidor pessoa física e pessoa jurídica podem obter níveis de proteção diferentes, em função da sua categorização.

O consumidor pessoa jurídica, que como visto acima, merece proteção, constatada sua vulnerabilidade. No entanto, não se tratando de direito fundamental e sim de princípio da ordem econômica, havendo conflito com o princípio da livre concorrência ou qualquer outro princípio da ordem econômica, os conflitos serão resolvidos pelo ordenamento, através do recurso da ponderação de interesses apresentado acima³⁷². Nestes casos, a solução poderá não ser a mais favorável ao consumidor, se assim o interesse social predominante determinar. Vale aqui reforçar o princípio estampado no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Conclui-se, pois, que, tratando-se de pessoa física, a proteção do consumidor constitui direito fundamental, e terá primazia em relação aos princípios da ordem econômica. Não sofrerá qualquer mitigação, fundada em razões de eficiência econômica ou outras³⁷³. Trata-se de uma ponderação independente do caso concreto, baseado nos critérios já estabelecidos pela Constituição. Tratando-se de pessoa jurídica, a sua vulnerabilidade será verificada no caso concreto. E, poderá haver conflitos entre os princípios no caso concreto,

³⁷⁰ Ibidem. Op. Cit. p. 263.

³⁷¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. p. 6.

³⁷² Ibidem. Op. Cit. p. 9.

³⁷³ Ibidem. Op. Cit. p. 13.

em que será aplicada a metodologia da ponderação (ponderação *ad hoc*), para se definir o interesse merecedor de tutela.

3.1.3. O Diálogo das Fontes

O diálogo das fontes é outro instrumento importante na ordenação e coordenação das normas do ordenamento. O seu foco de atuação é nas normas infraconstitucionais, mas os elementos de interpretação e de ponderação vistos acima são, pois, a partir deles é que se torna possível a aplicação do Diálogo entre as fontes, entre os diversos diplomas normativos em vigor no ordenamento. A unidade de Constituição e de todo o sistema permite e promove o diálogo entre as normas do ordenamento.

O presente trabalho tem como preocupação mostrar a necessidade das normas de proteção do consumidor caminharem harmonicamente com os princípios da ordem econômica, especialmente o princípio da livre concorrência e o sistema de Defesa da Concorrência³⁷⁴. Sob o ponto de vista Constitucional, por ambos tratarem-se de princípios constitucionais, foi visto ao longo deste capítulo que a sistemática normativa e interpretativa da Constituição oferece elementos para tal compatibilização, que se irradiam por todo o ordenamento, já que este é um sistema único e ordenado. Ao tratar do Diálogo das fontes, pretende-se apresentar mais um instrumento para esta necessária tarefa de compatibilização das normas no plano infraconstitucional.

O Diálogo das Fontes, teoria introduzida no Brasil por Claudia Lima Marques, idealizada pelo alemão Erik Jayme³⁷⁵, visa a coordenação entre as leis do mesmo ordenamento, e é útil para um Direito com fontes legislativas múltiplas, como é o Direito brasileiro atualmente³⁷⁶. O pluralismo de leis requer uma coordenação entre elas para que o

³⁷⁴ Em tempos de globalização, de mudança dos paradigmas de direito constitucional, as normas materialmente constitucionais não advém só da Constituição Federal. Mais um motivo para falar do Diálogo das Fontes aplicado a normas de natureza internacional também. A esse respeito, veja SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. p. 59.

³⁷⁵ Erik Jayme utilizou a expressão “diálogo das fontes” em Curso ministrado em Haia, em 1995, contrapondo à expressão “conflito de leis”. MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 68-69.

³⁷⁶ Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por várias leis que se destinam a disciplinar inteiramente uma matéria, trazendo normas de direito privado, penal, processual e administrativo sobre o tema. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Defesa da Concorrência, Estatuto do Idoso, e outras leis que disciplinam determinado tema. Essas leis constituem os chamados microsistemas, que compoem o sistema

ordenamento funcione bem. Neste sentido, o Diálogo de Fontes deve também ser aplicado no contexto internacional e comunitário. Como visto no Capítulo II, o Mercosul, foco do estudo apresentado, abriga normas nacionais dos Estados-partes, e também normas oriundas do bloco, que vinculam os seus membros. Neste contexto, a coordenação é necessária e condição para a eficácia das normas nacionais e comunitárias no contexto do Bloco. Claudia Lima Marques alerta que “*a pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo*”³⁷⁷.

A tendência anterior era a de verificar a existência de conflitos entre as múltiplas leis, e baseados nos critérios de solução de conflito de normas, a saber, os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade, vistos acima, resolver o conflito e aplicar a lei mais adequada. Porém, mais atualmente, a máxima é buscar harmonia e coordenação entre as normas, e não exclusão³⁷⁸. A superação dá lugar à convivência. Dentro da unidade do sistema, é possível vigorar uma pluralidade coordenada. Essa coordenação é obtida através do Diálogo entre as múltiplas fontes do ordenamento. Claudia Lima Marques explica que

*[...] é o atual “diálogo das fontes” [...], a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalecente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.*³⁷⁹

Promover o diálogo entre as plúrimas fontes significa permitir que leis diferentes, que tratam de questões diferentes por vezes, se complementem, se apliquem simultaneamente em um mesmo caso, permitindo assim uma solução adequada, íntegra e completa, considerando a unidade do ordenamento. É possível, pois, estabelecer um diálogo entre as leis infraconstitucionais objeto do nosso estudo: o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Defesa da Concorrência, e até o Código Civil, que disciplina as relações empresárias, entre iguais, fornecedor-fornecedor ou consumidor-consumidor, trata da boa-fé e do abuso do direito que será tratado aqui também.

Na visão da autora Claudia Lima Marques, o diálogo pode acontecer de três formas:

jurídico. Diante dessa realidade, o diálogo de fontes torna-se instrumento importante, pois permite a coordenação de todos eles, sem que um exclua o outro.

³⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 30.

³⁷⁸ Ibidem. Op. Cit. p. 31.

³⁷⁹ Ibidem. Op. Cit. p. 32-33.

(i) uma pode servir de base conceitual para outra, numa aplicação simultânea, (ii) numa aplicação coordenada, uma lei pode complementar a aplicação da outra, e (iii) uma lei pode redefinir o campo de aplicação de outra lei, de forma sistemática, através da definição das partes a que se destinam cada lei³⁸⁰. Assim, os conceitos trazidos pelo Código Civil, uma lei geral, como a boa-fé, o abuso de direito, a prescrição e a decadência, a responsabilidade, podem ser utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Defesa da Concorrência, leis especiais, destinadas a disciplinar questões específicas, a definição de consumidor, do Código de Defesa do Consumidor, e de pessoa física e jurídica, do Código Civil, informam a Lei de Defesa da Concorrência, que tem uma preocupação especial com o bem estar do consumidor³⁸¹, e se aplica às pessoas físicas e jurídicas que incorram nas práticas previstas pela Lei.

É importante entender que, promover o diálogo entre as fontes, não significa misturar ou confundir o campo de aplicação de cada lei. O Código de Defesa do Consumidor é a lei que protege e disciplina as relações de consumo, seja o consumidor pessoa física, seja pessoa jurídica, constatada sua vulnerabilidade. A Lei de Defesa da Concorrência visa combater as práticas abusivas contra a ordem econômica, visando também a proteção do consumidor e funcionamento dos princípios da ordem econômica. E o Código Civil traz conceitos jurídicos gerais, e disciplina as relações contratuais e obrigacionais entre iguais³⁸², seja fornecedor-fornecedor, ou outras relações entre pessoas físicas e jurídicas que não são relações de consumo. No entanto, elas podem ser aplicadas coordenadamente e simultaneamente, sem que uma exclua a outra.

Especialmente no que tange à proteção do consumidor e a defesa da concorrência, já foi mencionado e será analisado com mais cuidado adiante, que são políticas complementares. Amanda Flávio de Oliveira trata da questão:

Pode-se considerar intuitiva a relação entre as políticas nacionais de defesa da concorrência e proteção do consumidor. Elas tem em comum, principalmente, o fato de lidarem com o poder econômico ou, mais propriamente, com o abuso dele, e têm influência imediata sobre a dinâmica dos mercados e das atividades econômicas. [...]

³⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. Op. Cit. p. 34-35.

³⁸¹ OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor do Brasil. p. 24.

³⁸² “[...] o Código Civil de 2002 é um código para as relações entre iguais, relações entre civis e relações entre empresários, ambas agora pontuadas pelas diretrizes da “eticidade, socialidade e operabilidade” e dominadas pela boa-fé nas relações obrigacionais. [...] a relação entre dois “civis”, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico de lucro, é uma relação civil strictu sensu e sera regulada pelo Código Civil de 2002.” MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 49-50.

*As missões estatais de defesa do concorrência e proteção do consumidor são complementares, atuam como vasos comunicantes em um contexto de economia de mercado, como é o caso do Brasil, uma constituindo instrumento irrecusável de promoção do acesso ao consumo, outra impedindo que haja abusos nas relações que envolvem sujeitos vulneráveis.*³⁸³

No entanto, a mesma autora ressalta que as políticas brasileiras de proteção do consumidor e defesa da concorrência desenvolveram-se independentemente uma da outra. Mas, pela própria constituição e formação das Leis que disciplinam a matéria, é possível constatar que sempre houve a intenção de diálogo, de interlocução entre elas³⁸⁴. E o que se mostra aqui é que o diálogo não somente é possível, mas necessário, considerando que o ordenamento, embora uno e ordenado como sistema, é formado por uma pluralidade de normas que, melhor do que serem reciprocamente excluídas em determinadas situações, é promover o diálogo entre elas, a sua aplicação coordenada e simultânea nos casos concretos, de forma a harmonizar os princípios contidos em ambas.

