

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

GUILHERME NASCIMENTO FREDERICO

O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE À LUZ DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

SÃO PAULO

2015

GUILHERME NASCIMENTO FREDERICO

**O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE À LUZ DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direitos Difusos e Coletivos

Professora Orientadora Clarissa Ferreira Macedo
D'Isep

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

GUILHERME NASCIMENTO FREDERICO

O DANO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE À LUZ DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de especialista em Direitos Difusos e Coletivos

Banca Examinadora:

Professora Orientadora Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

Professor(a) Convidado(a)

Professor(a) Convidado(a)

Agradecimentos

Primeiramente, gostaria de manifestar a minha profunda gratidão à Professora Doutora Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, exemplo de profissional, pelas aulas ministradas.

Agradeço também aos meus pais, Guilherme e Maria Isabel, pessoas iluminadas, pelo amor e carinho incondicionais.

Por fim, agradeço a minha noiva Juliana, com todo afeto, pelo eterno companheirismo.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo sobre como se pode utilizar a responsabilidade civil como instrumento apto a garantir a observação dos princípios constitucionais da atividade econômica brasileira, especialmente no que diz respeito às relações de consumo. Através da pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, analisou-se a nova tábua axiológica do Direito Privado, a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas e como essa tendência transforma e regula as relações consumeristas.

Abstract

The objective of this essay is to study about how to use the civil responsibility as a useful instrument to assure that the constitutional principles of the Brazilian economical activities, specially the ones related to the consume relations. Through jurisdiction and bibliographical research the new table of moral contents of the private law, the influence of the fundamental rights in the private relations and how this tendency changes and regulates the consumerist relations were analyzed.

Sumário

Introdução.....	9
1. Dignidade da pessoa humana: origem e evolução.....	18
2. Dignidade da pessoa humana: o contexto pós-moderno.....	32
3. A positivação da dignidade da pessoa humana.....	39
4. O teor do princípio fundamental: exame do artigo 1º da Constituição Federal.....	42
5. O Direito do Consumidor e a dignidade da pessoa humana.....	47
6. Os principais mecanismos de dignificação humana no Código de Defesa do Consumidor.....	50
6.1. Segurança e responsabilidade objetiva.....	50
6.2. Informação e publicidade.....	52
6.3. Limitação aos abusos na cobrança de dívidas.....	54
6.4. Banco de dados.....	55
6.5. Defesa do consumidor em juízo.....	56
6.6. Casos representativos.....	60
7. Função da reparação nos casos de dano social.....	63
7.1. Impactos da constitucionalização na responsabilidade civil.....	63
7.2. Da responsabilidade civil com foco na pessoa humana.....	64
7.3. A responsabilidade objetiva e o alargamento das suas hipóteses.....	66
7.4. Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: diálogo...69	
7.5. Eticidade e abuso do direito nas relações de consumo.....	73

7.6. O dano decorrente do abuso do direito no ambiente de consumo: o dano social.....	77
7.7. O efeito punitivo da indenização por dano social.....	81
7.8. A destinação dos valores correspondentes à indenização por dano social.....	87
Conclusão.....	90
Bibliografia.....	94

Introdução

É assente o entendimento de que o Direito, em sua trajetória, absorve e manifesta valores da sociedade ao longo da história. O conhecimento jurídico se transforma, agregando a ética disseminada pelos projetos político-filosóficos desenvolvidos pela coletividade. O Direito Privado, nesse contexto, é um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, trazendo em sua estrutura sinais dos hábitos e costumes das mais antigas sociedades.

Atualmente, o Direito Privado passa por mais um salto evolucionário. Para entender as novas perspectivas e diretrizes que se apresentam, é importante analisar a fase que antecede o atual contexto. Trata-se do paradigma da modernidade, desenvolvido na égide do Estado Liberal.

Os acontecimentos históricos que influenciaram o surgimento do Estado Liberal - e que deram início aos tempos modernos - foram a descoberta do Novo Mundo, o Renascimento e a Reforma¹. Francisco Amaral afirma que, nesse momento histórico, a subjetividade aparece como princípio fundamental, de modo que o ser humano surge novamente como foco das produções filosóficas e culturais, resgatando valores e ideias já cultivadas em outros tempos como na Grécia Antiga, por exemplo².

