

**O CONTRATO DE CONSUMO E A DEFESA DO CONSUMIDOR:
UM "PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS"**

**THE CONTRACT OF CONSUMPTION AND CONSUMER PROTECTION: A
"MEETING POINT OF FUNDAMENTAL RIGHTS"**

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

Rúbia Carla Goedert²

1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3 “O CONTRATO DE CONSUMO COMO PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”. 3.1 O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3.1.1 Teoria da Eficácia Imediata. 3.1.2 Teoria da Eficácia Mediata. 3.1.3 Teoria dos Deveres de Proteção. 4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

RESUMO

A relação de consumo é marcada pela desigualdade substancial, exigindo a intervenção do Estado, que parte em defesa do consumidor, com vistas a conter sua vulnerabilidade. Para tanto, enuncia no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República de 1988, o direito fundamental à defesa do consumidor. Cogita-se da eficácia desse direito nas relações privadas. Embora a eficácia horizontal dos direitos fundamentais já tenha se afirmado na doutrina e jurisprudência brasileiras, resta indagar com que medida o direito fundamental à defesa do consumidor incide nas relações de consumo. Com vistas a solucionar este problema, realiza-se um debate entre a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia imediata, em face do direito fundamental à defesa do consumidor. Os reflexos desse debate revelam-se em uma nova função atribuída ao contrato de consumo: “um ponto de encontro de direitos fundamentais”. Utilizando-se do método

¹ Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta de Direito Civil no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta de Direito Civil do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil.

² Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil. Professora da Graduação e Pós-graduação do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE. Advogada militante.

científico dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho elege Cláudia Lima Marques, Gustavo Tepedino e Robert Alexy como marcos teóricos. O plano de trabalho divide-se em três partes: o direito fundamental à defesa do consumidor e as relações de consumo; “o contrato de consumo como ponto de encontro de direitos fundamentais”; a eficácia do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações de consumo.

Palavras-chave: contrato; consumidor; direitos fundamentais; eficácia dos direitos fundamentais;

ABSTRACT

The relationship of consumption inequality is marked by substantially requiring the intervention the State in that part of consumer protection, in order to contain their vulnerability. For both, states in Article 5, XXXII, the Constitution of 1988, the fundamental right to consumer protection. It is thought of the effectiveness of this right in relations private. Although the effectiveness of horizontal fundamental rights have already asserted itself in the Brazilian doctrine and jurisprudence question may be asked with what extent the fundamental right to consumer protection imposes itself in consumer relations. In order to solve this problem, is performed discussion between the theory of protective duties and the theory of immediate effectiveness in the face of the fundamental right to consumer protection. The reflexes of this debate reveal themselves in a new function assigned to a consumer contract, "a meeting point of fundamental rights." Using a the deductive scientific method and the bibliographical research technique, work elects Claudia Lima Marques, Gustavo Tepedino and Robert Alexy as theoretical landmarks. The work plan divides into three parts: the fundamental right to consumer protection and consumer relations, "the consumer contract as a meeting point of fundamental rights", the fundamental right to effectiveness of the consumer protection in relationships consumption.

Keywords: contract; consumer; fundamental rights; effectiveness of fundamental rights;

1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades pós-industrializadas, o contrato de consumo torna-se fator essencial na propulsão da economia. Trata-se, contudo, de uma relação marcada pela desigualdade substancial, na qual a liberdade contratual encontra-se limitada pelo poder econômico, técnico ou jurídico do fornecedor.

Nesse contexto, o Estado parte em defesa do consumidor, com vistas a conter sua vulnerabilidade na relação consumerista. Para tanto, enuncia no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República de 1988, o direito fundamental à defesa do consumidor. Cogita-se da eficácia desse direito nas relações interprivadas. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais afirma-se na doutrina e jurisprudência brasileiras, restando

indagar com que intensidade ela ocorre. Eis o problema a que se propõe enfrentar o presente trabalho: com que medida o direito fundamental à defesa do consumidor incide nas relações de consumo?

Como hipótese de solução para semelhante problema, trava-se um debate entre a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia imediata, em face do direito fundamental à defesa do consumidor. Semelhante incidência tem relevância na delimitação da relação de consumo, ao se encontrar na jurisprudência brasileira, o alcance das teorias maximalista e finalista no princípio da vulnerabilidade. Os reflexos desse debate também se revelam em uma nova função atribuída ao contrato de consumo: a realização de direitos fundamentais.