Resta claro, pois, que o método do diálogo das fontes é útil no cenário atual de pluralismo de fontes. Claudia Lima Marques conclui afirmando que

*O diálogo de fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, onde os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminarem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes. O domínio do método do diálogo das fontes ajuda na escolha das leis a aplicar, a sua ordem e na interpretação destas “conforme a Constituição”. [...] Em relações de consumo, o diálogo das fontes permite assegurar, à pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme os valores e os princípios constitucionais de proteção especial.*³⁸⁵

O diálogo de fontes possibilita uma visão unitária e coerente do Direito³⁸⁶, pois pode ser utilizado em várias áreas, entre diferentes disciplinas jurídicas. Por consequência, ao lado dos critérios de interpretação e da ponderação de interesses, permite a aplicação do Direito conforme a Constituição, zelando por manter a unidade e coerência que começam na Constituição e se irradiam por todas as leis que compõem o ordenamento.

Analizados estes instrumentos de interpretação e coordenação do ordenamento jurídico brasileiro, que apontam para a harmonização dos interesses analisados no presente

³⁸³ OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor do Brasil. p. 17 e 26.

³⁸⁴ Ibidem. Op. Cit. p. 25.

³⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 61-62.

³⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 62.

trabalho, a seguir será feita uma análise do Sistema de Defesa da Concorrência vigente no Brasil, e como ele também visa promover e proteger os interesses dos consumidores.

3.2. A Defesa da Concorrência

O Sistema de Defesa do Concorrência atualmente é disciplinado pela Lei 12.529/11, que revogou a lei 8.884/94. Referida lei, como já mencionado, disciplina o funcionamento do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal³⁸⁷, que tem como principal missão zelar pela livre concorrência no mercado, e é responsável por decidir e investigar sobre matéria concorrencial em todo o território nacional, e disseminar a cultura da livre concorrência. O órgão foi criado pela Lei 4.137/62³⁸⁸, e foi constituído autarquia pela Lei 8.884/94, que dispunha sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, que consistem em grande parte nas condutas abusivas que serão apresentadas a seguir. A Lei de 1994 implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, consolidou e modernizou a definição das infrações e aumentou a importância da atuação da análise de atos de concentração econômica³⁸⁹. A Defesa da Concorrência encontra também previsão constitucional no artigo 173, § 4º, que determina que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. Note-se que o abuso do poder econômico é reprimido, quando exercido com fins lesivos. Se qualquer empresa passar a exercer o poder econômico por sua eficiência e qualidade, por exemplo, meios naturais de alcançá-lo, não se configura o abuso, é perfeitamente legítimo num mercado que funciona com base na liberdade.

Deve-se ressaltar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sofre influência marcante da experiência norte-americana, em função do seu pioneirismo e

³⁸⁷ Lei 12.529/11, art. 4º: “*O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.*” Por suas funções e atribuições, o CADE representa a atividade reguladora do Estado sobre a economia, de forma a atuar contra operações que afrontem os princípios da ordem econômica estabelecidos pela Constituição Federal.

³⁸⁸ Referida lei foi aprovada na vigência da Constituição de 1946 e previa que deveriam ser submetidos à apreciação do CADE os atos, ajustes, acordos e convenções entre empresas que tivessem por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado. CORDOVIL, Leonor e outros. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 19.

³⁸⁹ *Ibidem*. Op. Cit. p. 19.

profunda experiência relacionado ao tema. O principal documento, ainda em vigor nos Estados Unidos, é o Sherman Act, de 1890³⁹⁰. A partir daí os Tribunais norte-americanos já proferiram inúmeras decisões sobre o tema, e foram desenvolvidos conceitos e definições. Ali, formaram-se basicamente duas correntes, a Escola de Harvard, com foco no combate ao poder de mercado, através do controle dos atos de concentração, e a Escola de Chicago, com foco na eficiência, analisando as condutas sob este enfoque³⁹¹, através da análise econômica do Direito, considerando a questão dos possíveis ganhos em cada conduta³⁹².

A defesa da concorrência, além de proteger os direitos das empresas, especialmente os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, protege indiretamente o consumidor ao impedir a sua submissão diante dos poderosos agentes econômicos. A proteção do consumidor é princípio básico do direito da concorrência³⁹³, o que torna relevante estudar os princípios em conjunto, como foi feito ao longo do presente trabalho. Não por acaso, é possível encontrar vários pontos de intersecção entre a lei de proteção do consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência. O artigo 1º da Lei 12.529/11 evidencia o interesse na proteção dos consumidores³⁹⁴. O artigo 45 determina que o potencial de lesividade ao consumidor deve ser considerado na aplicação das penas, e o artigo 88, § 6º³⁹⁵ determina que algumas condutas poderão ser permitidas, se os consumidores forem beneficiados por elas. Além disso, a lei de defesa da concorrência e o Código de Defesa do Consumidor aplicam-se a pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas³⁹⁶, ambas prevêm a responsabilidade solidária das empresas causadoras de danos³⁹⁷, e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em

³⁹⁰ O Sherman Act foi o primeiro documento anti-truste aprovado pelo Congresso norte-americano. Foi nomeado pelo Senador John Sherman de Ohio, que foi membro do Comitê de Finanças do Senado e Secretário do Tesouro no mandato do Presidente Hayes. O documento fundamenta-se no poder constitucional do Congresso de regular o comércio inter-estados. Disponível em <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=51>. Acessado em 21/02/2013.

³⁹¹ OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor no Brasil. p. 21-23.

³⁹² RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 129.

³⁹³ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. Direito do Consumidor e Direito da Concorrência. p. 179.

³⁹⁴ Lei 12.529/11, Art. 1º: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (grifo nosso)

³⁹⁵ Lei 12.529/11, Art. 88, § 6º: Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (grifo nosso)

³⁹⁶ Lei 12.529/11, Art. 31 e Lei 8.078/90, Art. 3º.

³⁹⁷ Lei 12.529/11, Arts. 32 e 33 e Lei 8.078/90, Art. 25.

algumas situações³⁹⁸.

Luís Roberto Barroso explica bem a correlação entre a concorrência e a defesa do consumidor e a atuação dos órgãos de Defesa da Concorrência:

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado. Em suma: a opção por uma economia capitalista se funda na crença de que o método mais eficiente de assegurar a satisfação dos interesses do consumidor de uma forma geral é através de um mercado em condições de livre concorrência, [...].³⁹⁹

Vê-se que a defesa da concorrência deve atuar para benefício do consumidor e dos demais concorrentes⁴⁰⁰. Os princípios da ordem econômica têm a função tanto de garantir a liberdade dos agentes econômicos, desde que exercida dentro dos limites que não ofendam a liberdade dos demais, quanto de proteger os consumidores, parte mais fraca, considerada vulnerável na relação de consumo. Devem caminhar na mesma direção, pois tem muito em comum.

Existe uma interdependência da política de defesa do consumidor com a aplicação da lei concorrencial⁴⁰¹. Daniel Firmato afirma que “Na atualidade, é o direito do consumidor ao lado das normas de defesa da livre concorrência, um dos grandes balizadores legais do Mercado.”⁴⁰². Quando isso não acontece, torna-se necessária a intervenção do Estado, primeiro reguladora, e também, havendo necessidade, disciplinadora e punitiva. Questões como qualidade e segurança dos produtos e serviços, das informações oferecidas aos

³⁹⁸ Lei 12.529/11, Art. 34 e Lei 8.078/90, Art. 28.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. p. 9-10.

⁴⁰⁰ Fabio Konder Comparato, referindo-se à repressão ao abuso de poder econômico pondera: “É que se, de início, esse conjunto normativo destinava-se a defender o princípio da liberdade dos concorrentes, hoje ele se funda, sobretudo, na proteção do interesse do consumidor, interpretando-se a livre concorrência como simples meio de se atingir este último alvo e, portanto, podendo e devendo ser suprimida quando se mostra, para tanto, ineficiente ou mesmo prejudicial.” COMPARATO, Fabio Konder. A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo de Direito Econômico. p. 479.

⁴⁰¹ CORDOVIL, Leonor e outros. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 19.

⁴⁰² GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. A livre concorrência como garantia do consumidor. p. 2.

consumidores, cláusula abusivas, dentre outras, motivaram ainda a regulamentação específica da proteção do consumidor, com base constitucional⁴⁰³.

Note-se que a preocupação dos mercados é, em última análise, o consumidor. Sem o consumidor não existe empresa, não existe mercado. Por isso, é possível que exista harmonia entre a disciplina do consumidor e a proteção da ordem econômica, preservando a liberdade e os direitos das empresas. Não se pode esquecer que a livre iniciativa é princípio fundamental da ordem jurídica brasileira. Por outro lado, os direitos do consumidor constitui direito fundamental, cláusula pétrea⁴⁰⁴. Ao Estado “*cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa-fé negocial*”⁴⁰⁵.

O principal objetivo da Lei de Defesa da Concorrência é garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores, através do combate ao abuso do poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade de tal poder. O combate ao abuso é o meio para garantir os objetivos elencados acima. O sistema concorrencial é concebido a partir da liberdade de concorrência, que favorece o interesse do consumidor, das empresas concorrentes de poderem exercer sua liberdade, e o interesse pelo desenvolvimento do país⁴⁰⁶.