O desenvolvimento da subjetividade fomentou ideias de vários pensadores de grande importância para a política e para o Direito. A exaltação do subjetivismo levou vários pensadores de todas as áreas a trabalhar o individualismo, e consequentemente, a liberdade e autonomia³. Na esteira dessas ilações, não tardaram pensadores - como John Locke e Adam Smith - publicarem obras defendendo os direitos civis como direitos fundamentais, no sentido de criarem para o Estado um dever de abstenção, de não intervir na liberdade das relações privadas.

Importante lembrar que, também inspirados no individualismo e nos seus desdobramentos teóricos, os movimentos da Revolução Francesa e o Constitucionalismo

¹ AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós Modernidade*. In *Direito Civil: atualidades*. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62.

² AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós Modernidade*. In *Direito Civil: atualidades*. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62.

³ AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós Modernidade*. In *Direito Civil: atualidades*. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

apresentam-se ao mundo, anunciando uma nova fase para o modelo estatal. É o fim dos tempos para o Estado Absoluto e o início para o Estado Liberal.

O Iluminismo teve especial importância nesse panorama, em especial no tange ao Direito Privado. Ao defender o direito natural e influenciar as codificações, acabou rompendo com as tradições do *Ancien Régime*, dando início a uma nova forma de se pensar o Direito. Lembra Raoul Charles Van Caenegem que:

Desse modo, formou-se na era moderna uma nova concepção do direito natural. Ainda fazia referência à natureza do homem e da sociedade, mas diferia das concepções anteriores em vários aspectos. Rejeitava a concepção do direito natural como um ideal de justiça com uma significação maior do que a da ordem jurídica positiva. Pelo contrário, concebia o direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um direito natural aplicado. A moderna Escola do Direito Natural recusava derivar seus princípios de sistemas externos, como o direito divino ou o *Corpus iuris*. Através do estudo racional e da crítica da natureza humana, os autores dessa escola procuravam princípios evidentes e axiomáticos, dos quais pudessem deduzir todos os outros *more geométrico*. O nome “direito da razão” (*vernunftrech*) é, portanto, mais adequado do que “direito natural”, que possui outras conotações⁴.

Como se pode notar, o movimento iluminista influenciou o Direito Privado ao procurar por valores universais (que posteriormente tomaram a forma dos direitos fundamentais) que não poderiam ser ignorados nem pela lei, nem pelo Estado. Referido movimento influenciou de tal forma o modelo estatal e o Direito Privado que este passou a ser a principal fonte jurídica do Estado Liberal de Direito.

Nessa busca por direitos “naturais”, fundados na razão e de aplicação universal, os iluministas e os pensadores por eles influenciados legaram à ciência jurídica os princípios do Direito Privado. Esses princípios constituem verdadeiros deveres de abstenção para o Estado, bem como se apresentam como desdobramentos do individualismo, sendo que os principais são a liberdade e a igualdade.

John Locke, considerado um dos principais ideólogos do liberalismo, em sua obra o Tratado do Governo Civil, de 1689, já afirmava que era dever do Estado não piorar a vida civil de seus cidadãos⁵. Se estes eram livres e iguais no estado de natureza, caberia ao governo manter

⁴ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 164.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 232.

essa mesma liberdade e igualdade entre eles. Este pensador chega a defender a tese de que, caso o cidadão tenha sua liberdade e outros direitos fundamentais tolhidos pelo Estado de forma abusiva, o povo tem o direito de se revoltar contra o governo. A doutrina deste filósofo é fundamental para entender o projeto político-filosófico do Estado Liberal e dessa fase do Direito Privado, já que tem por principal característica a defesa dos interesses individuais e da não-intervenção estatal na liberdade e propriedade dos cidadãos⁶.

Sendo assim, o Estado deveria não só se abster, mas garantir condições para que a liberdade – na forma da autonomia privada – fosse exercida de forma plena por todos. Dentro dessa mesma filosofia, deveria também o Estado dar um tratamento igualitário a todos, estando impedido de intervir para conceder quaisquer espécies de privilégios ou prerrogativas a quem quer que fosse, em qualquer âmbito da Administração⁷.