Utilizando-se do método científico dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho elege os seguintes marcos teóricos: os estudos de Cláudia Lima Marques, acerca da teoria finalista e da concepção do contrato de consumo como um “ponto de encontro de direitos fundamentais”; a defesa da incidência direta das normas constitucionais nas relações interprivadas, delineada por Gustavo Tepedino; e a teoria integradora de Robert Alexy, acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O plano de trabalho divide-se em três partes, dedicando-se a primeira à delimitação das relações de consumo em face do direito fundamental à defesa do consumidor. Enfrentando, na segunda, a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com base nas teorias da eficácia imediata e da eficácia mediata e, ainda, dos deveres de proteção. E encerrando-se a terceira, com a delimitação da eficácia do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações interprivadas, na qual se destaca nova função ao contrato de consumo como realizador de direitos fundamentais.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

A tutela do consumidor recebeu *status* constitucional com o advento da Constituição da República de 1988. A defesa do consumidor, promovida pelo Estado Democrático de Direito, é considerada um direito fundamental³ presente no seu artigo

³ Com amparo em Jorge Reis Novais, é possível sustentar o direito à defesa do consumidor como um direito trunfo contra a maioria, pois, sendo um direito fundamental identifica-se como “posições jurídicas

5º, inciso XXXII,⁴ o que lhe rende contornos de princípio e valor que condiciona a atividade econômica brasileira, no art. 170, V, ensejando a funcionalização da autonomia privada.

Claudia Lima Marques afirma que o direito do consumidor é

[...] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).⁵

Por ser expressamente considerada como um direito fundamental, a defesa do consumidor não se restringe a ser mera norma de ordem pública, mas uma exigência de sua observância por meio de uma normatividade específica e de medidas de caráter interventivo.⁶ Deste modo, a Constituição da República delineou um dever de proteção a esses direitos, por meio da atividade do legislador ordinário, com a edição da Lei 8.078/90.

A indagação acerca da inserção da defesa do consumidor como um direito fundamental encontra resposta na necessidade de se tutelar a dignidade da pessoa humana face à vulnerabilidade do consumidor.⁷ É tradução de um personalismo ético

individuais em face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. p.17). Outrossim, Ingo Sarlet, pautando-se nos ensinamentos de Robert Alexy, define direitos fundamentais como “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...], integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”. (SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editora do Advogado, 2011. p.77)

⁴ Isto significa que a defesa do consumidor goza de proteção em face de reformas do poder constituinte derivado, caracterizando-se como uma cláusula pétrea e direito inalienável. Eis que segundo o art. 60, §4º da Constituição da República de 1988, não poderá ser objeto de deliberação por emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.31.

⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.260.

⁷ “...dá a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. coordenação

que preside a leitura constitucional das relações de consumo: a tutela inserida nos artigos 5º, XXXII e 170, V, protege, para além do consumidor, a pessoa humana.⁸

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor tutela o consumidor como um “sujeito de direitos especiais”, constitucionalmente reconhecido como merecedor de proteção especial, em face de um conjunto de normas e princípios para defesa de seus direitos. Importa ao intérprete considerar esta valoração constitucional, restando, a defesa do consumidor como um direito humano fundamental, que enseja a tutela de interesses existenciais e patrimoniais da pessoa humana.⁹

Tal configuração reflete-se na caracterização da relação de consumo, composta pelo fornecedor, produto ou serviço e o consumidor.

Segundo o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” são fornecedores. O elemento presente em todos esses casos de atividade de fornecimento é a habitualidade. Eis que não existindo tal característica, a disciplina jurídica da Lei 8.078/90 é afastada em favor do Código Civil.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da lei consumerista afastam a classificação dos bens, delineada pelo Código Civil, e atém-se ao produto ou serviço. Enquanto produto é um bem material ou imaterial, o serviço é uma atividade, caracterizada pela remuneração. Não obstante tal exigência, é possível afirmar que serviços não remunerados também estão sujeitos à incidência do Código de Defesa do Consumidor, quando há, em tais casos, o “sinalagma escondido”.¹⁰ Ademais, a imaterialidade do

MARTINS; Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.644-6670)

⁸ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215. p. 211.

⁹ A defesa do consumidor é “uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito constitucional básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do *caput* do art.170 da CF/1988, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira”. (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 399)

¹⁰ MARQUES, **Contratos...**, p. 159.

produto alinha a Lei 8.078/90 no processo de “mobilização e desmaterialização de riquezas”.¹¹

O Código de Defesa do Consumidor não adotou uma única definição do sujeito a ser protegido, mas sim, quatro conceitos distintos de consumidor, não o definindo apenas sob a perspectiva individual, mas também sob a perspectiva transindividual ou coletiva.¹² Eis que, segundo o art. 2º, *caput*, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se do consumidor *stricto sensu*, conceito a ser observado quando se pretende definir a existência da relação de consumo. Já o parágrafo único do artigo 2º e os artigos 17 e 29 definem o consumidor em sentido amplo, quando estão em jogo os acidentes de consumo¹³ e as práticas comerciais abusivas.¹⁴ Tal conceito é residual em relação ao primeiro.¹⁵ Observa-se, deste modo, que o Código de Defesa do Consumidor não reduz a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, mas também considera consumidor outras vítimas das práticas comerciais abusivas, dos ilícitos pré-contratuais e dos contratos de adesão.

Não há assentimento geral na doutrina sobre o alcance do conceito de consumidor, demarcado pela expressão “destinatário final”, contrastando as teorias maximalista e finalista.

A teoria finalista ou subjetivista, liderada por Claudia Lima Marques,¹⁶ parte do princípio que a Lei n. 8.078/90 destina-se a tutelar um grupo especial de pessoas vulneráveis na sociedade: o consumidor. Neste pensar, consumidor é a pessoa física ou jurídica, que adquire um produto ou utiliza um serviço em seu benefício ou de sua

¹¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988, p.64.

