

O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CONSUMER RIGHTS AS EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Cildo Giolo Júnior¹

Lislene Ledier Aylon²

RESUMO

Os direitos humanos surgiram no decorrer dos tempos, de acordo com as necessidades humanas de época e como fruto de diversos anseios e lutas sociais. Por outro lado, devido a organização social preponderante urbana e da produção pós revolução industrial, o consumo de produtos e serviços torna-se condição estrutural à sobrevivência da população mundial. Essa massificação do consumo tem-se manifestado como uma das maiores perturbações a serem enfrentadas pela sociedade atual. Não há como se desvincular o atual modelo de sociedade com o necessário consumismo. Não há como sobreviver sem consumir. Questiona-se se o Direito do Consumidor não estaria inserido na dimensão social, originária da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena, a qual diz respeito aos direitos humanos de segunda e de terceira geração. Esta pesquisa busca tratar os direitos do consumidor como forma de realização dos direitos humanos, diante da sua vulnerabilidade e limitação de autonomia do cidadão consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumo. Massificação. Direito humanos. Direito do consumidor. Dimensões. Gerações.

ABSTRACT

Human rights emerged over time, according to the human needs of the time and as a result of various aspirations and social struggles. On the other hand, due to the predominant urban social organization and post-industrial revolution production, the consumption of products and services becomes a structural condition for the survival of the world population. This mass consumption has manifested itself as one of the biggest disturbances to be faced by today's society. There is no way to unlink the current model of society with the necessary consumerism. There is no way to survive without consuming. It is questioned whether Consumer Law would not be inserted in the social

¹Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo "Ius Gentium Conimbrigae" (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos, Santos - São Paulo (Brasil). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Buenos Aires - Capital Federal (Argentina). Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Franca. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular das cadeiras de Direito Civil na Faculdade de Direito de Franca e de Direito Processual Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais, tendo sido admitido em ambas por concursos públicos de provas e títulos. Docente e Advogado. Avaliador do MEC/INEP para os Cursos de Direito. drcildo@gmail.com.

²Doutora em Direito pela da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito) em São Paulo/SP. Mestre em Direito Privado pela Universidade de Franca (2002). Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Franca (1995). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1989), Vice-Diretora e Professora da Faculdade de Direito de Franca/SP.

dimension, originating from the evolution of fundamental human rights and the concept of full citizenship, which concerns second and third generation human rights. This research seeks to address consumer rights as a way of realizing human rights, given their vulnerability and limitation of consumer citizen autonomy.

KEYWORDS: Consumption. Massification. human rights. Consumer law. Dimensions. generations.

INTRODUÇÃO

O conceito atual de direitos humanos é uma construção histórica e não imediata, ele é originário de uma sedimentação da demanda de direitos de cada época e resultado de diversas anseios e lutas sociais, motivo pelo quais os estudiosos costumam dividi-los em gerações ou dimensões, cuja terminologia tem sido objeto de dissenso entre os autores. Sob a inspiração de Karel Vasak, em sua aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo em 1979, o saudoso constitucionalista Paulo Bonavides, verificou os direitos do homem a partir de seu perfil histórico, juntando-se os mesmos em gerações ou dimensões de direitos, fazendo referência expressa ao termo gerações dos direitos humanos fundamentais para explicar a introdução histórica deles nas constituições dos países, sendo este posicionamento seguido por vários outros constitucionalistas. (BONAVIDES, 2006, p.563) (FERREIRA FILHO, 2010, p.25) (DIAS, 2012. p.61) (JIMÉNEZ, 1997. p.25)

Dentre as chamadas dimensões ou gerações de direito humanos, temos: os direitos de primeira geração ou dimensão que dizem respeito às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos; os direitos de segunda geração ou dimensão, que tratam das liberdades positivas (reais ou concretas), assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano; e os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. (SARLET, 2007, p.55)³

³ Neste mesmo sentido: (SARMENTO, 2006, p.19) (MARMELSTEIN, 2014, p.42)

O direito do consumidor, que será tratado neste artigo, como verdadeiro direito categorial, inserir-se-ia em qual dimensão ou geração dos direitos humanos?

1 OS DIREITOS DOS HOMENS

Antes de se discutir a inserção dos Direitos do Consumidor enquanto direito humano fundamental, há de se convir que a concepção moderna de direito humanos, como a própria terminologia pode trazer, nasce junto com a história do próprio homem, evoluindo conforme a natureza humana progride no sentido de dirimir as mais diversas desigualdades e injustiças. José Joaquim Gomes Canotilho diferencia os direitos do homem e os direitos do cidadão

A Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre status *negativus* e status *activus* (na terminologia de G. Jellinek), entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica. Isto permitiu a célebre oposição entre *liberdade dos antigos e liberdade dos modernos*: se a liberdade dos antigos consistia, segundo Aristóteles, na participação activa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos, na definição de Benjamin Constant, teria como escopo 'la sécurité des jouissances privées'. Esta oposição arvorada em autêntica lei de desenvolvimento da história, dava cobertura política ao regime censitário, baseado, precisamente, na distinção entre l'homme citoyen e o homem *tout court*. (CANOTILHO, 2004, p. 393-394)

Na condição de reivindicações, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas². Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (ARENDRT, 2012. p. 134). Para Robert Alexy, “Direitos fundamentais são direitos que foram gravados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – em outras palavras, com a intenção de positivizar os direitos humanos.” (ALEXY, 2014. p.228)

1.1 Conceito e evolução dos Direitos Humanos

A Organização das Nações Unidas apregoa que são direitos humanos aqueles direitos relativos aos seres humanos, independentemente qualquer condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.⁴

Neste mesmo sentido declara André de Carvalho Ramos, que ensina “Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”. (RAMOS, 2014. p.35)