O Direito Privado no Estado Liberal, dentro do paradigma da modernidade, sofreu ainda outra forma de influência do Iluminismo. É que a razão iluminista gerou a chamada racionalidade formal. Trata-se da ação do sujeito observando certos procedimentos para se atingir um determinado fim. Esvazia-se a historicidade e o conteúdo do objeto observado – no caso o Direito – abstraindo-se o máximo possível em busca da universalidade.

Nesse diapasão, o formalismo jurídico não tardou a se manifestar. Essa linha de raciocínio criou o postulado de que o Direito seria um sistema completo e coerente cujo alcance social seria ilimitado. Nesse sentido, afirma Francisco Amaral que:

Resulta, ainda, que o direito teria um caráter estático, com reduzida possibilidade de mudanças, que poderiam afetar a segurança jurídica, valor supremo do formalismo. Às decisões judiciais chegar-se-ia dedutivamente, por meio de um silogismo de subsunção, em que a premissa maior seriam as regras gerais e abstratas, a premissa menor os fatos concretos da vida real, enquadráveis na hipótese de aplicação da norma, e, como conclusão, a consequência jurídica prevista no respectivo dispositivo. Finalmente, a segurança jurídica, a certeza e a previsibilidade seriam os principais valores ou ideais a atingir⁸.

Assim, a grande contribuição do início da modernidade para o Direito – e consequentemente para o Direito Privado – foi a racionalização do Direito, organizando-o em um

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 232.

⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 232.

⁸ AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós Modernidade*. In *Direito Civil: atualidades*. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64.

sistema. Tal fato veio a criar as codificações, que sistematizavam as normas jurídicas e, em especial, o Direito Privado.

A ideologia da igualdade (no caso, a igualdade formal) nesse contexto histórico realçou a necessidade de se ter leis de caráter geral e abstrato, já que a sua aplicação necessariamente teria que alcançar todos os integrantes da sociedade sem privilegiar ou prejudicar formalmente nenhuma categoria social. A codificação do Direito Privado revela-se, por isso, como verdadeiro produto de seu tempo, pois se apresenta como um sistema de leis em abstrato e de aplicação geral, cujo conteúdo é garantir o princípio da autonomia da vontade, viabilizando a segurança jurídica das transações patrimoniais. Nesse sentido, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

No que tange à seara do Direito Privado, as codificações assumiam, mais especificamente, uma função garantista em relação à autonomia da vontade individual, sempre sob um viés patrimonialista, demonstrado pela valorização da propriedade e do contrato, verdadeiros sustentáculos do regime privatista daquela fase histórica. É justamente nesse contexto que se situam os Códigos Civis oitocentistas, verdadeiros “estatutos” do indivíduo, regulamentando, inclusive, normas sobre cidadania e gozo dos direitos civis e assentando os parâmetros socioeconômicos desejados pela classe politicamente forte no plano jurídico⁹.

O movimento de codificação foi apoiado por interesses político-econômicos, razões filosóficas e correntes sociais. A promulgação de um código nacional tinha uma função política unificadora, já que se tratava de normas abstratas aplicáveis a quem quer que fosse. Sendo assim, até as mais heterogêneas facções da sociedade estariam à sombra do código, que tinha característica cosmopolita. Do ponto de vista intelectual, afirma Raoul Charles Van Caenegem que “a corrente iluminista rompeu com velhos dogmas e tradições – sobretudo as religiosas – e passou a procurar o bem estar do homem”¹⁰.

A nova concepção de um mundo que pode ser cientificamente analisado, matematicamente pensado, com leis físicas que podiam ser logicamente provadas (pensamento claramente fomentado por pensadores como Descartes e Newton, entre outros), contribuiu para essa influência no Direito. Além disso, a codificação contou também com apoio social porque a

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 2.

¹⁰ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165.

mesma era agora sinal de um novo tempo, onde ao Estado não cabia mais assegurar a glória de Deus, mas sim o bem comum dos cidadãos.