¹² Art. 81. CDC. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

¹³ Art. 17. CDC. “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

¹⁴ Art. 29. CDC. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 7, p. 269, jul-set, 1993.

¹⁶ MARQUES, **Contratos...**, p.305.

família. Em sua acepção mais pura, restringe-se ao não profissional, que se destaca, simultaneamente, destinatário fático e econômico do bem ou serviço.

Para os finalistas, a pessoa jurídica somente pode ser considerada como consumidora, se o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possuir qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e estiver demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica) perante o fornecedor.¹⁷ Para tanto, recorre-se a uma interpretação teleológica do Código de Defesa do Consumidor,¹⁸ na medida em que este último tutela a parte mais fraca da relação de consumo, que é o consumidor e a condição de hipossuficiente, o que não se ajusta com o profissional.

Com efeito, para Maria Antonieta Zanardo consumidor:

É aquele destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Assim, não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário também ser destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferir-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final.¹⁹

Em posição contrária, situam-se os que advogam máxima amplitude ao Código de Defesa do Consumidor: é a teoria maximalista ou objetiva. A destinação final, insculpida no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, é meramente fática, bastando a mera retirada do produto do mercado sem considerar se quem adquire o bem ou serviço é profissional ou não.

Neste sentido é o ensinamento de João Batista de Almeida, que defende o consumidor como aquele que adquire

para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se incluiu na definição legal, portanto, intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após a montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda.²⁰

A esta vertente opõe-se Claudia Lima Marques, ao afirmar que os maximalistas

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 41056/SP**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 20/09/2004, p. 181.

¹⁸ MARQUES, **Contratos...**, p.306.

¹⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199, p.90-91.

²⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2002, p.38.

veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome [...].²¹

José Geraldo Brito Filomeno assevera que ao se defender que se aplica às pessoas jurídicas o Código, sem qualquer distinção, ainda que essas pessoas sejam fornecedoras de bens e serviços, “seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídico de que se reveste”,²² e esclarece ainda que, cada caso, cada situação, deverá ser analisada de maneira individualizada, “até porque o Código é, em princípio, destinado às pessoas mais fragilizadas no mercado de consumo”, sendo a pessoa jurídica assim considerada se puder ser equiparada à pessoa física.²³

A chave de leitura do Código de Defesa do Consumidor é o amparo da vulnerabilidade. Porém, entendida não apenas em seu sentido econômico, informação, cultura ou valor do contrato firmado, mas, dentre outros fatores, ela pode se caracterizar pela situação de dependência do produto, pela imposição do contrato, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, e até mesmo pela necessidade de obtenção do bem ou serviço.

O rigor da teoria finalista foi atenuado, especialmente após o advento do Código Civil de 2002, ensejando o que Cláudia Lima Marques denomina de “finalismo aprofundado”. Tal concepção é delineada pela jurisprudência brasileira, em contraposição ao maximalismo atenuado.

Debruçando-se sobre essa questão, o STJ enfrentou a discussão teórica em um caso no qual uma farmácia sustentava ser consumidora em face dos serviços prestados pela VISA, para pagamento de compras realizadas por seus clientes. Acolhendo o foro privilegiado do consumidor, o tribunal dissipou o conflito de competência instaurado, reconhecendo a farmácia como destinatária final fática:

²¹ MARQUES, *Contratos...*, p.306.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini ...[et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed.Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004, p. 35.

²³ GRINOVER, *op. cit.*, p. 36.

Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.²⁴

Para tanto, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, fez um balanço das decisões do STJ que acolheram as teorias maximalistas. Estas mostraram-se como a orientação majoritária do tribunal, contudo, conjugando a concepção de pessoa jurídica consumidora com o critério da vulnerabilidade.

Nos anos seguintes, o tribunal reformulou sua orientação, inclinando-se pela teoria finalista, porém, em sua vertente “aprofundada”. Em caso no qual uma empresária individual reclamava acerca de vícios encontrados em máquina de bordar, o STJ afirmou:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE .ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor.

2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.

4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro.

5. Negado provimento ao recurso especial.²⁵

A contraposição entre essas decisões, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revela que o princípio da vulnerabilidade mostra-se capaz de atenuar a

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência** n. 41.056. Julgado em 23.06.2004.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1010834/GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/10/2010.

amplitude da teoria maximalista ou mitigar os rigores da teoria finalista. Na esteira do pensamento de Cláudia Lima Marques, a teoria finalista intitula-se como corrente majoritária.²⁶

...cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.²⁷

3 “O CONTRATO DE CONSUMO COMO PONTO DE ENCONTRO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Ao longo do século XX, a produção em massa e a concentração de capital²⁸ exigiram que o contrato e a autonomia privada fossem reestruturados, e a função social e o equilíbrio contratual passassem a integrar esta nova visão. Laerte Marrone de Castro

²⁶ “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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 476428/SC**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390)

²⁷ Trecho da ementa da decisão que reproduziu o voto do Ministro Jorge Scartezzini. Não obstante, é importante consignar que em certos momentos o Superior Tribunal de Justiça deixa de analisar a alegada vulnerabilidade da pessoa jurídica e se importando apenas se o bem adquirido pela pessoa jurídica é ou não utilizado como insumo ou incremento da atividade econômica.

²⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p.35.

Sampaio esclarece que o “sistema de produção e de distribuição em grande quantidade fez que o comércio jurídico se despessoalizasse”.²⁹

Relata ainda adiante, que o

Estado deixa de ser agente somente garantidor das regras do jogo, para atuar ativamente nos domínios econômico e social, com o escopo de garantir direitos básicos do cidadão (chamados direitos de segunda geração). Edita leis visando a proteção dos economicamente mais fracos, cujas disposições não podem ser afastadas pelas partes contraentes.³⁰

Essa nova percepção de contrato só pode ser vista a partir da compreensão de que se tem uma nova espécie de sociedade, a sociedade de consumo, industrializada, com acesso à informação, sendo que os anseios sociais devem, de maneira imediata, usufruir de proteção do Estado.

José Carlos Vieira de Andrade ensina que:

Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado³¹.

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas. Superada a visão do Código Civil como a “Constituição do Direito Privado”, os princípios e valores constitucionais tornam-se a chave de leitura das relações privadas. Dissipando as rígidas fronteiras entre o público e o privado, o contrato passa a ser instrumento de realização de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

²⁹ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual **Cadernos de direito privado**, Barueri: Manole, v. 1, p. 25-42, 2004, p. 18-19.

³⁰ Op. Cit., p. 20-21.

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998, p.272.

3.1 O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Enuncia o art. 5º, §1º, da Constituição que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Para Ingo Sarlet a melhor interpretação da norma contida neste dispositivo da Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho principiológico, contendo um mandado de otimização: o de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.³²

Deste modo, os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas, ora fazendo-se imediatamente aplicáveis, ora constituindo uma ordem objetiva de valores, cujos efeitos não se restringem às relações entre cidadãos e Estado, exigindo uma interpretação do Direito Privado conforme a Constituição. Trata-se de delimitar as teorias da eficácia imediata e mediata da eficácia daqueles direitos.

3.1.1 Teoria da Eficácia Imediata

A teoria da eficácia imediata, também denominada teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung* ou *direkte Drittwirkung*), prescrita inicialmente por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner, dispõe que os direitos fundamentais não estão restritos à proteção da liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas incidem também nas relações dos particulares entre si, independente de seu poder e sua influência. A eficácia desses direitos não está condicionada à regulações legislativas específicas.

O fundamento dessa teoria é a quebra do papel do Estado como exclusivo adversário dos direitos fundamentais e a defesa do princípio da igualdade. Ainda que essa teoria deixe evidente que os direitos fundamentais são aplicados de maneira direta e imediata nas relações entre particulares, apresenta desdobramentos, denominados de versões "forte", "intermediária" e "fraca".

Explica Wilson Steinmetz:

Segundo a versão "forte", nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada; em uma expressão, eficácia absoluta. Essa versão é atribuída a Nipperdey. Conforme a versão "fraca", os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre

³² SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editora do Advogado. 2011, p.270.

particulares, *sobretudo* nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, está um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, há uma versão “intermediária”, segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade.³³

Nessa linha, Ana Prata coaduna-se à tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De acordo com a autora, no quadro da Constituição de Portugal, o qual se assenta sobre uma concepção substancial de igualdade e liberdade, e que se preocupa com a eliminação da exploração e da opressão do homem pelo homem, não teria sentido rejeitar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em nome da proteção da autonomia privada. Portanto, “as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária dos direitos constitucionalmente garantidos”, independentemente de qualquer mediação legislativa.³⁴

No Brasil, Ingo Sarlet é adepto da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, entendendo que há necessidade de vinculação direta *prima facie* aos direitos fundamentais, advertindo, porém, que não há uniformidade na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que exige decisão diferenciada, pautada na ponderação dos valores que estão presentes no caso de conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.³⁵

Os críticos da teoria da eficácia imediata acreditam que esta acaba por suprimir o princípio da autonomia privada, ao ponto de aniquilar a autonomia do Direito Privado, ao se atender um direito fundamental em desfavor da liberdade individual.

Diante tais considerações, é possível destacar que na teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais defende-se que os direitos fundamentais, aplicam-se diretamente às relações estabelecidas entre particulares de maneira ampla e irrestrita, em face do postulado da força normativa da Constituição. Portanto, os direitos

³³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.169.

³⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 199.

³⁵ SARLET, **A eficácia...**, p.382-383.

fundamentais não dependem de qualquer modificação para incidirem nas relações privadas.

3.1.2 Teoria da Eficácia Mediata

Noutro giro estão os adeptos da teoria da eficácia mediata ou indireta – a *Mittelbare Drittwirkung* - os quais, ainda que admitam a horizontalidade dos direitos fundamentais, defendem que esses direitos não incidem nas relações particulares como direitos subjetivos constitucionais e, sim, como normas objetivas de princípio, como sistema de valores, carecendo de mecanismos de intermediação.