Percebe-se que, ao longo do tempo, os Direitos Fundamentais foram gradativamente sendo conquistados pelos homens. Sobre a evolução dos direitos do homem, Norberto Bobbio ensina que:

[...] os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. [...] os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. (BOBBIO, 2004. p.52-53)

Os direitos humanos são direitos fundamentais da pessoa humana, que são, na verdade, aqueles mínimos direitos para que o homem possa viver em sociedade, mas que os torna imprescindíveis à própria condição humana. Entretanto, essa conceituação não é, de forma nenhuma, pronta e acabada, conforme se demonstrará, ela é uma construção histórica que vem se formando e se amoldando conforme crescem as necessidades e os consequentes os anseios pelos direitos da sociedade. Neste sentido, apregoa Canotilho, ao salientar que muitos dos direitos fundamentais, são também direitos de personalidade:

Os *direitos de personalidade* abarcam certamente os direitos de estado (por ex. direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direitos à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direitos à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como 'direito à pessoa ser e à pessoa devir (tornar-se, vir a ser)', cada vez mais os direitos

⁴ ONU. *Organização das Nações Unidas*. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em 25/9/2017.

fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (CANOTILHO, 2004, p. 396).

Canotilho também demonstra a dupla função dos direitos humanos, ao explicar a Caso Lüth

[...] No entanto, não é apenas uma ordem de direitos subjectivos, mas também uma ordem objectiva que justificará, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas colectivas e organizações (ex. os direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição Portuguesa). Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. (CANOTILHO, 2004, p. 396).

Assim, o que era um formato de direitos humanos no passado, hoje algo muito maior, em um formato diferente, adicionando-se novas regras e concepções. Uma coisa é certa, os direitos humanos não deixam de ser humanos. Não há retrocesso. Há a consagração de um direito em direito humano, mas não há sua exclusão.

Robert Alexy ensina que “Direitos humanos são direitos, em primeiro lugar morais, em segundo lugar universais, em terceiro lugar fundamentais e em quarto lugar abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas” (ALEXY, 2014. p.228) O autor afirma ainda que as características distintivas dos direitos humanos, e os tornam únicos diante de outras espécies de direitos: “Com isso estão juntas as cinco características que distinguem os direitos humanos de todos os outros direitos: direitos humanos são direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais e (5) prioritários”. (ALEXY, 2014. p.95)

Por outro lado, muito se discute acerca das diferenças conceituais entre os chamados “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”. Chegando alguns, alhures, a conceituar tais direitos como “direitos humanos fundamentais”⁵. Aplicando-se um critério espacial nesta conceituação, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que se trata de uma questão de positivação dos direitos. Os direitos humanos seriam aqueles direitos do homem positivados nas declarações universais de direitos e, por sua vez, os direitos fundamentais,

⁵ Para Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais “se colocam como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”. (MORAES, 2011. p. 21.). Por outro lado, João Baptista Herkenhoff, de forma inclusiva, afirma que os direitos humanos abrangem os direitos fundamentais: “Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir”. (HERKENHOFF, 1994. p. 30).

seriam os direitos do homem, considerados como tais, pelas Cartas Constitucionais dos países. (SARLET, 2012, p. 35-36) Entretanto, conforme salienta o autor, tal questão não seria apenas conceitual⁶.

Robert Alexy afirma que direitos fundamentais são uma tentativa de positivizar os direitos humanos, com o intuito de os converter em direitos jurídicos, transformando-os em verdadeiros direitos morais. Isso só se dá porque, na argumentação da teoria do discurso, são pressupostas a liberdade e a igualdade como parceiras desse discurso.

Direitos fundamentais constituem a tentativa de positivizar os direitos humanos e, nesse sentido, de transformá-los em direitos jurídicos. Essa institucionalização se realiza de forma plena com a criação do controle de constitucionalidade. Porém, com isso não estão todos os problemas resolvidos. Coloca-se a questão de como se deve interpretar e aplicar os direitos fundamentais. Disso tratam os artigos da terceira parte. No centro está a distinção entre regras e princípios, que está inseparavelmente conectada à máxima mais importante da interpretação dos direitos fundamentais, a máxima da proporcionalidade. O discurso, os direitos humanos e fundamentais e a teoria dos princípios são pedras fundamentais da minha teoria sobre o conceito e a natureza do direito, que constituem o objeto dos três artigos da quarta parte. Trata-se, aqui, da defesa de um conceito de direito não-positivista, que constitui a expressão da dupla natureza do direito. A isso se adicionam, na quinta parte, três entrevistas, em que os temas abordados experimentam novas abordagens. (ALEXY, 2014. p.14)

De uma forma ou de outra, percebe-se que só haverá o efetivo primado dos direitos humanos com a supremacia dos valores da Justiça no mundo. Justiça que será, por sua vez, a força geradora da Paz (HERKENHOFF, 1994. p. 66)⁷. Esta Declaração representa a consagração de um conjunto de valores que levaram séculos a elaborar e a obter um consenso alargado a nível mundial. Estes valores fundamentam hoje um conjunto de direitos que são reconhecidos a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, nacionalidade, religião, sexo, idade ou condição social. Apesar de ser reconhecido o direito à diferença a cada estado, as diferenças nas suas legislações internas não podem, contudo, contrariar o que está consignado na Declaração.

Desta forma, todos os Estados do mundo são obrigados a tê-los em conta, e não apenas aqueles que até o momento tenham subscrito esta Declaração. É com base nos

⁶ “Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.” (SARLET, 2012, p. 37).

⁷ Neste mesmo sentido: (BOBBIO, 2004. p. 21)

valores nela consagrados que avaliamos a sua atuação, quer no plano interno, quer no plano internacional.