Feitas essas considerações, cumpre verificar alguns pontos importantes da Defesa da Concorrência, disciplinada atualmente pela Lei 12.529/11. Primeiro, deve-se destacar que ela altera profundamente o controle de estruturas⁴⁰⁷, que passa a ser feito pelo sistema de análise prévia dos atos de concentração⁴⁰⁸, diferentemente do método adotado pela lei anterior. Assim, as operações de concentração só poderão ser efetivadas após a análise do CADE, que

⁴⁰³ Constituição Federal, Art. 5, XXXII: “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor.”

⁴⁰⁴ O artigo 60, § 4º da Constituição Federal veda propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir: “I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (grifo nosso). Nestes últimos incluem-se a proteção do consumidor.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. p. 10.

⁴⁰⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 45-47.

⁴⁰⁷ O Controle de Estruturas, fundada pela Escola de Harvard, encontrou sintonia com as primeiras intervenções do direito concorrencial norte-americano, que entendia que o poder econômico era impecilho para o desenvolvimento do capitalismo, consiste em analisar o comportamento das empresas quanto a sua estrutura. Cabe ao controle de estruturas verificar a admissibilidade de atos de concentração, como a fusão de empresas, e apontar a sua viabilidade para o mercado e para a concorrência. É um aspecto importante do direito da concorrência para garantia de mercados competitivos e eficientes. CARVALHO, Vinícius Marques de. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 16, 41-42.

⁴⁰⁸ Lei 12.529/11, Art. 88, § 3º: Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. .

terá um prazo para fazê-lo⁴⁰⁹. Se não o fizer, o ato será considerado automaticamente aprovado⁴¹⁰. Além disso, os critérios de definição de ato de concentração sofreram alteração, na tentativa de evitar que negócios irrelevantes do ponto de vista concorrencial sejam levados ao CADE, permitindo que o órgão dedique-se àqueles que realmente sejam relevantes do ponto de vista concorrencial⁴¹¹. Os atos de concentração que deverão ser submetidos previamente à apreciação do CADE são os previstos no artigo 90 da Lei⁴¹², desde que atendam os requisitos do artigo 88 do mesmo diploma. A relação do referido artigo trouxe mais objetividade à identificação dos atos de concentração, pois limita à relação ali disposta⁴¹³.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelo Conselho de Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. O CADE é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O CADE é o órgão julgante do Sistema, com jurisdição em todo o território nacional, para julgar as infrações e atos previstos na Lei 12.529/11. A Lei 8.884/94 transformou-o em

⁴⁰⁹ De acordo com a Lei 12.529/11, Art. 88, § 2º, o prazo para o CADE analisar a operação é de 240 dias, podendo ser dilatado por mais 60 ou 90 dias (§ 9º).

⁴¹⁰ CARVALHO, Vinícius Marques de. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 37-38.

⁴¹¹ ANDERS, Eduardo Caminati. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p.198.

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Note-se que o artigo 88 estabelece critério cumulativo no que se refere ao faturamento dos participantes do ato. Assim, não apenas um dos participantes deve se enquadrar no faturamento apontado no inciso I, mas um outro deve se enquadrar no apontado no inciso II. Essa mudança evita a análise de atos irrelevantes que anteriormente se enquadrariam em função da regra do faturamento. A nova lei também exclui o critério de participação em porcentagem mínima de mercado relevante, previsto na Lei 8.884/94 (art. 54, § 3º).

⁴¹² Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

⁴¹³ A lei anterior considerava atos de concentração os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (art. 54). ANDERS, Eduardo Caminati. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 201.

autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Ele se assemelha a uma agência reguladora, embora possuam naturezas distintas⁴¹⁴. O Tribunal Administrativo é o órgão julgante propriamente dito. A Superintendência Geral deve zelar pelo cumprimento da Lei, e promover procedimentos preparatórios de inquérito em face de indícios de infração, e processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. O Departamento de Estudos econômicos é responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor técnico e científico das decisões do órgão. Por último, a Secretaria de Acompanhamento Econômico deve executar as ações do Ministério da Fazenda referente a questões de concorrência e promover o desenvolvimento econômico. Ela tem uma atuação positiva e ativa no mercado, visando o seu bom funcionamento⁴¹⁵.

A Lei brasileira aplica-se a pessoas físicas, quando forem sujeitos ativos da infração, e pessoas jurídicas de direito público e privado⁴¹⁶. Significa que empresas públicas, agências e entes da administração, assim como sindicatos, associações de classes⁴¹⁷ e patronais, além das empresas, podem cometer tais infrações e estão sujeitas às penas estabelecidas. As instituições financeiras, embora submetidas ao Banco Central, também estão sujeitas à lei, já que não foram excluídas, embora questionem a aplicação da lei à sua atividade⁴¹⁸. As penas também são aplicadas às pessoas jurídicas, sejam empresas ou demais pessoas de direito público ou privado, bem como às pessoas físicas, quaisquer que sejam, e ao administrador da empresa e outra pessoa jurídica, responsável pela infração⁴¹⁹.

Poderá haver responsabilidade solidária entre a empresa, seus dirigentes e administradores, quando responsabilizados por alguma infração⁴²⁰, e também entre outras

⁴¹⁴ BAGNOLI, Vicente. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 80-82. Ambos têm autonomia administrativa, são independentes e suas decisões não se submetem à revisão da Administração, tão somente do Judiciário, possuem poderes normativos, exercem atividade fiscalizadora e julgadora, sua atuação têm caráter técnico, possuem autonomia financeira e prestam contas ao Tribunal de Contas.

⁴¹⁵ A estrutura do SBDC está prevista nos artigos 4º a 19 da Lei 12.529/11. Mais detalhes em BAGNOLI, Vicente. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 58-83.

⁴¹⁶ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁴¹⁷ As práticas ilícitas mais comuns praticadas pelas associações de classes são o incentivo à fixação de preços de revenda, a disseminação de informações que proporcionam a uniformização de condutas entre concorrentes, o incentivo à divisão de mercados e alocação de consumidores, e a instigação ao boicote de concorrentes, fornecedores ou distribuidores de certos mercados associados. CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 110.

⁴¹⁸ Como o BACEN possui competência para conceder autorização para fusões, incorporações e reestruturação societária de instituições financeiras, elas questionam a submissão ao CADE e à Lei 12.529/11. CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 95-96.

⁴¹⁹ Art. 37 e seguintes.

⁴²⁰ Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

empresas do grupo econômico. O artigo 33, que fala da solidariedade entre empresas do mesmo grupo, dispõe que “*Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.*”, o que permite o entendimento de que haverá solidariedade mesmo quando apenas uma delas praticar a infração. A responsabilidade também é objetiva, independente da existência de culpa ou dolo. A exceção é prevista pelo art. 37, III, que determina a verificação de culpa do administrador para que lhe seja aplicada a multa⁴²¹. Ainda, sobre a punição dos responsáveis pelas infrações à ordem econômica, pode-se desconsiderar a personalidade jurídica do responsável, nas hipóteses previstas no artigo 34⁴²². Entretanto, sabe-se que a personalidade jurídica é protegida pelo Código Civil⁴²³, razão pela qual a desconsideração será possível se os interesses postos em risco forem mais relevantes do que a proteção da personalidade, como quando a personalidade jurídica estiver impedindo o ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, aplicando conjuntamente o Código de Defesa do Consumidor quanto a desconsideração⁴²⁴.

Quanto às infrações da ordem econômica, uma das partes mais importantes da Lei concorrencial, as considerações ficarão a cargo do tópico seguinte. Entretanto, vale salientar que o Brasil vem se destacando pela persecução de infrações anticoncorrenciais. Nessa tarefa, percebe-se uma preferência à persecução dos cartéis, considerados como infrações mais lesivas aos consumidores⁴²⁵, já que realça a vulnerabilidade destes. As infrações à ordem econômica estão previstas no artigo 36 da Lei. Referido artigo prevê que as condutas que puderem causar os efeitos nocivos que apresenta, constituirão infração à ordem econômica, ainda que os resultados não sejam alcançados⁴²⁶.

Outro aspecto importante da Lei é o Termo de Compromisso de Cessação (TCC),

⁴²¹ Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. (grifo nosso)

⁴²² Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁴²³ Precebe-se aqui a importância do Diálogo das Fontes, analisado acima, na coordenação e aplicação das normas, notadamente o Código Civil, a Lei de Defesa da Concorrência, e o Código de Defesa do Consumidor.

⁴²⁴ CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 99.

⁴²⁵ CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 93.

⁴²⁶ Art. 36: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]”

previsto no artigo 85⁴²⁷. O compromisso pode ser firmado a qualquer tempo pelo CADE, com o objetivo de que o investigado não pratique mais a conduta investigada ou seus efeitos lesivos⁴²⁸. Pelo instrumento, o signatário se compromete a não mais praticar a conduta lesiva e o que dela decorrer. É um instrumento relativamente novo, mas que contribuiu para o trabalho do CADE, pois gera economia e uma rápida solução ao caso sob investigação, já que o investigado acaba por contribuir com o processo de investigação da ocorrência do ilícito, e com o restabelecimento da concorrência, razão pela qual é importante para os consumidores. Por isso, entende-se que é obrigação da Administração Pública representada pelo CADE, celebrar o Termo de Compromisso Cessação “*sempre que o benefício de restaurar a concorrência de forma imediata seja tão ou mais importante que a repressão que pode demorar meses ou anos.*”⁴²⁹. Há discricionariedade administrativa quanto ao conteúdo do pacto, que deverá assegurar a restauração da ordem econômica e fixar penalidade pelo seu inadimplemento. Embora o compromisso seja de caráter público, poderá ser tratado como confidencial em alguns aspectos, para proteger o investigado de interferências de outros⁴³⁰.