Ao ser aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth* em 1958, a teoria ganhou repercussão. Defendia o precursor da tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais, Günther Dürig, que ao se aplicar esses direitos de maneira direta nas relações particulares se estaria a afrontar o princípio da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, dispostos na Lei Fundamental de Bonn.

Acenada teoria sustenta a necessidade de uma intervenção por parte do legislador ou dos juízes para permitir que normas jusfundamentais ingressem no Direito Privado. Para que a autonomia privada não seja aniquilada, desconsidera-se que os direitos fundamentais sejam oponíveis como direitos subjetivos, mostrando-se imprescindível a atuação do legislador e, no caso de sua ausência, do magistrado.³⁶

Implica dizer que essa teoria, de acordo com seu precursor Dürig, defende a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais em se tratando de relações privadas, fato esse não admitido em se tratando de relações firmadas com o Estado. Um direito geral de liberdade era o ponto de partida da teoria, liberdade para “desviar” a aplicabilidade de direitos fundamentais ou de sua prevalência sobre as convenções das partes.

Com efeito, só o indivíduo é titular de direitos fundamentais nas relações com o Estado, e este é destinatário das normas que vinculam de maneira imediata o poder estatal. Assim sendo, os direitos fundamentais não podem incidir de maneira direta e imediata de acordo com essa teoria. Quer-se afirmar que “nas relações contratuais, os direitos fundamentais, que nas relações indivíduo/Estado são aplicados diretamente,

³⁶ PINHEIRO, op. cit., p.64.

poderiam ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual”.³⁷

Konrad Hesse esclarece que

[...] em um conflito jurídico entre privados *todos* os interessados gozam da proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na relação do cidadão com o Estado tal tutela não corresponde ao poder público.³⁸

Nesta esteira, como nas relações entre particulares todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais, a forma, o alcance destes direitos, de acordo com essa teoria, deveria ser diverso daquele aplicado nas relações entre o indivíduo e o Estado. Porquanto, caso assim não se procedesse, ocorreria certamente um cerceamento da liberdade e um engessamento das relações entre particulares.

Em análise da teoria mediata dos direitos fundamentais, entende-se que é de competência do legislador ao criar a lei de Direito Privado e ao magistrado, ao julgar o caso concreto, fazerem a ponderação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.³⁹

Do ponto de vista de Ingo Sarlet:

[...] a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos desta concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.75-76.

³⁸ Hesse *apud* STEINMETZ, op. cit., p.140.

³⁹ Destaca Hesse que nos casos de colisão de direitos fundamentais entre particulares “[...] ao Direito Civil corresponde assim a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em consideração”. (*apud* STEINMETZ, op. cit., p.141)

verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.⁴⁰

Para essa corrente doutrinária, a incidência dos direitos fundamentais sobre a relações interprivadas ocorreria por meio de normas de Direito Privado. Portanto, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, incumbe ao legislador ou ao juiz, a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por intermédio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que são consideradas como pontes que irradiam os direitos fundamentais como um sistema de valores no Direito Privado.

3.1.3 Teoria dos Deveres de Proteção

A teoria dos deveres de proteção – *Schutzpflichten* - surge como uma terceira via de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, impondo ao Estado não só a obrigação de proteger os titulares desses direitos de lesões e ameaças, mas, também, de abster-se da violação dos direitos fundamentais.

Canaris foi precursor desta teoria, a partir da decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth: critica tal atuação, asseverando que ocorreu apenas uma “eficácia de irradiação dos direitos fundamentais” no âmbito das relações privadas.⁴¹ Sua proposta visa responder a questão de com que função se aplica os direitos fundamentais?⁴² Trata-se da ideia baseada na distinção das “funções” dos direitos fundamentais como direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado).

Ingo Sarlet leciona que

...com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. ____ (org) **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 125.

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006, p. 43.

⁴² CANARIS, op. cit., p. 236

natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. [...]

Ao se voltar as atenções para o cenário jurídico brasileiro, o dever geral de proteção decorreria expressamente do artigo 5º, *caput*, refletindo-se na proteção do consumidor na forma lei (art. 5º, XXXII).⁴³ A conduta comissiva do Estado decorre do monopólio estatal, no que tange à proibição de autotutela e, conseqüentemente, atribui ao Poder Público o dever de proteção ao cidadão de qualquer infração de seus direitos seja por parte do Estado ou dos particulares.

A valorização dos direitos fundamentais como normas de direito objetivo, decorre daquilo que foi denominado como mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) ocorrida principalmente pela transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, bem como pela falência da ideia de que a garantia de liberdade efetiva para todos os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de defesa, era suficiente.⁴⁴

4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Considerando o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo e almejando minimizar a fragilização e exposição deste sujeito, a falta de liberdade, as desigualdades e, ainda, como forma de impor limites ao mercado, a Constituição da República elegeu o direito de defesa do consumidor como um direito fundamental para o equilíbrio das relações sociais.

Em face da legitimidade dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet afirma que

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e constitucionalização de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Guerra)

⁴³ SARLET. *A Eficácia...*, p 149.