Diante destas particularidades dos direitos humanos, observa-se que estes têm como objeto criar um paradigma para a própria organização social, o que, além da proteção da dignidade da pessoa humana, acarreta em um segundo plano, um impedimento a fim de evitar a intervenção estatal nos direitos do cidadão. A dignidade da pessoa humana, que foi elevada ao seu grau mais alto no segundo pós-guerra, remonta ao pensamento kantiano de que o homem deve ser sempre *sujeito* e nunca *objeto*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente com um fim e nunca como um meio” (KANT, 2003. p. 233).

São esses, valores ético-sociais sem os quais o ser humano não teria essa característica de humano, abarcando tanto os direitos pessoais, assim como os direitos coletivos. Essa é a razão pela qual o direito do consumidor atinge aos direitos humanos em todas as suas gerações ou dimensões.

2. OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E OS DIREITOS HUMANOS

2.1 A MASSIFICAÇÃO DO CONSUMO

Por força da evolução nas relações de consumo, nascidas da produção e do consumo em massa, que fizeram aumentar a potencialidade danosa dos produtos e serviços, chegou a um dilema no qual a legislação anterior, que era ajustada à uma realidade social já ultrapassada, não atendia aos anseios das questões consumeristas emergentes. Este consumo em massa é resultado da revolução liberal, na qual houve a transformação do Estado Absoluto em Estado de Direito, que beneficiou de sobremaneira a economia ao evoluir do mercantilismo ao capitalismo por meio da revolução industrial. Neste momento ocorreram o êxodo rural, o crescimento das cidades industriais e o surgimento da sociedade de massa. Trabalho em massa e também, consumo em massa.

Desta forma, a revolução industrial, juntamente a outras revoluções ocorridas no final do século XVIII, tornaram factível o início de um novo caráter no quesito relação social, além de incluir um novo grupo econômico: a chamada sociedade de consumo. Priorizaram a produção em série e a busca do maior mercado consumidor possível. Foi

neste contexto histórico-social que a sistematização do Direito do Consumidor surgiu de forma ordenada, agora concretizada como vocação da ciência jurídica, para aproximar ainda mais a concepção ainda liberal individualista da sociedade de consumo. Isto por que com o surgimento do liberalismo no século XIX, houve também o nascimento da doutrina defensora da livre concorrência e da não intervenção estatal na economia. Dentre os seus efeitos jurídicos são o positivismo e a concepção do Direito como sistema jurídico.

O Direito, em sua relação dialética com a movimentação sociológica de fenômenos sociais, trata – há tempos – de proteger o consumidor, em termos parecidos ao do direito laboral atual. Contudo, foi na segunda metade do século XX, quando os mercados se ampliaram em marcha frenética à globalização, que esta área curiosa do Direito Privado ganhou força, eis que os contratos de consumo não se davam mais entre sujeitos livres e conscientes de suas consequências, mas sim entre grupos econômicos e sujeitos isolados, que são carentes de conhecimentos e necessitados informações adequadas em relação ao acordo ao qual se submetem e com o qual contratam. Diante disso, foi necessária a uma quebra de paradigma com o fim de alguns fundamentos existentes, ligados anteriormente ao Direito Civil, visto que estes não se coadunavam com a realidade imposta pela sociedade de consumo.

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Após essa massificação social, o respeito ao cidadão-consumidor é fruto das alterações ocorridas no Direito nos últimos tempos. Estas transformações do Direito Contemporâneo, tem como ideias centrais o pós-positivismo e o constitucionalismo.

O *constitucionalismo*, assim chamado, trata-se da supremacia da Constituição sobre as outras normas que compõem o sistema. Ensina Uadi Lammêgo Bulos que o termo “constitucionalismo” é uma palavra nova, porém revestida de uma ideia remota.⁸ Em sentido amplo, o termo se liga ao fato de que todos os Estados, seja qual época de sua evolução, possuíram ou possuem uma Constituição, como forma de a razão sobrepujar a

⁸ Neste mesmo sentido, Leo Van Holthe afirma que este movimento surge apenas no final do século XVII, tendo como origens formais as Constituições dos Estados Unidos de 1787 e a da França de 1791. *in* (HOLTHE, 2010. p. 26-27). Entretanto, Uadi Lammêgo Bulos afirma que estas Cartas de Direitos somente tratam do chamado Constitucionalismo Contemporâneo, cuja origem remonta há mais de 30.000 anos a.C. *in* (BULOS, 2017. p. 65-66)

força e a violência. Já no sentido amplo, o constitucionalismo resulta do movimento constitucionalista como forma de tutela das liberdades públicas.^{9 10}

Verifica-se então que, o fenômeno do constitucionalismo tem acompanhado a humanidade nas mais antigas épocas de sua história. Segundo alguns estudiosos, estaríamos diante do chamado “neoconstitucionalismo”. Apesar da partícula “neo” significar *novo*, alguns autores indagam se este fenômeno realmente é recente (BULOS, 2017. p. 80). O que temos, na verdade, é o bom e velho constitucionalismo, agora adaptado às questões mais hodiernas (BARROSO, 2010. p.93), mas o mundo não poderia ser o mesmo depois do holocausto (AGAMBEN, 2008). (ARENDRT, 2003). (LEVI, 2002). A constituição não poderia mais ser apenas texto, devendo ser impor também como norma. A imputação à norma constitucional ao status de norma jurídica foi, sem dúvida nenhuma, uma das grandes alterações de paradigma ocorridas ao longo do século XX. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a segunda grande guerra, criou uma nova geografia da Constituição e a interferência deste novo direito constitucional sobre as demais instituições contemporâneas.

A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política. Venceu-se o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente dependente da liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade do administrador. Por outro lado, ao Judiciário também não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Percebe-se que o fenômeno deste novo constitucionalismo é bidimensional, pois além de certificar a força normativa da Constituição e de expandir a sua jurisdição, noutra dimensão, o impulsionando, temos exacerbado o movimento do pós-positivismo, que é o marco filosófico deste novo direito constitucional. Pois, vencido os melindres do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, nesta outra dimensão, deram acesso

⁹ “[...] técnica jurídica de tutela das liberdades, porquanto engloba um conjunto de normas, instituições e princípios constitucionais positivos, depositados em constituições escritas, a exemplo do direito à vida, à igualdade, à dignidade, ao devido processo legal, e tantos outros vetores relacionados à mecânica dos direitos humanos fundamentais”. (BULOS, 2017. p. 65-66).