O objetivo deste tópico foi expor brevemente o funcionamento do Sistema de Defesa da Concorrência vigente no Brasil, não como um fim em si mesmo, mas como foi dito anteriormente, por se tratar de um meio para a defesa da livre concorrência e do consumidor, um meio de se estabelecer equilíbrio e garantir a liberdade de todos os envolvidos nas relações de mercado, que visam as relações de consumo, a venda de seus produtos ao destinatário final. Na sequência, algumas considerações sobre o abuso do poder econômico e algumas condutas, com vistas ao equilíbrio dos institutos aqui apresentados.

⁴²⁷ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁴²⁸ Art. 85, § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (grifo nosso)

⁴²⁹ CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 186.

⁴³⁰ Mesmo tendo caráter público, alguns termos poderão ser resguardados, em nome do interesse público maior. Ibidem. Op. Cit. p. 188.

3.2.1 O Abuso do Poder Econômico

Neste ponto do trabalho, cumpre apresentar algumas condutas que podem ser consideradas lesivas à Concorrência, e conseqüentemente ao consumidor, e esclarecer quais critérios são utilizados atualmente pelo sistema brasileiro para enquadrar uma conduta como abusiva, como lesiva à concorrência. De acordo com o artigo 36 da Lei, consistirá abuso do poder econômico atos que tenham por finalidade (i) prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, (ii) dominar mercado relevante, (iii) aumentar arbitrariamente os lucros e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante⁴³¹. O primeiro aspecto que configura abuso ou infração à ordem econômica é o prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, impedindo a entrada de novos concorrentes no mercado e através da formação de cartéis que mascaram a livre concorrência. Quanto à dominação de mercado relevante⁴³², ela se dá pela eliminação de concorrentes, através de práticas anticompetitivas⁴³³, que acabam prejudicando o consumidor, que se vê limitado em suas possibilidades de escolha. O exercício abusivo de posição dominante⁴³⁴ ocorre quando o agente que já domina o mercado, abusa dela prejudicando outros concorrentes e impedindo que novos agentes entrem no mesmo mercado. O aumento arbitrário dos lucros é mais difícil de se verificar, mas também constitui abuso⁴³⁵.

⁴³¹ Lei 12.529/11, Art. 36: Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁴³² A Resolução CADE 20/1999 define mercado relevante como o espaço – em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. É o menor grupo de produtos no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo. A dimensão produto compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preço e utilização. A dimensão geográfica compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos e serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas.

⁴³³ Como exemplo pode-se citar os incisos III, V e XV do § 3º do Artigo 36: III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;. Tais condutas fatalmente atrapalham os demais concorrentes, e causam prejuízos ao consumidor.

⁴³⁴ O termo posição dominante vem definido no mesmo artigo 36, em seu § 2º, que dispõe que esta será presumida “*sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.*”

⁴³⁵ CORDOVIL, Leonor. In . In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 104.

Ressalte-se aqui o disposto no § 1º do referido artigo 36: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.” Este dispositivo ensina que o exercício do poder econômico, exercer posição dominante ou dominar o mercado de forma natural não constitui infração. Como já mencionado anteriormente, o domínio de mercado, do poder econômico sobre determinado setor, se conquistador naturalmente, é lícito. Nas palavras de Leonor Cordovil,

*Nem toda dominação de mercado é uma infração. Aliás, a infração é a exceção, ocorre quando a dominação for baseada em atos, acordos, maquinações que não guardam relação contra a eficiência do competidor, que tentar se destacar às expensas dos concorrentes, ou ao prejuízo de fornecedores ou adquirentes.*⁴³⁶

Neste ponto, é importante entender que a atuação dos órgãos de Defesa da Concorrência vem apresentando uma ênfase no controle de condutas, além do controle de estruturas, e o método de análise de tais condutas vem sendo alterado da predominante regra da ilicitude *per se* para a análise sob a regra da razão⁴³⁷. O controle de condutas baseado na regra da ilicitude *per se* fundamenta-se na existência de determinadas condutas que são consideradas abusivas pelas suas próprias características, sem que se considere suas consequências. A conduta em si é considerada ilícita e a sua prática já é suficiente para configurar o abuso. Já o método baseado na regra da razão, não considera somente a conduta praticada, mas também as consequências que ela pode causar. Sendo assim é possível que uma mesma conduta seja considerada como abuso pelos órgãos de Defesa da Concorrência em uma determinada situação, e em outra, não o seja, uma vez que as consequências geradas foram diferentes numa e noutra situação, e determinaram a ocorrência do abuso numa e não na outra. Pela regra da razão, é possível que determinada conduta, ainda que decorrente de práticas aparentemente abusivas, como a concentração de mercado e algumas restrições verticais, possam gerar ganhos ao consumidor e à competição do mercado. Afasta-se a configuração da ilicitude pela análise da conduta em si. Verifica-se as consequências.

Atualmente, a regra da razão tem predominado na análise das condutas anticoncorrenciais, e é a regra predominante na Legislação brasileira⁴³⁸. No Mercosul, conforme mencionado no capítulo anterior, o Protocolo de Fortaleza privilegia também a

⁴³⁶ *Ibidem*. Op. Cit. p. 106.

⁴³⁷ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 127-128. Segundo o autor, a regra da razão ganha força com as teorias que refletem o pensamento da Escola de Chigado, com foco na eficiência. Elas ressaltam os possíveis ganhos de eficiência em determinadas condutas.

⁴³⁸ CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 108.

regra da razão⁴³⁹. O artigo 36 da Lei 12.529/11, mencionado acima, estabelece que constituem infração os atos que visem ou possam produzir efeitos danosos. Assim qualquer conduta pode ser considerada ilícita, consistirá em abuso do poder econômico, se causar os efeitos danosos expostos pelo dispositivo. O § 3º do mesmo artigo, conforme será visto adiante, apresenta uma lista de condutas que caracterizam infração à ordem econômica, desde que enquadradas na hipótese do *caput* do artigo. O legislador brasileiro exigiu a possibilidade de se alcançar o resultado danoso para configurar a infração⁴⁴⁰.

Outro aspecto da regra da razão é o disposto no artigo 88, § 6º⁴⁴¹, que autoriza a prática de alguns atos, ainda que considerados anticoncorrenciais e que causem os efeitos danosos previstos, mas que, em contrapartida tragam outros benefícios, como benefícios ao consumidor e eficiência e desenvolvimento econômico e tecnológico. Por esta regra, admite-se que alguns atos, ainda que gerem efeitos danosos por um lado, sejam permitidos, desde que seus benefícios e eficiências superem tais resultados danosos por outro. A regra da razão, portanto, possui dois aspectos: a comprovação do prejuízo e a possibilidade de contrabalançá-los com possíveis benefícios⁴⁴².

Baseado na regra da razão, o § 3º do artigo 36 da Lei 12.529/11 elenca algumas condutas que podem ser consideradas ilícitas, desde que analisados os benefícios e desvantagens que proporcionarem ao mercado, como mencionado. A expressão “*além de outras*” presente no dispositivo indica que o rol é exemplificativo, podendo ser identificadas outras condutas que, pretendendo obter algum dos efeitos previstos no *caput* do artigo, configurem abuso ou infração à ordem econômica.

A primeira conduta considerada abusiva, prevista nos incisos I e II do dispositivo, é a formação de cartéis. Os dispositivos em questão apresentam as práticas de

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre

⁴³⁹ Semelhantemente à lei brasileira as condutas abusivas são elencadas exemplificativamente no Art. 6º do Protocolo de Fortaleza, e só serão punidas se trouxerem efeitos danosos.

⁴⁴⁰ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 131.

⁴⁴¹ Vide Nota 395.

⁴⁴² RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 131.

concorrentes;

Por sua vez, a Resolução CADE 20/1999 define os cartéis como acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Os cartéis, por serem considerados extremamente danosos a economia e aos consumidores, sem possibilidade de trazer algum benefício, tem sido considerados uma exceção a regra da razão, pois tem sido considerados ilícitos *per se*. Há, contudo, entendimento de que em algumas situações, pode-se aplicar a regra da razão aos cartéis quando visam eliminar dificuldades que empresas do mesmo ramo enfrentam em momento de crise, superar problemas de informações entre concorrentes e aumentar o poder de barganha de pequenos concorrentes⁴⁴³.

Os incisos seguintes do referido parágrafo apresentam outras condutas que podem constituir infração à ordem econômica, como a tentativa de dificultar a atuação dos concorrentes (incisos III e IV), impedir o acesso destes a insumos e matérias-primas (incisos V e XIII), questões envolvendo a pesquisa e a propriedade industrial (incisos VIII, XIV e XIX), exigir exclusividade de publicidade (inciso VI), interferir nos preços (incisos VII, X e XV), a venda casada (inciso XVIII), impor determinadas práticas a distribuidores (inciso IX), dentre outras listadas, além de outras condutas não listadas, por se tratar de rol exemplificativo. Todas as condutas, quando verificadas pelo Sistema de Defesa da Concorrência, deverão ser submetidas à regra da razão para serem consideradas ilícitas ou não. É possível que, ainda que a conduta seja identificada, não seja considerada ilícita após a análise das vantagens e desvantagens trazidas ao mercado e aos consumidores, em função dos critérios utilizados pela regra da razão.