Todo esse projeto político-filosófico resultou para o Direito em um novo paradigma. Criou-se a dimensão dicotômica do Direito Público e do Direito Privado. O Direito Público, especialmente fundamentado pelo movimento constitucionalista, passou a estabelecer basicamente deveres de não-intervenção estatal na vida dos cidadãos, regendo, assim, as relações entre o Estado e seus governados. Noutra giro, tem-se o Direito Privado, este reforçado pelo movimento de codificação daquele direito natural postulado nos moldes iluministas, constituindo o Código Civil o centro jurídico das relações privadas. Nesse sentido, Daniel Sarmiento assevera que:

Entretanto, a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou -se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada¹¹.

Enfim, pode-se afirmar que a modernidade e o Estado Liberal, com suas influências morais e filosóficas, transformaram o Direito, criando uma nova sistemática para o mesmo. Dentre as várias transformações, é seguro assinalar que esta fase histórica foi importante por focar o pensamento jurídico em torno do homem e de sua subjetividade, privilegiando-se, assim, o valor liberdade, de onde se extrai a conclusão de que o Estado não deveria intervir na autonomia privada e garantir a segurança das relações jurídicas, sobretudo aquelas de cunho patrimonial.

Passou-se a respeitar o primado da lei, que seria a realização da vontade popular. Também a lei passou a ser organizada em torno de um sistema de codificação, cujo objetivo era criar um conjunto ordenado de normas abstratas de aplicação geral que tinha por consequência

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 12.

romper com o aspecto histórico, contínuo e dinâmico do Direito, apostando em um sistema mais fechado, estático e imutável, porque universal¹².

Por fim, consagrou-se a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, onde, como se disse acima, a Constituição era o centro do primeiro e o Código Civil o epicentro do segundo. Nasceram, portanto, duas gerações de direitos fundamentais: a primeira, dos direitos civis, donde o Estado deveria respeitar a liberdade, a igualdade e outros direitos que desses princípios são derivados, e a segunda, dos direitos políticos, quando se limitou os poderes do Estado em suas relações com o indivíduo e tripartiu-se o poder estatal¹³.

O Direito Privado, nesse âmbito, teve por características marcantes o movimento de codificação, a sistematização do racionalismo jusnaturalista e do conteúdo ideológico iluminista em relação à liberdade e igualdade formais e o aspecto patrimonialista dado aos institutos do contrato, da família, da propriedade e mesmo da responsabilidade civil¹⁴.

Sob as ideias deste Estado Mínimo, onde a “mão invisível” das leis naturais equilibraria a sociedade, o Estado e, sobretudo, a economia, deu-se à iniciativa privada a mais ampla área de atuação, de modo que as pessoas seriam livres para produzir bens e serviços da forma como lhes fosse mais conveniente. A economia, em um primeiro momento, reagiu bem a esse novo contexto, mas logo os problemas decorrentes dos excessos de liberdade começaram a se fazer notar.

Na área contratual, os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* foram utilizados para justificar as mais estranhas e injustas relações jurídicas. Com isso, não tardaram a surgir problemas decorrentes de uma economia doente. Fenômenos como desemprego, miséria, concentração de renda e inflação passaram a ser motivos de preocupação para os Estados e cientistas políticos e econômicos. Estes acontecimentos começaram a obrigar os juristas a repensar a função estatal junto com os sociólogos e políticos¹⁵.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 12.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 13.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 4.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5.

Diante dessa nova realidade, começa a surgir um novo modelo estatal: o Estado Social. A desigualdade social, política e econômica advinda dos excessos do liberalismo levaram à necessidade de ação por parte do Estado, que antes apenas se abstinha. A partir de então, se criou o intervencionismo estatal. Chegou-se à conclusão de que a abstenção estatal completa e absoluta na vida particular dos cidadãos apenas levou ao domínio dos economicamente mais fortes sobre os economicamente mais fracos¹⁶.

Sendo assim, o novo projeto de modelo estatal previa a necessidade de um Estado interventor e provedor, garantidor dos chamados direitos sociais. Ou seja, com o Estado Social veio também mais uma dimensão para os direitos fundamentais. Eliana Calmon bem descreve essa nova realidade ao expor:

A revolução industrial deixou às claras o desamparo das mulheres, das crianças e dos idosos. O amadurecimento de novas exigências ou de novos valores, tais como o bem-estar, a equidade real e não apenas formal, e o interesse na manutenção de uma igualdade que transcende a fronteira do Estado, fizeram explodir uma nova era. Tem início com uma visão ainda individual: a igualdade real de cada um, merecedora de proteção do Estado – direito à educação, ao pleno emprego, à segurança, etc.¹⁷.