¹⁰ Conceitua Celso Ribeiro Bastos, “o movimento de valorização da judicialização do poder, com a finalidade de dividi-lo, organizá-lo e discipliná-lo, bem como da elevação de tal norma a condição de legislação suprema do Estado”. *in* (BASTOS, 2010. p. 149)

para um conjunto amplo e ainda inconcluso de ponderações e observações acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

No Brasil, a Carta de 1988, transferiu a legalidade para a ótica periférica do sistema jurídico, trazendo a constitucionalidade para o centro de toda a estrutura, diante do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, composta de supremacia com carregada de ênfase valorativa. Passou-se assim, a figurar a Constituição no centro do nosso sistema jurídico em uma forma geocêntrica, em que as demais normas jurídicas girassem em torno da Carta Magna, respeitando os seus ditames e regramentos, e principalmente, recebendo do astro principal, os raios principiológicos que deverão ser respeitados posteriormente.

Desta forma, os marcos históricos do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo e dos ideais consumeristas convergem para o mesmo ponto, o que dá sustentação e objetividade para o levantamento desta pesquisa, diante de uma hermenêutica que privilegie o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Este constitucionalismo é a superação da fragilidade do direito que, até então, aqui sobrevivia. É ele é que faz com que o chamado “direito público” passe a atravessar as atividades de toda a sociedade, horizontalizando os direitos fundamentais e invadindo as relações privadas.

O estudo do Direito do Consumidor através da ótica constitucional e infraconstitucional, sua hermenêutica diante da constitucionalização das leis e da judicialização, sob a ótica do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, segue em paralelo ao desenvolvimento desenfreado da sociedade do consumo em massa, cresceu a base do princípio da hipossuficiência, como anteparo de proteção ao consumidor. Neste sentido, demonstra Bruno Miragem:

Observa Eros Roberto Grau que o *direito do consumidor*, expresso como direito fundamental, não configura mera expressão de ordem pública, senão que sua promoção deve ser lograda pela implementação de normatividade específica e medidas de caráter interventivo.⁵² Nesse sentido, o art. 5.º, XXXII, ao estabelecer pela locução "na forma da lei" um comando específico ao legislador para que realizasse o detalhamento da proteção constitucional, reconheceu a este a possibilidade de construção das normas próprias de proteção, de forma a otimizar a finalidade específica da disposição constitucional. De outra parte, note-se que a extensão do comando da norma constitucional ao legislador não se restringiu apenas à determinação da feita da lei, senão, em face da dicção do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a realização de um Código de Defesa do Consumidor. (MIRAGEM, 2002. v. 43, p. 111, Jul/2002. p.5)

É necessário desconstruir alguns paradigmas, estereótipos e idiosincrasias, que serviram de base a uma série de análises equivocadas acerca dos problemas da conceituação do consumidor e indicar caminhos que podem ser trilhados de modo a conferir a devida proteção aos valores primordiais do ordenamento sem, contudo, prescindir da necessária segurança jurídica.

O tema central da presente pesquisa se assenta no verdadeiro paradoxo entre a crise do pensamento keynesiano do *Welfare State*, que, ao declarar o fim do *laissez-faire*, afirmou que é papel essencial do Estado em intervir onde os indivíduos não podem alcançar por si só, melhorando as situações onde eles alcançam sem ajuda, e a necessidade do desenvolvimento dos direitos do consumidor que acaba sendo escravizado pelo consumo, como verdadeiro direito da humanidade.

O paradoxo se dá porque, se por um lado, o Estado-providência, conforme argumentam os neoliberais é a negação da liberdade e da propriedade privada, por ser antieconômico já que desvia investimentos, provoca improdutividade, leva a ineficácia e ineficiência do aparelho estatal. Por outro lado, o *Welfare State* é o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.

Nesta esteira, originário do célebre embate entre e Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002. p.22) e Robert Alexy (ALEXY, 1993.p.57), parte-se da marca pós-positivista de que o direito não é propriamente a lei, mas sim alguns direitos são por ela tratados e a concepção das zonas duras, penumbras e a discricionariedade do magistrado. A teoria dos princípios, a qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado. Posteriormente, Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito, definindo como elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios (BARROSO, 2010. p.93). Assim não basta ter texto e não ter norma, ou vice-versa, sendo necessário as duas concepções. Desta forma, chega-se ao modelo moderno de interpretação das leis conforme a Constituição e não o da interpretação da Constituição conforme as leis.

3. O CIDADÃO-CONSUMIDOR E A VULNERABILIDADE

É importante para o aprofundamento no tema que se conheça o conceito de consumidor e abrangência que o termo pode alcançar como cidadão. Sob o ponto de vista econômico, Consumidor é “todo o indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens.” (FILOMENO, 2007. p.18). Entretanto, como se percebe, a conceituação abrange não somente quem adquire para uso próprio, como também o intermediário que repassa o produto a outros fornecedores. O que torna inadequado o uso do conceito econômico no campo jurídico.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, mesmo antes da publicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conceituou seu principal sujeito como sendo:

Todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra, pessoal natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimentos profissionais. (BENJAMIN, 1988. v.628, p.78).

Por outro lado, a lei consumerista trouxe quatro grandes espécies de consumidores, que a doutrina dividiu em duas gêneros: o consumidor em sentido próprio¹¹ (ou *Standart*) e os consumidores por equiparação. Por equiparação, por sua vez, encontram-se três vertentes: a coletividade que interveio na relação de consumo¹²; a coletividade que foi exposta às práticas abusivas¹³ e as vítimas do acidente de consumo¹⁴.