Para facilitar a compreensão, vale comentar sobre as condutas que podem eventualmente ser consideradas lícitas considerando os resultados delas advindos. As condutas verticais são bons exemplos. É preciso distinguir as condutas danosas daquelas que não oferecem qualquer risco ao mercado e ao consumidor, e nas condutas danosas, comparar os danos com as eficiências e benefícios obtidos. Por condutas verticais, pode-se considerar aquelas dispostas no inciso IX do § 3º do artigo 36, que trata da imposição a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento,

⁴⁴³ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 141-142.

quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros. A exclusividade de venda e restrições territoriais impostas a distribuidores e representantes, embora não previstos na Lei⁴⁴⁴, podem ser consideradas lesivas em alguns casos, mas não em todos. Deve-se analisar cada situação. Embora tais medidas afetem a concorrência, pois limitam o acesso de fornecedores aos canais de distribuição, podem trazer benefícios que compensam as desvantagens. No primeiro caso, a exclusividade do distribuidor ou representante, ao reduzir custos das duas partes e as incertezas do fornecedor, beneficia o consumidor no que tange aos preços dos produtos e também possibilita o lançamento de novos produtos pelo fornecedor, que tem mais segurança conferida pela certeza de que seus produtos chegarão aos consumidores. Também diminui o risco de desabastecimento, que é positivo para o consumidor, além de indiretamente estimular a concorrência em função dos investimentos e novos lançamentos⁴⁴⁵. A segunda hipótese, de restrição territorial, também pode ser positiva pois incentiva os investimentos por parte do revendedor/distribuidor, e lhe confere segurança de retorno mínimo do investimento realizado, o que indiretamente também beneficia os consumidores⁴⁴⁶. Nos exemplos citados vê-se que a regra da razão confere harmonia ao ordenamento jurídico no que se refere à questão da exclusividade, já que o Código Civil prevê a possibilidade de exclusividade nos contratos de distribuição. Ela permite a análise dos casos conforme as regras de defesa da concorrência, a teoria geral dos contratos e a disciplina específica trazidas pela legislação Civil⁴⁴⁷. Aqui também percebe-se que o Diálogo das Fontes analisado acima, permite a ordenação da norma civil e da Lei 12.529/11 no tocante a esta questão.

A fixação de preços é outra conduta que merece ser analisada à luz da regra da razão. O controle de preços, pela fixação de valores mínimos e máximos, pelo Estado vem sendo discutido há muito tempo⁴⁴⁸. Debate-se se é uma prática lícita ao Estado ou se fere diretamente a liberdade de concorrência e de iniciativa dos agentes econômicos, ou se, observados certos limites, pode o Estado interferir na questão dos preços para restabelecer a

⁴⁴⁴ CORDOVIL, Leonor. In Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. p. 117-118.

⁴⁴⁵ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 136-137.

⁴⁴⁶ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência. p. 138-139.

⁴⁴⁷ O Código Civil, nos artigos 710 e 711, e a Lei 4.886/65, no artigo 31, prevêem a cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição, agência e representação comercial.

⁴⁴⁸ Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços.

concorrência⁴⁴⁹. Quando se admite a intervenção nos preços, cabe, pois, verificar se o preço praticado é abusivo, considerando as condições do mercado, ou se é uma consequência do poder de mercado conquistado licitamente. Se a concorrência for viciada por alguma prática artificial, é possível que o preço abusivo praticado seja consequência de tal prática. Nestes casos, devem ser reprimidos, sem que se configure o desrespeito aos princípios da ordem econômica⁴⁵⁰. Em outras situações, pode ser uma resposta ao mercado quanto àquele produto, e seria questionável a intervenção e a configuração de prática abusiva. Nestes casos, novamente a regra da razão permitirá uma análise de cada situação e verificar em quais deles a prática constitui abuso e em quais não o constitui.

Quanto às condutas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor também veda algumas práticas abusivas no âmbito das relações de consumo⁴⁵¹. A venda casada, que consiste da vinculação da venda de um produto ou serviço a aquisição de outro produto ou serviço, é um exemplo. Ela é tratada tanto pela Lei 12.529/11 como pelo Código de Defesa do Consumidor⁴⁵². No entanto, no âmbito de defesa do concorrência, será ilícita quando voltada a eliminação da concorrência, domínio de mercado e aumento de lucros. Tratando-se da defesa do consumidor, a simples conduta de condicionar a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro produto ou serviço, para se caracterizar a venda casada, prática vedada pelo direito do consumidor⁴⁵³. O Código de Defesa do Consumidor também trata das cláusulas abusivas, vedadas nos contratos firmados com os consumidores, o que reduziu o espaço de autonomia da vontade dos fornecedores, que exercem poder dominante, capaz de impor determinadas cláusulas que prejudicam os consumidores. Por isso, essa condição guarda relação com o direito da concorrência, que deve combater a concentração econômica, que limita a possibilidade de escolha do consumidor, e propicia o abuso dos fornecedores⁴⁵⁴.

Por fim, é importante ressaltar que o predomínio de posições dominantes, a eliminação da concorrência e a formação de cartéis, por exemplo, ressaltam ainda mais a vulnerabilidade do consumidor. Quanto mais abuso do poder econômico, mais

⁴⁴⁹ Luís Roberto Barroso entende que, sem situações excepcionais, o controle prévio de preços poderá justificar-se com base nos próprios princípios da livre iniciativa e livre concorrência, quando necessário para organizar um mercado deteriorado, em que tais princípios não operam mais. A prática é admitida para permitir que os princípios funcionem, onde já não funcionam. BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. p. 24.

⁴⁵⁰ RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. *O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência*. p. 143-144.

⁴⁵¹ O Diálogo de Fontes mostra-se importante novamente. Vê-se que a aplicação coordenada dos diplomas confere completude e harmonia ao ordenamento.

⁴⁵² Lei 12.529/11, art. 36, § 3º, inciso XVIII e Lei 8.078/90, art. 39, inciso I.

⁴⁵³ GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Direito do Consumidor e Direito da Concorrência*. p. 183.

⁴⁵⁴ *Ibidem*. Op. Cit. p. 190.

vulnerabilidade e menos liberdade do consumidor. “Desse modo, um ordenamento de concorrência, garantido e controlado pelo Estado, é condição prévia para que aqueles que quiserem auferir lucros tenham de se orientar pelas necessidades dos consumidores.”⁴⁵⁵. Novamente, percebe-se a sintonia entre a proteção do consumidor e o direito da concorrência e a importância da harmonização do ordenamento no tocante a estes temas.

3.3. O Abuso de Direito

Por fim, já caminhando para o final da trajetória apresentada no presente trabalho, importa também trazer algumas considerações sobre o abuso de direito, que também contribui para a quebra do equilíbrio e harmonização de interesses, que vem sendo defendido ao longo de todo o estudo apresentado.

O abuso de direito é tipificado como conduta ilícita pelo Código Civil em seu artigo 187, que dispõe que: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*” Por ser ilícita, se causar dano, gera o dever de indenizar⁴⁵⁶. O ordenamento brasileiro adotou a idéia de que os direitos individuais ou coletivos são protegidos, mas dentro de certos limites. Interessante que um dos marcos importantes do Direito Brasileiro sobre a questão do abuso de direito é o Código de Defesa do Consumidor, ao combater as cláusulas abusivas⁴⁵⁷. O artigo 187 atualmente é o eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito, com base na boa-fé⁴⁵⁸, e une todas as manifestações abusivas, seja no Direito da Concorrência, nas relações privadas ou nas relações de consumo⁴⁵⁹. O abuso do direito, seja ele qual for, deixa de gozar de proteção do ordenamento.

⁴⁵⁵ Ibidem. Op. Cit. p. 198.

⁴⁵⁶ Código Civil, Artigo 927.

⁴⁵⁷ A figura do abuso de direito no direito brasileiro foi, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma figura tímida. Antes do artigo 187 do Código Civil de 2002, a jurisprudência começou a reconhecer algumas manifestações de abuso, com a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de abuso, e algumas legislações como o Código de Defesa do Consumidor já encontrou algumas previsões. Mais sobre o tema, ver em MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo indicado pela Boa-fé.

⁴⁵⁸ A boa-fé é atualmente princípio dominante no microsistema do Código de Defesa do Consumidor, e é também no Código Civil, especialmente nas relações contratuais. Através do diálogo de fontes, é possível a coordenação de todos os elementos referente à questão do abuso de direito, seja nas relações de consumo, seja nas disciplinadas pelo Código Civil. De acordo com artigo 422 do CC: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*”

⁴⁵⁹ Ibidem. Op. Cit. p. 88.

Foi visto acima que o abuso do poder econômico é considerado ilícito, e não o poder econômico conquistado de acordo com as regras do mercado. Essa regra aplica-se ao sistema de Defesa da Concorrência, ao direito à livre iniciativa e à livre concorrência, seu corolário, e também aos direitos do consumidor.

Um dos critérios para configuração do abuso de direito é a inobservância dos limites impostos pela boa-fé. Atualmente, as relações de consumo, as relações contratuais e o sistema da concorrência pressupõem a boa-fé dos contratantes, das partes envolvidas. Se, em qualquer dessas relações, ocorre a quebra do dever de boa-fé, objetiva neste caso, se configurará o abuso. Judith Martins-Costa define a boa-fé objetiva como “o standard *de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o civiliter agere que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito*”, e completa que ela atua como “(i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou *desleal*.”⁴⁶⁰. Ao lado da boa-fé, caminha a confiança. Pela conjunção das duas, as partes devem sustentar expectativas legítimas na outra parte, e não frustrá-las, sem qualquer justificativa adequada. A boa-fé também se manifesta na observância das regras que regem determinado contrato ou relação, e conecta-se ao equilíbrio, ao estabelecimento do equilíbrio da relação jurídica. A quebra do dever de boa-fé desequilibra a relação jurídica. Assim, mesmo uma conduta em si mesmo considerada lícita, se configurada a quebra da boa-fé, desqualifica tal conduta e caracteriza o abuso.