Neste modelo, coube ao Estado o papel de provedor, adquirindo em máximo grau características paternalistas. Sob esse aspecto, os Estados nacionais chamaram para si toda a responsabilidade pelo desenvolvimento social e econômico, não apenas intervindo na economia, mas também concorrendo com a própria iniciativa privada¹⁸.

Várias novas Constituições foram promulgadas nessa fase, haja vista que vários Estados deixaram de ser capitalistas para adotarem o modelo socialista; os que não o fizeram, adotaram a filosofia política do *Welfare State*. Fábio Ulhoa Coelho, comentando este evento histórico, chama a atenção para o fato de que os países que não se tornaram socialistas foram obrigados a também adotar políticas públicas visando ao bem-estar social, pois temiam a possibilidade de

¹⁶ CALMON, Eliana. *As Gerações dos Direitos e as novas tendências*. In ALENCAR, Fontes de. (org). *Ensaio Jurídico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 108.

¹⁷ CALMON, Eliana. *As Gerações dos Direitos e as novas tendências*. In ALENCAR, Fontes de. (org). *Ensaio Jurídico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 109.

¹⁸ CALMON, Eliana. *As Gerações dos Direitos e as novas tendências*. In ALENCAR, Fontes de. (org). *Ensaio Jurídico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 109.

revoltas e revoluções, tendo em vista que as vantagens sociais oferecidas pelo sistema socialista eram deveras sedutoras aos cidadãos das classes menos abastadas¹⁹.

É de se notar que, nessa fase, as transformações jurídicas se deram basicamente no plano constitucional, com a afirmação dessa nova geração de direitos fundamentais. Isso quer dizer que a relação do Estado com o indivíduo foi a seara que sofreu as alterações mais significativas, já que aquele passou a assumir maiores compromissos com este. No plano das relações privadas, houve poucas mudanças, pois o sistema de codificação e sistematização de direitos, para os países de tradição romano-germânica, manteve-se praticamente intacto. O que se pode afirmar como mudança nessa seara é a sistematização do Direito do Trabalho, primeiro ramo do Direito que passa a desafiar a então tradicional dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, já que se trata de um sistema cujas normas ora se apresentam com conteúdo publicista, ora com conteúdo privatista.

O Direito, então, passa a ter dois planos de análise jurídica com abordagens bem distintas entre si. No plano do Direito Público, aplicam-se as normas inspiradas na 2ª geração dos direitos fundamentais – os direitos sociais, ou seja, aplicava-se um direito fundado na ideologia do Estado Social. Contudo, no plano do Direito Privado, as questões jurídicas – pelo menos dos Estados capitalistas – ainda eram decididas basicamente dentro do sistema do Estado Liberal, com inspiração nos direitos fundamentais de 1ª geração. Nas questões que envolviam Direito Privado, corria-se o risco de o julgador fazer uma leitura da Constituição a partir das premissas do Código Civil e seus institutos. Esta talvez tenha sido uma das últimas fases do Direito enquanto instituto consolidado nos moldes do Estado Moderno. Isso porque, a partir das últimas décadas do século XX, transformações de toda ordem se verificaram. A queda do sistema socialista, o fim da Guerra Fria e o avanço da biotecnologia, da informática e das telecomunicações, entre outros fatores relevantes, modificaram a sociedade e, conseqüentemente, o Estado e o Direito. A sociedade, antes contida dentro dos padrões das tradições, costumes e fronteiras do Estado-Nação provedor, passou a ter maior facilidade para interagir com outras pessoas de outros Estados, de outras sociedades. Tal fato gera, segundo Anthony Giddens, dois efeitos: um de ordem cosmopolita e outro, inverso, de índole fundamentalista²⁰. Cosmopolitismo

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

²⁰ GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 66.