Esta definição é o que estrutura a tutela especial do Código. Ao definir o termo *consumidor*, como fez com outros termos, o legislador o fez com o intuito de evitar

¹¹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27/12/2017.

¹² “Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27/12/2017.

¹³ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27/12/2017.

¹⁴ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27/12/2017.

problemas na interpretação futura a ser feita pela doutrina e pela jurisprudência (NUNES, 2013. p.120).

No que tange ao consumidor *standart*, Bruno Miragem explica que:

Aparentemente simples definição legal, na verdade permite desde uma rápida interpretação concluir que: a) consumidores serão pessoas naturais ou jurídicas. Logo, tanto uma, quanto outra poderá estar sob a égide das normas de proteção do CDC; b) será consumidor tanto quem adquirir, ou seja, contratar a aquisição de um produto ou serviço, quanto quem apenas utilize este produto ou serviço. Logo, é possível concluir que a relação de consumo pode resultar de um contrato, assim como pode se dar apenas em razão de uma relação meramente de fato (um contrato social) que por si só determina a existência de uma relação de consumo. (MIRAGEM, 2013. p.136)

Entretanto, percebe-se a condição restritiva ao final da conceituação legal “destinatário final”. Esta limitação criou, e ainda cria, muita controvérsia na nossa doutrina e jurisprudência. É esta uma condição, uma verdadeira nota tipificadora do conceito de consumidor, conforme explica João Batista de Almeida:

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o ‘destinatário final’ dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar sua profissão é, sem dúvida, destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda. (ALMEIDA, 2012. p.59)

Assim, como o texto legal não traz a significação de destinatário final, surgiam na doutrina algumas correntes de interpretação jurídica de consumidor. Para os adeptos da *teoria finalista*, também chamada de *subjetiva*, o termo destinatário final ficaria restrito ao consumidor como merecedor especial tutela, por ser ele a parte mais vulnerável da relação contratual. Cláudia Lima Marques, acerca da doutrina finalista, afirma que:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço. (MARQUES, 2011. p.53)

Assim, o destinatário final é o que retira o bem do mercado do adquirir ou simplesmente o utiliza. É também aquele que coloca um fim na cadeia de produção, e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem com o intuito de o oferecer a outrem (GARCIA, 2013. p.30). Para esta corrente, só merece a tutela o vulnerável, sendo este aquele que utiliza o serviço ou produto para sua necessidade pessoal e não como forma de incrementar uma atividade laborativa (CAVALIERI FILHO, 2011. p.61).

Por outro lado, a *teoria maximalista* (ou objetiva), parte do conceito jurídico de consumidor, a relação consumerista deve ser vista de forma mais ampla, abrangendo a sociedade de consumo como um todo.

Desta forma, os seus seguidores enfatizam que o termo de destinatário final previsto na legislação é objetivo, atingindo todo o destinatário fático do bem, que o retira do mercado, não importando a utilidade ou finalidade desse ato econômico. (SANSEVERINO, 2007. p.53)

Claudia Lima Marques traz mais uma interpretação, o que ela chama de “finalismo aprofundado”. Trata-se de um “*tertium genus*” entre as correntes existentes. Afirma que, com a entrada em vigor do CC/2002, a teoria maximalista perdeu força, sendo que cresce, por outro lado, a necessidade de maior aprofundamento na figura do consumidor afim de averiguar, caso a caso, a sua vulnerabilidade. (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2011. p.87)

O que estrutura todo o sistema de consumo é a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor e da relação de consumo que se forma¹⁵. É em razão desta fragilidade cidadão-consumidor, que foram editadas leis consumeristas em todo mundo. No afã de fazer equilibrada esta relação desigual entre consumidor e fornecedor, foram criadas leis protetivas do consumidor, com o intuito de resguardo do consumidor que é a parte mais fraca na relação de consumo (*weak-position*). O termo *vulnerável* se refere a “todo aquele suscetível de ser ferido, ofendido ou atacado, ou seja, diz-se do lado fraco de uma questão, ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou tocado” (HOLANDA, 2010. p.944). Diana Lara Espinosa atrela o termo ao sentido de *risco*¹⁶.

¹⁵ Como acentua João Batista de Almeida, o princípio da vulnerabilidade “é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico.” (2011. p.70).

¹⁶ “Así, siempre que una persona se encuentre en una condición en virtud de la cual pueda sufrir algún tipo de daño, está bajo una situación que la enfrenta a la *vulnerabilidad*. Por tanto, la vulnerabilidad es un estado

A vulnerabilidade em geral, ou seja, tratada como princípio e base científica, é uma forma abrupta de ruptura do equilíbrio da igualdade inerente ao tratamento do ser humano.¹⁷ Neste sentido é o que apregoa Paulo Valério Dal Pai Moraes:

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica [...] A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor. (MORAES, 1999. p.10)

Nelson Nery Júnior entende que a vulnerabilidade decorre da isonomia constitucional, que seja tratar os desiguais na medida de suas desigualdades (NERY JÚNIOR, 2002. p.320). Mas, não há como desvincular a vulnerabilidade do consumidor e a isonomia constitucional, pois ao se buscar a igualdade formal entre o consumidor e quem quer que esteja do outro lado da relação jurídica de consumo, não há como deixar de verificar a diferença existente entre ambos. Assim sendo, não há como deixar de dar tratamento de forma desigual ao consumidor fragilizado de forma técnica, jurídica, psíquica, econômica ou mesmo social.

A própria Constituição Federal de 1988, verificou a situação de vulnerabilidade de certos grupos de pessoas, como fez com os consumidores (art. 5.º, XXXII, CF/1988) e os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7.º, CF/1988).