Em relação aos consumidores, o perigo do abuso reside no excesso de proteção. Não há dúvida, e isso foi amplamente demonstrado ao longo do trabalho, de que a proteção do consumidor é necessária, devido à sua condição de vulnerabilidade, e para garantir o bom funcionamento dos mercados, da economia. Mas o excesso de proteção deve ser uma preocupação do aplicador e intérprete, pois pode permitir que o consumidor abuse dos seus direitos, quebrando o dever de boa-fé, que também cabe a ele, e aproveitando de situações para obter vantagens que vão além do devido e acabam lesando as relações e o sistema de defesa do consumidor. Como exemplo, pode-se citar a chamada “indústria do dano moral”, que tem levado um sem número de consumidores aos Tribunais, pretendendo transformar todo e qualquer aborrecimento em dano moral, o que acaba por banalizar o instituto do dano moral, e também a tentativa de muitos deles obterem vantagens indevidas sobre anúncios de

⁴⁶⁰ *Ibidem*. Op. Cit. p. 81.

publicidade com erro. Ora, os consumidores também devem respeito ao dever de boa-fé objetiva. Por serem vulneráveis, e em algumas situações, hipossuficientes, não estão dispensados de tal dever. A boa-fé e confiança deve ser recíproca em qualquer relação, e a sua quebra, desequilibra a relação, seja ela qual for.

Em relação a questão do dano moral, deve-se reconhecer que o seu reconhecimento representou um avanço na disciplina da responsabilidade civil, a partir da Constituição de 1988⁴⁶¹. Não há dúvidas quanto a existência de danos extrapatrimoniais que afetam a personalidade, o interior da pessoa, seus aspectos íntimos, e não se referem a perdas materiais ou a reposição de prejuízos. No entanto, é necessário ter cuidado com a sua configuração. Não cabe aqui aprofundar o estudo do dano moral, mas é importante esclarecer que meros aborrecimentos do dia-a-dia, a que todos estão sujeitos, não configuram necessariamente dano moral⁴⁶². Certamente, cada caso deverá ser analisado adequadamente, mas considerar que todos os dissabores, aborrecimentos e amolações da vida configuram dano moral, acaba por banalizar o instituto. E isso vem se repetindo em questões envolvendo o consumidor. Toda e qualquer dificuldade, todo e qualquer problema tem levado os consumidores aos Tribunais, em especial os Juizados Especiais, pedindo a condenação de fornecedores ao pagamento de danos morais, quando não se passaram de aborrecimentos que fazem parte da vida comum de todos. Em algumas situações, os próprios Tribunais tem encontrado dificuldades em definir e aplicar corretamente o dano moral. Entretanto, já se percebe tímidas manifestações em que os Tribunais afastaram a incidência do dano moral, como no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça. No primeiro, a incidência do dano moral foi afastada em caso em que o consumidor recebeu cobrança por correspondência, mas não teve seu nome negativado⁴⁶³. O Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência de dano moral

⁴⁶¹ CF, Art. 5º, incisos V e X: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” e “ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

⁴⁶² Alguns entendem que dano moral é dor, sofrimento, vexame, humilhação. Esses podem sim ser sintomas do dano moral, mas não necessariamente indicam que o dano aconteceu. Alguns ainda afirmam que dano moral é todo o dano que não é patrimonial. Neste caso, como determiná-los? Os dispositivos constitucionais que fala do dano moral (nota anterior) apontam que o dano moral refere-se aos direitos da personalidade. Refere-se, portanto, a lesão a bem integrante da personalidade. Não é dano patrimonial. Diz respeito também à dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa república. Mais sobre o tema, em MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, e FILHO, Sergio Cavalieri. Os Danos Morais no Juidiciário Brasileiro e sua Evolução desde 1988.

⁴⁶³ Agravo interno em apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Serviço não contratado. Ausência de negativação. Dano moral não configurado. A ré deve agir com diligência, tomando todas as providências necessárias à segurança dos negócios realizados para evitar eventuais fraudes. Não agindo desta forma, patente sua responsabilidade civil objetiva pela má prestação dos serviços oferecidos. Assim, com base na teoria do risco do empreendimento deverá a ré suportar as consequências de sua desídia, estando correta a sentença ao declarar a inexistência do débito. Melhor sorte não

em ação proposta por consumidor contra a General Motors em função de problemas no ar condicionado do automóvel. No voto o eminente Ministro explica:

É que a indenização por dano moral não deve ser banalizada. Ela não se destina a confortar meros percalços da vida comum, e o fato trazido a julgamento não guarda excepcionalidade. E os defeitos, ainda que em época de garantia de fábrica, são comuns.

Haveria razoabilidade no deferimento de danos materiais, que na hipótese dos autos não foram comprovados, quando as sucessivas visitas à concessionária provocam a realização de despesas com o deslocamento, tais como combustível, aluguel de outros veículos, táxi, etc, porque a perda momentânea do uso do automóvel, guardadas certas proporções, é evidente, mas daí assemelhar esse desconforto a um dano moral, lesivo à vida e personalidade do incomodado, é um excesso. Ou seja, possível a indenização por danos materiais, mas os incômodos ou dissabores não chegam a configurar dano moral.⁴⁶⁴

O contrário acaba sendo vantajoso para os consumidores que querem aproveitar para se beneficiar, e que assumem erradamente a noção de dano moral, tornando pessoas hipersensíveis a qualquer aborrecimento e assoberbando o Judiciário com demandas que poderiam ser evitadas. Se por um lado existem demandas legítimas, em que houve o dano moral e o abuso do fornecedor, por outro lado, existem casos abusivos por parte do

assiste à consumidora no que tange ao pleito indenizatório. Para a configuração do dano moral é necessária a agressão à dignidade da pessoa humana, causando-lhe vexame, abalo psicológico, humilhação e outras dores que perturbem sobremaneira o espírito. A autora, ora agravante, não comprovou a inscrição indevida de seu nome nos cadastros restritivos de crédito, não obstante a determinação do Juízo neste sentido. Embora tal inscrição não seja a única causa geradora de dano moral, deixou a recorrente de demonstrar a ocorrência de cobrança vexatória ou outro fato capaz de macular sua honra. De fato, os fatos narrados nos presentes autos – cobrança do débito por meio de carta – não são capazes, por si só, de causar à agravante angústia e desequilíbrio no bem estar do consumidor, devendo ser vistos como mero dissabor ou aborrecimento. Verbete sumular 230 TJERJ. Recurso ao qual se nega provimento.

(Agravo Interno na Apelação Cível no 0095643-94.2011.8.19.0001, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, Terceira Câmara Cível, Julgado em 23/01/2013)

Súmula 230, TJERJ: "Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro."

Ver também: Apelação Cível no 0445524-98.2010.8.19.0001 – Rel. DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 07/05/2012 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL.

⁴⁶⁴ CIVIL E PROCESSUAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPARO DE VEÍCULO. DEFEITO NO AR CONDICIONADO. EXECUÇÃO INADEQUADA. SUCESSIVAS TENTATIVAS PELA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL CONCEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSOS ESPECIAIS QUE DISCUTEM O INCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DO DANO MORAL. EXCLUSÃO. I. O Superior Tribunal de Justiça não é competente para julgar matéria de cunho constitucional. II. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a matéria impugnada é devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que dirimiu a controvérsia de modo claro e completo, apenas de forma contrária aos interesses da parte. III. Indevida a indenização por dano moral, por não compreendida a hipótese de defeito em ar condicionado nas situações usualmente admitidas para concessão da verba, que não se confundem com percalços da vida comum. Precedentes. IV. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, providos. (Recurso Especial 750.735/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 04/06/2009) Ver também: 3a Turma, AgR-AgR-Ag n. 775.948/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, DJU de 03.03.2008; e 3a Turma, REsp n. 628.854/ES, Rel. Min. Castro Filho, maioria, DJU de 18.06.2007.

consumidor. É necessário que se conscientize e advogados e juízes, em primeiro lugar, mas também a sociedade como um todo, da real caracterização do dano moral, e até se pensar em punições na esfera processual aos litigantes nos casos de inexistência de dano moral⁴⁶⁵.

Sobre a questão de erros em publicidade, cita-se aqui dois casos. O primeiro deles, trata-se de oferta feita pelo Submarino de aparelho de DVD, em que o sistema erradamente aplicou desconto de R\$ 1.000,00 e não de R\$ 500,00, como anunciado. Quatro consumidores exigiram a venda com o desconto errado e acionaram o Procon, que aplicou multa à loja, por descumprimento do artigo 48 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶⁶. No entanto, em primeira instância, a 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo reverteu a aplicação da multa e ainda ressaltou que o Procon jamais deveria anuir com a prática de ilícitos. A decisão foi confirmada pela 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP, que ressaltou que a proteção do consumidor tem como objetivo evitar abusos, sejam eles cometidos pelos consumidores, sejam pelos fornecedores⁴⁶⁷. Em outro caso semelhante, o Conselho Recursal de Santos/SP reverteu decisão que condenava empresa a entregar fogão a uma consumidora por R\$ 2,10 (dois reais e dez centavos). Considerou-se que houve erro e não propaganda enganosa. Segundo o advogado do fornecedor, a consumidora sabia que o valor estava errado, mas confiou no protecionismo em favor do consumidor. A venda pelo valor pretendido por ela, importaria no seu enriquecimento sem causa⁴⁶⁸. Não houve boa-fé da consumidora e ela ultrapassou os limites do seu direito, cometendo abuso. Assim, nos dois casos, é possível identificar a quebra do dever de boa-fé, a ultrapassagem dos limites razoáveis para o exercício dos direitos do consumidor. Configura-se o abuso, e gera desequilíbrio às relações. Nota-se que o dever de boa-fé cabe ao consumidor e ao fornecedor. A quebra do dever desequilibra a relação, independente da parte que o cometeu.