⁴⁴ SARLET. *A Eficácia...*, p.151.

certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e totalitarismo.⁴⁵

O Estado passa a exercer o papel de protetor e mediador das relações privadas. A eficácia dos direitos fundamentais, na nova dimensão normativa, coloca o indivíduo, não apenas como titular, mas, ainda, como violador dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Diversamente do que ocorre nas relações entabuladas entre o indivíduo e o Estado, este último não pode opor a existência de direitos fundamentais aos cidadãos.

Nesse sentido, importante transcrever o ensinamento de Ingo Sarlet sobre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais:

Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros.⁴⁶

Deste modo, a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical – Estado e cidadão – mas, ainda, horizontal – entre os cidadãos. Tal assertiva decorre do fato de que mais ameaçador aos direitos humanos o poder privado pode revelar-se do que o exercido pelas autoridades públicas, “uma vez que não está democraticamente legitimado”.⁴⁷ É neste contexto que se discute acerca da eficácia do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações de consumo, atentando-se para a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à defesa do consumidor tem uma função protetiva, garantindo a esta pessoa vulnerável o poder de autodeterminação nas relações de consumo. Isto ocorre porque não se trata apenas de um poder de defesa contra o Estado, mas entre particulares, atribuindo ao Estado um dever de proteção perante as relações

⁴⁵ SARLET. **A Eficácia...**, p.61.

⁴⁶ SARLET. **Direitos fundamentais e direito privado...**, p.112-113.

⁴⁷ PINHEIRO, op. cit., p.45.

interprivadas.⁴⁸ Trata-se da teoria dos deveres de proteção, que caracteriza o direito fundamental à defesa do consumidor em um dever de proteção do Estado em face dos particulares.

Em conformidade com essa teoria, todos os direitos fundamentais geram um dever de proteção.⁴⁹ O destinatário deste dever não é o particular, mas o Estado, na medida em que assume a tarefa de proteger o consumidor na relação de consumo, restando à outra parte, reivindicar igual proteção do ente estatal. Tal proteção inclina-se, em um primeiro momento, ao legislador, pois lhe cabe o dever de elaborar normas que protejam o consumidor, enquanto os tribunais tem o dever de aplicar e interpretar essas normas, enunciando uma atividade voltada à proteção do consumidor.⁵⁰ Deste modo, surge “uma espécie de triângulo determinado jurídico-fundamentalmente, no qual o Estado figura no topo e os sujeitos privados em bases opostas.”⁵¹

Resta indagar, como se concretiza o dever de proteção do consumidor, por parte do Estado, em face dos particulares. Ao estabelecer, que a defesa do consumidor ocorrerá na forma da lei, a Constituição estabelece um comando, que se concretiza no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e em leis especiais. Deste modo, o dever de proteção do consumidor enseja um diálogo de fontes que se evidencia no plano constitucional.⁵² Eis que “manter a eficácia diária das disposições do Código de Defesa do Consumidor é, pois, manter a eficácia da própria Constituição, eis que o Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que a concretização legislativa de um direito fundamental.”⁵³

⁴⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul-set, 2009, p. 150.

⁴⁹ STARCK, apud DUQUE, op. cit., p. 152.

⁵⁰ DREIER, apud DUQUE, op. cit., p. 153.

⁵¹ DUQUE, op. cit., p. 153.

⁵² “Ao se trazer a teoria do diálogo das fontes para dentro da teoria da Constituição visa-se a aumentar a proteção dos titulares de direitos fundamentais pelo direito. Essa construção deve ser entendida no sentido de realização plena do direito, circunstância que não exclui o pluralismo de fontes legislativas aptas a regular um fato, cujo objetivo condutor é a proteção pelo direito. Nesse desiderato, os valores constitucionais, sobretudo os de proteção à pessoa e ao livre desenvolvimento da sua personalidade informam o caminho pelo qual as normas de direito privado devem trilhar. O próprio Código de Defesa do Consumidor não é outra coisa, que não o resultado dessa realidade. Exprime um conjunto de normas que visa a garantir a proteção da pessoa – o consumidor – em uma situação específica, que é marcada por uma desigualdade de forças, por uma desigualdade de poder de barganha e pela submissão a situações de monopólio ou oligopólio.” (DUQUE, op. cit., p. 163).

⁵³ DUQUE, op. cit., p. 156.

Como consequência de aplicação da teoria dos deveres de proteção, Marcelo Schenk Duque sustenta que o legislador está vinculado a um dever de aperfeiçoamento constante, a saber:

Em um aspecto amplo, assenta-se que o conteúdo material dos deveres de proteção tem que se orientar à proteção efetiva dos bens jurídicos em jogo. Está focado, portanto, àquelas medidas que se mostram apropriadas à defesa de direitos fundamentais, em face de intervenções provenientes de terceiros. É por essa razão que o próprio Código de Defesa do Consumidor deve coexistir com outras fontes normativas, onde nenhuma delas têm a sua aplicação excluída de antemão. Decisiva é a intensidade da proteção conferida pela norma, assim como a sua pertinência ao caso concreto, cenário no qual as cláusulas gerais do direito civil podem encontrar aplicação destacada.⁵⁴