Olhando de forma específica para o consumidor, a sua vulnerabilidade diante do fornecedor e, da conseqüente relação de consumo que se forma, é o que estrutura todo o sistema de consumo. Como acentua João Batista de Almeida, o princípio da vulnerabilidade “é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico” (ALMEIDA, 2011. p.70).

de riesgo al que se encuentran sujetas algunas personas en determinado momento”. in (ESPINOSA, 2013. p.22)

¹⁷ “a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.” In(RAWLS, 1992, p.47-48)

É em razão desta fragilidade que foi editado o Código de Defesa do Consumidor. Assim, no afã de fazer equilibrada esta relação desigual entre consumidor e fornecedor, foi criada uma lei protetiva do cidadão, com o intuito de resguardo da parte mais fraca na relação de consumo. Como ressalta Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

[...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. (NUNES, 2011. p.193)

É o consumidor a parte mais fraca na relação que tratava com categorias mais fortes: o fornecedor, o produtor e o comerciante, sendo que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi criado justamente para preencher o hiato de fragilidade existente entre o cidadão e a produção em massa (NUNES, 2013. p.40) (TARTUCE, NEVES, 2013. p.33).

A legislação brasileira parte do princípio de que todo cidadão-consumidor é vulnerável sem qualquer distinção, como se destaca o dispositivo do Código do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (Grifos nossos)¹⁸

A legislação portuguesa define como “particularmente vulneráveis” o consumidor que é parte em nas chamadas práticas comerciais desleais:

Artigo 6.º - Práticas comerciais desleais em especial - São desleais em especial:
a) As práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção; b) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas nos artigos 7.º, 9.º e 11.º; c) As práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas

¹⁸ BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 27/12/2017.

referidas, respectivamente, nos artigos 8.º e 12.º, consideradas como tal em qualquer circunstância.¹⁹

É necessário salientar que a norma portuguesa se afastou do dispositivo nº 3 do art. 5º da Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio de 2005, do Parlamento Europeu e do Conselho, que proíbe a as práticas comerciais desleais, ao se referir a questão do *particularmente vulnerável* apenas em relação à prática comercial desleal em especial, sendo que na diretiva europeia diz respeito a generalidade das práticas comerciais²⁰. Todavia, o tratamento dos direitos do consumidor como direitos fundamentais na Europa, foi positivado na Carta de Direitos Fundamentais da Europa que foi incorporada à Constituição Europeia pelo Tratado de Lisboa de 2007.

Assim, verifica-se ser a vulnerabilidade a “espinha dorsal” do Direito do Consumidor no Brasil e também em Portugal.

Desta forma, os consumidores, de forma geral, são vulneráveis, entretanto, alguns consumidores, pela natureza de sua relação de consumo, estão em situação mais fragilizada do que os demais, necessitando de uma maior proteção do que os consumidores em geral, sendo chamados de “hiper vulneráveis”. São hiper vulneráveis, por exemplo, as crianças e os idosos diante do marketing desregrado, criador de necessidades de consumo impossíveis. Todos estes grupos de risco merecem o salvaguardo de medidas estatais que diminuam a sensibilidade que a relação de consumo imprime sobre si.

Assim, não há fugirmos da condição de consumidor, que nasceu da evolução dos meios de produção *standartizados*²¹. Esta é a razão pela qual as legislações consumeristas mundiais promoveram intensa reformulação no direito privado, ao criando diplomas de

¹⁹ PORTUGAL. *Práticas Comerciais Desleais*. DL n.º 57/2008, de Março. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis>. Acesso em 14-10-2017.

²⁰ “3. As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.” (UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005*. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2005.149.01.0022.01.POR>. Acesso em 21/10/2017).

²¹ “Com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção.” in NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. Saraiva. São Paulo, 2013. p.43.

proteção aos direitos dos consumidores. O intuito é de suprir a desigualdade entre estes e os fornecedores da relação contratual de consumo, “assegurando direitos aos mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro” (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2007. p.30-31).

O Direito do Consumidor é uma “lei principiológica”²², cujas normas gerais abrangem todas as relações de consumo, sejam elas individuais ou coletivas. É assim chamada, porque, com fundamento nos mandamentos da Constituição Federal²³, foi instituído um subsistema totalmente autônomo do sistema jurídico pátrio existente até então, fazendo-se um corte transversal em nosso ordenamento, atingindo as áreas civil, administrativa, processual e criminal, envolvendo estas áreas em um microssistema legislativo²⁴.

Desta forma, trata-se de um verdadeiro “direito categorial”, pois toma a defesa de uma categoria social que é inevitável, o consumidor. Inevitável porque não há como se esquivar da sua condição de consumidor na qual está inserida toda sociedade, eis que em uma hora ou outra, diariamente, fatalmente haverá o consumo de algo por alguém. Não há como fugir desta condição que nasceu da evolução dos meios de produção “standartizado”²⁵.

²² Nelson Nery Júnior, demonstra que: “O CDC, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o CDC. [...] Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas”. (2011. v.1. p.444).

²³ A Constituição Federal de 1988 no inciso XXXI do seu Art.5º, conferiu concreção ao princípio de defesa do consumidor através de regras referentes à responsabilidade por danos (art. 24, VIII); ao esclarecimento sobre impostos incidentes (art. 150, § 5º- A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.); à necessidade de lei sobre a concessão de serviços públicos e o direito dos usuários (art. 175, parágrafo único, II); ao esclarecimento em propaganda dos malefícios causados pelo fumo, bebida, agrotóxico, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Por fim, determinou no art. 48 do ADCT prazo de 120 dias para a elaboração do CDC.

²⁴ Neste sentido, Flávio Tartuce afirma que “pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia supralegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias”. (2013. p.10).

²⁵ “Com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção”. (NUNES, 2013. p.43.)