Não se pode, contudo, deixar de considerar o outro lado, em que estão as empresas, os fornecedores, que cometem igualmente inúmeros abusos contra os consumidores e contra

⁴⁶⁵ Vide parecer disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-14/busca-vantagem-indevida-banaliza-dano-moral-abusa-judiciario> da advogada Maria Pereira Santos. Acessado em 06/02/2013.

⁴⁶⁶ CDC, Art. 48: As declarações de vontade constantes escritas particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo, vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

⁴⁶⁷ O preço original do aparelho era de R\$ 1.199,00, e com o desconto, sairia por R\$ 699,00 ou R\$ 629,00 à vista. Como o sistema errou na aplicação do desconto, o aparelho ficaria em R\$ 199,00 ou R\$ 184,00 à vista. O Procon aplicou multa de 194 mil à loja, mas a Justiça afastou o seu pagamento e considerou abusiva a conduta dos consumidores. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-ago-17/justica-impede-consumidor-levantar-vantagem-indevida>. Acessado em 06/02/2013.

⁴⁶⁸ No caso narrado, o verdadeiro preço da mercadoria era de R\$ 2.099,00. Não seria possível enquadrá-la como propaganda enganosa, pois uma das suas características é parecer ser verdadeira. Aqui, a consumidora tinha total condições de saber que aquilo estava errado e que não estava sendo enganada. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/erro-anuncio-diferente-propaganda-enganoso>. Acessado em 06/02/2013.

seus próprios concorrentes, como visto acima. As cláusulas abusivas, a propaganda enganosa, a venda casada, a insuficiência nas informações prestadas, demonstram a ausência de boa-fé no comportamento dos fornecedores, que acentua ainda mais o desequilíbrio das relações. Em relação às cláusulas abusivas, o diálogo de fontes também exerce papel importante pois permitirá o diálogo entre a disposição do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, que trata das cláusulas abusivas, e dos artigos 421, 422 e 424 do Código Civil, que impõe aos contratos os deveres de boa-fé, a observância da função social e a nulidade de certas cláusulas em contratos de adesão⁴⁶⁹.

Como dito acima, o abuso deve ser combatido nos dois lados da relação, seja ele cometido por fornecedores ou por consumidores. E é sabido que os fornecedores encontram diversas formas de cometer abusos contra os consumidores, afrontando o Código de Defesa do Consumidor, deixando de cumprir acordos, fazendo cobranças indevidas, inserindo cláusulas abusivas nos contratos de consumo. Não faltam ações nos Tribunais denunciando essas práticas. Cabe sim, também nestes casos, como tem sido feito, a condenação dos fornecedores ao pagamento dos danos morais e materiais causados aos consumidores, visando o restabelecimento do equilíbrio e a eliminação de injustiças. Mais uma vez, ressalta-se que o equilíbrio das relações é o fim almejado pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Código Civil e pela Lei de Defesa da Concorrência.

O presente capítulo apresentou algumas ferramentas que o ordenamento jurídico possui para (i) zelar pela harmonia dos princípios constitucionais e das leis infraconstitucionais de forma que o ordenamento constitua um todo unitário e harmônico, (ii) para eliminar e tratar eventuais conflitos entre normas, (iii) promover a coordenação entre as normas do ordenamento através do Diálogo das Fontes, e (iv) para manter o equilíbrio das relações, quando elas se desequilíbrem em função de abusos e excessos cometidos pelos consumidores e fornecedores.

Restou claro que o princípio da livre concorrência e a proteção do consumidor devem conviver em harmonia, pois o próprio ordenamento os concebeu dessa forma. Deve existir equilíbrio entre eles de forma que nenhum deles seja eliminado. A proteção do consumidor não poderá se exceder a ponto de prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência. A liberdade do mercado, marcada especialmente pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não poderá se exceder a ponto de desrespeitar os direitos dos consumidores. O equilíbrio é o que se esperar e é o objetivo do ordenamento jurídico. Ele

⁴⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. Comentário ao Código de Defesa do Consumidor. p. 54.

propiciará qualidade de vida e desenvolvimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a disciplina dos direitos do consumidor e da ordem econômica no Brasil, procurando apresentar algumas possibilidades e mecanismos de compatibilização e harmonização entre eles. Para tanto, primeiramente, foi feita uma análise histórica das influências sob as quais as Constituições Brasileiras nasceram, como trataram ou não a questão da ordem econômica e do direito do consumidor. Em seguida, passou-se a analisar as questões no âmbito internacional, sobretudo no Mercosul, grupo ao qual o Brasil pertence. Por fim, foram apresentadas algumas formas de solução dos eventuais conflitos advindos da coexistência dos princípios da ordem econômica, sobretudo aqueles que garantem liberdade às empresas e aos agentes econômicos, como a livre concorrência, e a proteção do consumidor.

No primeiro capítulo, verificou-se que o desenvolvimento do Estado e do constitucionalismo Brasileiros, seguiu a tendência mundial e refletiu a evolução do Estado Liberal para o Social. É interessante notar que mesmo nos períodos ditatoriais e autoritários que o Brasil foi submetido, a disciplina das questões econômica, principalmente, e o comportamento do governo brasileiro de intervenção seguiu a lógica de evolução do Estado Liberal e do Estado Social, embora guardasse outras motivações, como visto. A ordem econômica é um dos exemplos em que isto fica bem claro, pois as primeiras Constituições influenciadas pelos ideais liberais não tratam em nenhum momento de intervenção ou disciplina da ordem econômica. As mais recentes, por sua vez, trazem normas com tal finalidade, evidenciando uma participação e preocupação maior do Estado com tais questões.

Embora tenha sido ressaltado ao longo do trabalho que o Brasil não viveu efetivamente uma experiência autêntica de Estado Liberal e, posteriormente, Social, o Estado brasileiro atualmente, tal como é apresentado pela Constituição de 1988, têm traços do liberalismo e também do Estado Social mais voltado para a sociedade, dando considerável atenção aos direitos e garantias individuais, sociais e do trabalho, e tem como objetivo estabelecer a democracia e uma sociedade justa e igualitária, um Estado equilibrado. Também retrata a crise do mesmo Estado Social, retratado pelo Estado regulador.

No tocante à disciplina do consumidor, percebe-se de igual forma uma evolução, mas que se apresenta de forma um pouco diferente. No caso específico do Brasil, a disciplina e proteção dos direitos do consumidor aparecem pela primeira vez no ordenamento com a

Constituição de 1988. Logo depois, ocorreu a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, representando um grande marco na disciplina das relações de consumo e econômicas.

Como resultado, a Constituição Federal traz elementos necessários para a construção de uma sociedade justa e igualitária: garante direitos individuais, sociais e do trabalho, protege a liberdade, mas estabelece limites para que a liberdade não seja abusiva e desigual, estabelece normas de organização do Estado para que ele atenda às necessidades da sociedade, dispõe sobre as formas de intervenção do Estado nas relações privadas, dentre elas, na economia, para que o seu exercício seja um instrumento de desenvolvimento e de promoção da pessoa humana.

No segundo capítulo foi feita uma análise sobre a defesa do consumidor e a defesa da concorrência no Mercosul e seus países membros. Verificou-se a necessidade e a tendência de harmonização de tais interesses no âmbito do Bloco para que fornecedores e consumidores estejam submetidos às mesmas regras e ao mesmo nível de proteção em qualquer país membro do Bloco. Tal condição é interessante, porque o Bloco tem como objetivo promover a integração não somente econômica, mas também social e cultural. A promoção de tal integração intensifica o trânsito de pessoas e as trocas entre os membros do Bloco, que causa reflexos nas relações de consumo e entre as empresas. Consumidores e fornecedores não precisam mais estar domiciliados ou localizados no mesmo país. A internet também favorece essa realidade. Logo, devem gozar da mesma proteção onde quer que estejam. Por isso, a harmonização é um passo importante, além da necessidade de uma disciplina comum do Bloco.

Por fim, no Capítulo III, verificou-se os instrumentos de interpretação e coordenação das normas constitucionais e infraconstitucionais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, e como, através deles, é possível que interesses de consumidores e fornecedores sejam harmonizados, sem que ocorra desrespeito aos direitos de ambos. Percebeu-se também que conflitos podem ocorrer, mas já mecanismos para solucioná-los, sem que se ofenda o ordenamento jurídico, e algumas formas de combate aos abusos de direito de fornecedores e consumidores, que geram desequilíbrio nas relações.

Ao final do trabalho, restou claro que as novas tendências no âmbito nacional e internacional, considerando a integração promovida pelo Mercosul, é a harmonização e coordenação dos interesses e direitos de fornecedores e consumidores. O ordenamento brasileiro oferece meios para o manter o equilíbrio entre os direitos de diversos participantes

da sociedade, através da solução de conflitos e do combate ao abuso de direito por quem quer que seja. Logo, interesses que aparentam estar em tensão podem ser compatibilizados e harmonizados, visando o fim comum que é o bem estar e proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República de acordo com a Constituição Federal, e a promoção do desenvolvimento e progresso do país.

Cabe apenas ressaltar que a interpretação legislativa, e sobretudo constitucional, e a eficácia dos seus comandos, depende não somente dos intérpretes e dos aplicadores do Direito, mas também de toda a sociedade. É o referendo da sociedade sobre as normas constitucionais que conferirá a elas plena eficácia e garantirá a observância dos direitos de todos, sem distinção ou exclusão. A compreensão e o conhecimento adequados permitirão que a sociedade faça valer o que já está no papel da Lei e de tantos trabalhos e escritos como este, fruto de muito estudo e muita reflexão, ao longo de muito tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barsosa. *A Perspectiva Histórica e a Evolução dos Princípios no Direito*. In **Novos Direitos, os Paradigmas da Pós-modernidade**. MELLO, Cleyson M; FRAGA, Thelma, Coord. Niterói: Ímpetos, 2004. P. 1-30.

ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*, In **Yale Law School Occasional Papers**, Second Series – Number 3, 1997. p. 3-19.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da, Trad. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ANDERS, Eduardo Caminati; CORDOVIL, Leonor Augusta Giovanne; BAGNOLI, Vicente. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARNAULD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. WUILLAUME, Patrice Charles, Trad. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRIGHI, Jean Michel. *La protección de los consumidores y el Mercosur*. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 2, p.126-.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. In **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-292.

_____. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto, Org. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In **Revista Diálogo Jurídico**, nº 6, vol. 1, setembro/2001. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 14 de agosto de 2012.

_____. *Introdução – Aspectos Constitucionais*. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, Jul/Ago-2012, Salvador/BA.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto, Org. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 327-378.

BASTOS, Aurélio Wander. **A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24774-24776-1-PB.pdf>. Acessado em 31/01/2013.

BELLO, José Maria. **História da República, 1889 a 1954: Síntese de Sessenta e Cinco Anos de Vida Brasileira**. 5. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

BERQUÓ, Anna Taddei Alves Pereira. **Globalização, Integração Econômica e Direito do Consumidor Comparado: Cotejo das Normas de Direito do Consumidor dos Países**

Membros do Mercosul. Disponível em http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/91/92. Acessado em 31/01/2013.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. trad. por Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Diário da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – 1823**. Brasília, Senado Federal, Edição facsimilar, III, p. 234-235. In FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. **Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1967.

_____. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

_____. **Código Civil**, de 2002.

_____. **Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor)**, de 1990.

_____. **Lei 8.884**, de 1994.

_____. **Lei 12.529**, de 2011.

CADE. **Resolução 20**, de 1999. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Resolucao%20n%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acessado em 26/02/2013.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CÁPRIO, Marcos. *A Proteção do Consumidor nas Constituições dos Países do Mercosul e Associados*. In **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 19, vol. 74, Abr.-Jun. 2010.

CÁRDENAS, Sara Lidia Feldestein de; VIEIRA, Luciane Klein. *La Noción de Consumidor en el Mercosur*. In **Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre de 2011)**, Vol. 3, n. 2, p. 71-84.

CARPIZO, Jorge. *Derecho Constitucional Latinoamericano e Comparado*. In **Boletim de Derecho Comparado**, nuova serie, año XXXVIII, n. 114, sep-dec/2005, p. 949-989. Disponível em <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11401.pdf>. Acessado em 02/10/2012.

CASTRO, Araujo. **A Nova Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

_____. **A Constituição de 1937**. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Editora

Freitas Bastos, 1941.

CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História – Origem & Reforma**. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

COMPARATO. Fabio Konder. *A proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988*. In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XXIX, nº 80, Out-Dez/1990.

_____. *A proteção do consumidor: importante capítulo de direito econômico*. In **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense: 1978. p. 473-499.

DWORKING, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. BOEIRA, Nelson, Trad. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA. **Sherman Act**, de 1890. Disponível em <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=51>. Acessado em 21/02/2013.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 9, vol. 35, jul/set 2008.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La Evolución de Derecho Internacional de los Derechos Humanos em las Constituciones Latinoamericanas**. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1439/1/DL-1993-I-1-Fix-Zamudio.pdf>. Acessado em 23.02.2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. **Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; Fumec, 2003.

_____. *Direito do Consumidor e Direito da Concorrência*. In **Direito Econômico: evolução e institutos: obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca**. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Org. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Joséli Fiorin. *A Proteção do Consumidor no Mercosul e o Protocolo de Santa Maria: “La Trama e el Desenlace”*. In **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 21, vol. 82, Abr-Jun/2012.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *A Política Legislativa de Proteção ao Consumidor*. In **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. V. 52. Abril-Junho 1990, p. 115 – 122.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira. Trad. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos: o breve século XX**. SANTARRITA, Marcos, Trad. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **A Era das Revoluções**. TEIXEIRA, Maria Tereza; PENCHEL, Marcos, Trad. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KLAUSNER, Eduardo Antonio. **Direito Internacional do Consumidor – a proteção do consumidor no livre comércio internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

KLEIN, Vinicius. **O Direito da Concorrência no Mercosul**. Disponível em

<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1754/1451>. Acessado em 31/01/2013.

KLOR, Adriana S. Dreyzin de. **El Mercosur**. Buenos Aires: Zavalia, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. STÖNNER, Walter. Trad. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. **Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6a ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Anteprojetos de Lei de Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. In **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 21, vol. 82, Abr-Jun/2012, p. 331-334.

_____. *Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que se refere à lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo*. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 24, p. 89-137, 2004.

_____; DELALOYE, María Laura. *La Propuesta “Buenos Aires” de Brasil, Argentina y Paraguay: El más Reciente Avance en el Marco de la CIDIP VII de Protección de Los Consumidores*. In **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 19, n. 73, Jan-Mar/2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional*. In **Temas de Direito do Consumidor**. MARTINS, Guilherme Magalhães. Coord. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2010.

_____. *O Princípio da Vulnerabilidade e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Proteção do Consumidor-Empresa*. In **Revista Semestral de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro, Jul-Dez/2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé*. In **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

MEDICI, Alejandro. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador**. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/191.pdf>. Acessado em 23.02.2013.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. Disponível em <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>. Acessado em 30/01/2013.

_____. **Protocolo de Santa Maria**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BE8F1423D%2D693F%2D4E87%2D83FC%2D5A2EAFFA7EC1%7D¶ms=itemID=%7BFB580559%2D413E%2D4D7B%2DAA87%2D5E9CD20AFB7B%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acessado em 31/01/2013.

_____. **Protocolo de Olivos**. Disponível em <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-olivos>. Acessado em 30/01/2013.

_____. **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em <http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>. Acessado em 30/01/2013.

_____. **Protocolo de Fortaleza**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B34431BE8%2D99AE%2D426E%2DB569%2DE0785B5AB1B8%7D¶ms=itemID=%7BA9EA8F7D%2D13D2%2D49C1%2DBF0F%2D20E752606414%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acessado em 29/01/2013.

_____. **Protocolo de Brasília**. Disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/PROTOBRA.pdf>. Acessado em 31/01/2013.

_____. **Resolução GMC 123/1996.** Disponível em http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3094/1/secretaria/resoluções_1996. Acessado em 25/01/2013.

_____. **Resolução GMC 34/2011.** Disponível em [http://gd.mercosur.int/SAM%5CGestDoc%5CPubWeb.nsf/ED6C798A402B178C83257B010062D8C6/\\$File/RES_034-2011_PT_Conceitos%20Basicos.pdf](http://gd.mercosur.int/SAM%5CGestDoc%5CPubWeb.nsf/ED6C798A402B178C83257B010062D8C6/$File/RES_034-2011_PT_Conceitos%20Basicos.pdf). Acessado em 25/01/2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946, Tomo I.** 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

NETO, Claudio Pereira de Souza; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa.** Disponível em <http://www.scribd.com/doc/78107593/Democracia-Claudio-Livre-Iniciativa>. Acessado em 26/02/2013.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor no Brasil.* In **Temas de Direito do Consumidor.** MARTINS, Guilherme Magalhães. Coord. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares,* In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderações, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PERES, Fabiana Prietos. *Definição de Consumidor na União Européia, na OEA e no Mercosul.* In **Revista de Direito do Consumidor,** Ano 20, vol. 80, Out-Dez/2011, p. 131-150.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina**, de 15/12/1994. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acessado em 22/01/2013.

_____. **Ley 24.240**, de 13/10/1993. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>. Acessado em 23/01/2013.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/enmienda2009.pdf>. Acessado em 25/01/2013.

REPÚBLICA DO PARAGUAI. **Ley 1.334**, de 1998. Disponível em <http://www.pyglobal.com/ley133401.php>. Acessado em 24/01/2013.

_____. **Constitución de la Republica de Paraguay**. Disponível em http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf. Acessado em 23/02/2013.

REPÚBLICA DO URUGUAI. **Ley 17.250**, de 17/08/2000. Disponível em <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=>. Acessado em 23/01/2013.

_____. **Constitución de la Republica**. Disponível em <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>. Acessado em 24/01/2013.

RIBEIRO, Elisa Silva e Assis. *O Controle das Condutas – Infrações à Concorrência*. In **Direito Econômico: Evolução e Institutos: Obra em homenagem ao Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca**. OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 127-147.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e Globalização: A crise dos Paradigmas do Direito Constitucional*. In **Anuário Direito e Globalização**, vol. 1, 1999.

_____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIÉYES, Emmanuel. *¿Que és el Tercer Estado?* In **Escritos y discursos de la Revolucion**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 83-162.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: 212, Abr/Jun, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações – Investigação sobre sua Natureza e suas Causas, Vol. 1**. BARAÚNA, Luiz João. Trad. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

STIGLITZ, Gabriel A. *El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR*. In **Revista Jurídica La Ley** 1995-B-1361/1374.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *O Papel do Direito Comparado na Globalização*. In **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 16, jan-jul/2000. p. 150-158.

TEPEDINO, Gustavo. *O Mercosul e as Relações de Consumo: o Papel das Normas Constitucionais na Construção de um Direito Privado Comunitário*. In **Synthesis, Cadernos**

do **Centro de Ciências Sociais**, n. 1, Rio de Janeiro, p. 39-49, 1996.

_____. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

VAN CAENEGEM, R.C. **Introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.