Aos tribunais cabe a tarefa de assegurar a observância e a efetivação o dever constitucional de proteção do consumidor. Cláudia Lima Marques retrata esse papel no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que afirmou a constitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor, em face dos contratos bancários. O STF abriu caminho para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de consumo, de tal modo, que

...não se deve discutir mais no Brasil se o direito fundamental do art. 5º, XXXII da CF/88 tem ou não eficácia horizontal (*Drittwirkung*) nas relações privadas, mas sim que *força* ou intensidade tem esta eficácia entre agentes privados, o consumidor e os bancos e como se dará esta força, esta eficácia horizontal dos direitos fundamentais a vincular estes agentes privados, segundo a decisão da ADIn 2.591!⁵⁵

Invocando as lições da doutrina alemã, representada por Dürig, a autora afirma que em um caso concreto entre consumidores e bancos, o juiz deve se utilizar de três graus de eficácia dos direitos fundamentais: (i) a utilização do art. 5º, XXXII, da Constituição da República de 1988, para preencher e dar mais clareza às normas de Direito Privado, idealizando um diálogo de fontes iluminado pelos valores constitucionais; (ii) a utilização do direito fundamental à defesa do consumidor na concretização de cláusulas gerais e princípios de Direito Privado; (iii) identificando uma

⁵⁴ Op. cit., p. 156-157.

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 16, n. 61, p. 40-75, jan.-mai, 2007, p. 66.

lacuna de valores de proteção no Direito Privado, o que pode ser visualizado na situação de superendividamento do consumidor idoso.⁵⁶

Nesse cenário, busca-se realizar direitos básicos do consumidor como o direito à vida, à saúde, à segurança em face de riscos provocados pelo fornecimento de produtos e serviços, à liberdade de escolha e igualdade de contratação, à informação sobre produtos e serviços, à prevenção e reparação dos danos, de acesso aos órgãos administrativos e judiciais.⁵⁷ Trata-se de enunciar, por meio do dever estatal de proteção do consumidor, os direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Em atenção ao debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado, sustenta-se a incidência do direito fundamental à defesa do consumidor de forma direta nas relações de consumo, como “um mecanismo essencial para correção das desigualdades”.⁵⁸

Tal posicionamento parte de uma crítica à teoria da eficácia mediata, ao considerar que esta não assegura a concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que a intermediação do legislador poderia contrariá-los ou restringi-los. A incidência direta do direito fundamental à defesa do consumidor garantiria que seu conteúdo essencial não fosse esvaziado, e representaria a máxima efetividade deste direito. Isto poderia ocorrer quando (i) a lei infraconstitucional contrariasse os direitos fundamentais; (ii) quando a lei infraconstitucional for insuficiente; (iii) como suporte normativo para aplicação da lei infraconstitucional, quando não houver legislação específica.⁵⁹

Tal atuação pode ser evidenciada em duas situações: na hipótese de contratos firmados no lapso temporal entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e o advento do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁰ O direito fundamental à defesa do consumidor poderia ser aplicado de forma direta a tais contratos, possibilitando a tutela da parte mais vulnerável. Outrossim, a Lei n. 9.656/98 não se aplica aos contratos de planos de saúde celebrados antes de sua vigência,⁶¹ podendo se sustentar que se tais

⁵⁶ MARQUES, O novo direito privado brasileiro..., p. 69-71.

⁵⁷ DUQUE, op. cit., p. 158-159.

⁵⁸ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Curitiba, 2009. 115 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 69.

⁵⁹ WEBER, op. cit., p. 70.

⁶⁰ 11 de março de 1991.

⁶¹ 02 de setembro de 1998.

contratos estiverem em desacordo com a defesa do consumidor, a incidência direta deste direito fundamental possibilitaria a tutela do consumidor que aderiu ao serviço de prestação de serviços médicos e hospitalares, antes do advento daquela lei.⁶²

Recolhe-se o magistério de Gustavo Tepedino em favor dessa vertente teórica:

Acredito, entretanto, que será possível tranquilamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor. Este, antes de ser consumidor é pessoa humana, para cuja proteção volta-se inteiramente o constituinte.⁶³

Tal concepção apoia-se na defesa de uma aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. Segundo aquele autor, isto torna possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor tanto em contratos que legitimam a intervenção do legislador pela via da Lei 8.078/90, como em contratos de adesão, que não se caracterizam como de consumo. Eis que os princípios da igualdade substancial, da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade possibilitam a incidência dos mecanismos de defesa do consumidor nas relações privadas.⁶⁴

Esse debate completa-se com a teoria integradora de Robert Alexy. Sustenta que eleger uma das construções anteriores como correta é uma falsa suposição.⁶⁵ Portanto, defende um modelo que se desdobra em três níveis: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados. No primeiro nível, situa-se a teoria do efeito mediato perante terceiros, segundo a qual as normas de direitos fundamentais valem como normas objetivas de valor, que devem ser consideradas, tanto pelo legislador como pelo juiz. No segundo nível, localiza-se a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual o juiz que não considere as normas jusfundamentais para decidir um conflito de Direito Privado, viola um direito fundamental do indivíduo perante o Estado: o direito fundamental de defesa perante a jurisdição. No terceiro nível, repousa a teoria da eficácia imediata, desmistificada de alguns equívocos, por obra de Alexy: não se trata de mera transposição dos direitos

⁶² WEBER, op. cit., p. 70.