Rizzatto Nunes (NUNES, 2013. p.62) sempre liga a figura do consumidor ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, eis que somos consumidores porque necessitamos, dentre outras coisas, sobreviver. O consumidor está submisso e escravizado por sua situação.

Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.²⁶

Conforme o pensamento ex-presidente norte-americano John Fitzgerald Kennedy, todos nós somos consumidores. Era o que dizia a mensagem que enviou ao Congresso em 15 de março de 1962, sobre a proteção do interesse do consumidor.

Uma coisa é certa: não se é consumidor por escolha. Sintetizando o problema, Scarpetta e Efing, demonstram que a relação de consumo, muitas vezes se aproxima ao termo de escravidão, por mais forte que este possa parecer:

O poder das grandes corporações no cenário mundial cria ao consumidor, em certos casos, uma relação obrigatória de submissão aos produtos destes grupos empresariais. Tão grande é a dependência do consumidor que, em determinados casos, o controle e risco sobre sua saúde, segurança e até mesmo a vida são obrigatoriamente confiados a fornecedores, gerando situação de subordinação e dependência perante estes. O descumprimento dos princípios de defesa do consumidor pode gerar condição de penúria ou danos irreversíveis em afronta aos direitos humanos fundamentais do indivíduo e de sua coletividade. (SCARPETTA, EFING, 2015, ano 3, p. 138-139)

Esse pensamento também é afirmado por Zygmunt Bauman, que, em dois momentos, ensina que:

A nossa é uma “sociedade de consumo” no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma sociedade industrial, era uma “sociedade de produtores”. (BAUMAN, 1999. p.25)

A busca por prazeres individuais articulada pelas mercadorias oferecidas hoje em dia, uma busca guiada e a todo tempo redirecionada e reorientada por campanhas publicitárias sucessivas, fornece o único substituto aceitável – na verdade, bastante necessitado e bem-vindo – para a edificante solidariedade dos colegas de trabalho e para o ardente calor humano de cuidar e ser cuidado

²⁶ “Consumidores, por definição, inclui todos nós. Eles são o maior grupo econômico na economia, afetando e afetado por quase toda decisão econômica pública e privada. Dois terços de todos os gastos na economia é dos consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não são efetivamente organizado, cujos pontos de vista muitas vezes não são ouvidos.” Disponível em <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em 18/06/2013.

pelos mais próximos e queridos, tanto no lar como na vizinhança (BAUMAN, 2008. p.154)

Ser consumidor é uma condição de submissão que não há como se evitar. E nos tempos atuais muito mais do que antes. Inevitável porque não há como se esquivar da sua condição de consumidor na qual está inserida toda sociedade²⁷, eis que em uma hora ou outra, diariamente, fatalmente haverá o consumo de algo por alguém.

As massas não se unem pela consciência de um interesse comum e falta-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e tangíveis. O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto. (ARENDRT, 2012. p. p. 361)

Como já foi levantado anteriormente, a construção histórica trouxe à tona quais são os direitos a serem tratados como universais pelos Estados e por toda humanidade. André de Carvalho Ramos, aponta que não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos. E continua.

Em geral, todo direito exprime a faculdade de *exigir de terceiro*, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada *obrigação*. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam *obrigações* do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência, como segue. (RAMOS, 2014. p. 35)

É fato que o indivíduo só interessa para o Estado quando ele é consumidor. Afirma-se isto pois, se o sujeito nada consome, ele será colocado à margem da sociedade, “*verbi gratia*”, como ocorre com os mendigos. Quem não é consumidor não é cidadão²⁸.

²⁷ “Numa visão genérica do desenrolar da vida do homem sobre a Terra, desde os tempos mais remotos até nossos dias, verificamos que, à medida que se desenvolveram os meios de controle e aproveitamento da natureza, com a descoberta, a invenção e o aperfeiçoamento de instrumento de trabalho e de defesa, a sociedade simples foi se tornando cada vez mais complexa. Grupos foram se constituindo dentro da sociedade, para executar tarefas específicas, chegando-se a um pluralismo social extremamente complexo. À vista disso, para se estabelecerem as regras de atuação de cada sociedade e, sobretudo, para se obter um relacionamento recíproco perfeitamente harmônico dentro do pluralismo social, é preciso, antes de mais nada, estabelecer uma caracterização geral das sociedades”. (DALLARI. 2013. p.17.)

²⁸ “Ao não consumir, a sociedade o excluí. Ao ser excluído e estigmatizado, torna-se o alvo ideal para as

Todavia, por outro lado, se consome em demasia, a legislação civil o trata como pródigo²⁹, que é o consumidor desregrado. Conclui-se então, que o Estado exige que o cidadão deve consumir sempre para não ser um pária, todavia, deve o fazer de forma mediana, não podendo se abster de consumir, nem muito menos se exceder. Nesta mesma esteira, Aury Lopes Júnior:

A fenomenologia na sociedade de massa está marcada pela globalização e o ritmo ditado pelo neoliberalismo. Como consequência, todo o mercado e também o direito estão voltados para o *homo oeconomicus* (e não para o *homo faber*). O indivíduo só interessa enquanto consumidor. Logo, cria-se o binômio consumidor-cidadão. Não há espaço para o diverso, para a tolerância e a solidariedade humana. (LOPES JÚNIOR, 2006. p. 24)

Este dilema parte de premissas contraditórias, pois se o Estado só se importa com indivíduo que consome razoavelmente, torna-se inconcebível ele excluir quem se encontra nesta situação. Entretanto, quando ele não consome, será expurgado dele.

CONCLUSÃO

Percebe-se que, modernamente, não se tem mais falado em de gerações de direitos. Isto se dá porque, ao contrário do que se discutia como gerações separadas, há uma geração ininterrupta e constante aumento dos direitos humanos, subjetivos e objetivos, diante ao poder. Nessa progressão, na medida em que se torna necessário desenvolver objetiva e subjetivamente para salvaguardar o ser humano, os direitos vão também progredindo, alcançando cada vez mais outros objetivos que não eram preservados anteriormente, defendendo também outros sujeitos.

Conforme verificou-se ao final do liberalismo, a vinculação dos cidadãos aos direitos fundamentais é fruto da modernização e construção direitos ao longo da história. Neste caminho houve a fusão, em diversos pontos, das dimensões subjetivas e outras objetivas dos direitos humanos, conforme demonstrado por Canotilho. No nosso atual estágio de evolução, é factível afirmar que ser consumidor é algo inato. Nascemos e morremos consumidores. Somos consumidores mesmo antes de sermos cidadãos.

instâncias formais de controle atuem com toda sua prepotência, pois, afinal não há o que se preocupar: devemos servir e proteger (apenas) o cidadão (consumidor).” in (LOPES JÚNIOR, 2006. p. 24)

²⁹ “Enquanto o mendigo denuncia o sistema (e, por isso, é apenado criminalmente), o pródigo decepiona o sistema (e, por isso, é sujeito à interdição – curatela, sendo impedido de gerir seus bens). O pródigo vem a ser, assim, o lumpem da burguesia [...]” (STRECK, 2001. p. 201)

Percebe-se que os direitos do consumidor se desenvolveram de forma paralela os direitos humanos, e, vez em quando, se confundiam com eles. Os direitos humanos e os direitos do consumidor nascem da mesma fonte. Têm a sua existência na dignidade da pessoa humana, que tem como base a igualdade entre os homens. E no que tange aos últimos, ao assegurar os objetivos da sociedade de massa, estamos respeitando a sua vulnerabilidade e a satisfação de suas necessidades do homem.

No Brasil, ao se resguardar os direitos do consumidor, muito além de se proteger a um direito humano, também está se preservando um direito fundamental, eis que, tanto a dignidade de pessoa humana é elevada a fundamento da República Federativa do Brasil, assim como dos direitos do consumidor são tratados na Carta, como maneira de garantir o constitucionalismo econômico, selando os princípios fundamentais inerentes a condição social do cidadão-consumidor. Restando ao Poder Político, a necessidade de interesse de proteção nas relações de consumo de modo a evitar os abusos.

Pela sua natureza e peculiaridades, verifica-se que o direito do consumidor pode ser considerado como direito humano, com a característica de ser classificado, de forma transversalmente, em todas as suas três dimensões ou gerações. De forma reflexiva, resvala nos direitos de primeira geração ou dimensão que dizem respeito às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos., visto que não buscam somente a igualdades materiais. O direito do consumidor atinge de forma mais incisiva, os direitos de segunda geração ou dimensão, que tratam das liberdades positivas (reais ou concretas), assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. Por outro lado, de maneira contundente, busca resguardar os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras.

No direito brasileiro, pela sua proximidade com a dignidade da pessoa humana e, por muitas vezes, tratar-se da defesa diretamente dela, o direito do consumidor foi elevado à categoria de direito fundamental, sendo também princípio da ordem econômica, pela positivação de normatividade específica de consumo e de suas medidas peculiares de caráter interventivo. Ainda que o Brasil esteja aquém de outras nações com relação à

efetivação dos direitos humanos, significativos avanços ocorreram com relação aos direitos de primeira dimensão, solidificando-se as liberdades civis e políticas nas últimas décadas. Sensível às dificuldades de efetivação e concretização dos direitos de segunda e terceira dimensão a Canotilho, nos aponta isso para que não nos esqueçamos.

No direito português, de mesma forma, isso ficou marcado ao se conceituar como *particularmente vulneráveis*, os consumidores que eram partes nas práticas comerciais desleais. É de salientar também que o direito do consumidor foi positivado como direito fundamental que a Tal situação também foi positivada na Carta de Direitos Fundamentais da Europa que foi incorporada à Constituição Europeia pelo Tratado de Lisboa de 2007.

Evidentemente, não são todas as formas de consumo que exigem respeito aos direitos humanos. A vulnerabilidade do consumidor, traço diferenciador das questões de consumo, diante da necessidade de equilíbrio na relação de consumo, é ainda mais aprofundada nos casos de hiper vulnerabilidade, quando ela é condicionada por certas situações qualificadoras, como diante de crianças, doentes e idosos. Nestes casos, evidentemente, há a possibilidade de se atingir os elementos fundantes dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. São Paulo: GEN Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, João Batista. *Manual de direito do consumidor*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: Un estudio acerca de la banalidad del mal*. Barcelona: Editorial Lumen, 2003.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização, as consequências humanas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Conceito de consumidor, *Revista dos Tribunais*. Fevereiro/1988. v.628.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*: 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p.87.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, [et al]. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva; 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinaldo. *Introdução aos direitos humanos*. Campinas: Alínea, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.22.

ESPINOSA, Diana Lara. *Grupos en situación de vulnerabilidad*. Comisión nacional de los derechos humanos. México: Ciudad de México, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor: Código Comentado e Jurisprudências*. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

HOLANDA, Aurélio Buarque. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5.ed. São Paulo: Positivo Editora, 2010.

HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. *Los derechos humanos de la tercera generación*. Buenos Aires: Ediar, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo, Edipro, 2003.

LEVI, Primo. *Se isto é um homem*. Trad. Pilar Gómez Bedate. Barcelona, Muchnik Editores, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: 6.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O Direito do Consumidor como direito fundamental - consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Thompson Reuters, 2002. v. 43, p. 111, Jul/2002. 17p.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Editora Ática, 1992.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil do consumidor e a defesa do fornecedor*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SCARPETTA, Juliano. EFING, Antônio Carlos. O Direito do Consumidor no Brasil e a Concretização dos Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Ijuí: Unijuí, 2015, ano 3, n. 6, jul./dez. p. 138-139.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: Símbolos & Rituais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Método, 2013.