⁶³ TEPEDINO, As relações de consumo..., p. 211.

⁶⁴ As relações de consumo..., p. 212-213.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 515.

fundamentais do indivíduo perante o Estado para o particular, ou de mera transposição de destinatários. Se ambos os sujeitos da relação privada são titulares de direitos fundamentais, a força de seus efeitos é diversa daquela encontrada perante o Estado.⁶⁶ Deste modo, Alexy advoga que os três níveis convergem para uma única direção, que destitui a primazia de qualquer um deles: o efeito imediato perante terceiros.

Valendo-se dos ensinamentos desse autor, é possível afirmar que a teoria dos deveres de proteção rende ao contrato de consumo uma nova função: a realização de direitos fundamentais do consumidor. Contudo, para tanto, não se exclui a eficácia imediata do direito fundamental à defesa do consumidor. Por conseguinte, toda a discussão converge para a concepção de contrato de consumo como “ponto de encontro de direitos fundamentais”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988 prevê a defesa do consumidor como um direito fundamental, no artigo 5º, XXXII. Eis que tem por finalidade a proteção do consumidor em face de sua vulnerabilidade, delineando-o como um “sujeito de direitos especiais”.

Tal concepção tem reflexo na delimitação da relação de consumo. Além do fornecedor, caracterizado pela habitualidade no fornecimento de produtos e serviços, e do objeto, caracterizado por bens materiais e imateriais e por uma atividade (artigo 3º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.078/90), há necessidade de caracterizar o consumidor. Para tanto, dedica-se o artigo 2º da lei consumerista, identificando-o em sentido amplo e em sentido estrito. Neste último caso, ele é delineado como um destinatário final.

Contudo, doutrina e jurisprudência divergem acerca do alcance da expressão “destinatário final”, opondo-se maximalistas e finalistas. Enquanto os primeiros consideram-no apenas como o destinatário fático do produto ou serviço, os segundos exigem, ainda, a destinação econômica do bem ou atividade. As oscilações da jurisprudência brasileira foram contidas pelo critério da vulnerabilidade. Considerando-se o direito fundamental à defesa do consumidor, este último é um “sujeito de direitos especiais”, invocando-se a tutela do estatuto consumerista.

⁶⁶ ALEXY, op. cit., p. 520-521.

Ao se indagar sobre a incidência da defesa do consumidor nas relações interprivadas, enfrenta-se a discussão teórica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A teoria da eficácia imediata foi a primeira a ser formulada pelo direito alemão, sustentando que os direitos fundamentais são direitos subjetivos oponíveis *erga omnes* e, portanto, não necessitam da mediação das normas de Direito Privado para serem aplicados. Já a teoria da eficácia mediata se opõe a esta última, e, temendo o aniquilamento da autonomia privada, defende que esta incidência ocorra por meio do legislador, quando elabora a lei infraconstitucional, ou pelo juiz, ao preencher cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Restam os direitos fundamentais como uma pauta objetiva de valores, que irradia seus efeitos para as relações interprivadas. Esta última teoria é superada pelos deveres de proteção, impostos ao Estado, nos termos de um imperativo de tutela. Deste modo, um particular não pode invocar a defesa do seu direito fundamental em face de outro particular, pois necessita da intervenção do Estado.

Os doutrinadores consumeristas inclinam-se em favor da incidência do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações de consumo, por meio da teoria dos deveres de proteção. Nesta perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor e a atuação do juiz ocorrem em concretização a um dever de proteção da parte mais vulnerável, imposto ao Estado.

Já os partidários da constitucionalização do direito civil, fundamentam-se na incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas para inclinar-se em favor da teoria da eficácia imediata. Eis que somente uma eficácia direta seria capaz de conter possíveis lacunas na tutela do consumidor, protegendo-se a pessoa humana.

Ocorre que as duas teorias convergem para uma nova função, que se reconhece ao contrato de consumo: a realização de direitos fundamentais. Deste modo, mostra-se mais coerente congregar as vertentes teóricas do que opô-las, em atenção à teoria integradora de Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed.Rio de Janeiro:Renovar, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, p. 269, jul-set. 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3.ed.rev. e atual.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 41056/SP**, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 20/09/2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1010834/GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI,TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/10/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 476428/SC**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 41.056**. Ministra NANCY ANDRIGHI,TERCEIRA TURMA Julgado em 23.06.2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2006.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 142-167, jul-set, 2009.
- EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2ª ed.Curitiba: Juruá, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed.Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito

do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 16, n. 61, p. 40-75, jan.-mai, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. MARTINS, Ives Granda; REZEK, Francisco (Coord.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **A obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual **Cadernos de direito privado**, Barueri: Manole, v. 1, p. 25-42, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. ____ (org) **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215. p. 211.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição:premissas para uma reforma legislativa. ____ (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Curitiba, 2009. 115 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.