no sentido de que o ser humano agora passa a ser cidadão do mundo, já que as forças das fronteiras do Estado paulatinamente se enfraquecem em todos os planos – especialmente o econômico, político, social e jurídico – pois os indivíduos agora têm mais acesso a toda sorte de informações, de qualquer lugar do globo. Como consequência, os problemas de todas as espécies também deixam de ser locais e passam a ser globais. Terrorismo, aquecimento global, pirataria de produtos, venda de bens ilícitos pela *internet* são exemplos. No plano da vida privada, a diminuição de distância também cria realidades inéditas. Com a interação das mais diversas pessoas, dos mais diversos locais, a vida privada se transforma radicalmente. Todas as relações da vida privada dos indivíduos – antes contidas e controladas pelo Estado – transpassaram as fronteiras estatais. Casamento, família, contrato, propriedade, relações de consumo e trabalho passaram a ser vistos e tratados sob novas concepções²¹. Outro efeito também apontado por Anthony Giddens é que tais transformações deixam o mundo inseguro, o que leva alguns grupos sociais a um movimento contrário ao cosmopolitismo. Grupos sociais passam a se reconhecer e se organizar, e as minorias passam a ter uma maior representatividade social e política²². Tudo isso leva à transformação do Direito Privado, em especial. Isso porque, conforme já se afirmou, o plano constitucional já havia sido alterado. Isso quer dizer que, nas relações do Estado com os indivíduos, os direitos fundamentais de 2ª geração já estavam consolidados, contudo nas relações privadas o mesmo não se dava ainda. Como agora no Estado contemporâneo as instituições encontram-se enfraquecidas e várias instituições privadas da sociedade civil têm representatividade e poder muito grandes – haja vista a força das organizações não governamentais, por exemplo – passa-se a ser necessário repensar o Direito Privado e sua relação com os direitos fundamentais. Além disso, há que considerar também que o contexto da contemporaneidade trouxe com seus problemas globais novas categorias jurídicas – inclusive no Direito Privado – como os interesses metaindividuais e interesses coletivos e seus meios de tutela processual, que se colocam entre a figura estatal e a figura do indivíduo, apresentando-se quase como a manifestação concreta da sociedade civil. Tais fatores levaram à gênese dos direitos fundamentais de 3ª geração, como o direito ao meio ambiente, proteção consumerista e outros.

²¹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 67.

²² GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 67.

1. Dignidade da pessoa humana: origem e evolução

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal consagrou a dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República Federativa do Brasil.

O vocábulo “dignidade” é oriundo do latim *dignitas*, que significa merecimento, respeito, nobreza²³. Dignidade é qualidade. Algo relativo à moral, respeito ou valor. Logo, a proposição “dignidade da pessoa humana” representa o valor, a qualidade intrínseca do homem enquanto ser.

A respeito do tema, Walber de Moura Agra aduz que:

A etimologia da palavra provém do latim *dignitas*, significando tudo aquilo que merece respeito, consideração, estima. Na antiguidade, o conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual etc. Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma linguagem própria, que era designada pela palavra *locus*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidades de respeito aos homens por essa capacidade e distinção. Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, a integridade dos homens faz parte de essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada²⁴.

O homem é dotado de um valor próprio, não podendo ser transformado em objeto. Daí porque Alexandre de Moraes pondera:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais,

²³ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040. SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 458: “DIGNIDADE. Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público”. *Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 323: “DIGNIDADE. (Do lat. *dignitas, dignitatis*, mérito, dignidade). 1. Qualidade de quem é digno; nobreza; respeitabilidade. – 2. Cargo ou título de alta graduação. – 3. Respeito que merece alguém ou alguma coisa. – 4. Honra, decência, brio”.

²⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos²⁵.

A dignidade da pessoa humana é um *standard* jurídico universal, como consigna Walber de Moura Agra:

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana; sem eles, o homem se transformaria em coisa, *res*. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica²⁶.

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto do homem, do ser enquanto tal. O Estado se constrói com base nesses fundamentos. É um preceito basilar de reconhecimento do indivíduo enquanto ser (valor).

Nagib Slaibi Filho adverte que:

Com fundamento na atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. O princípio democrático do poder exige que à pessoa humana, na inteireza de sua dignidade e cidadania, se volte toda a atividade estatal. Nesse aspecto, na interpretação axiológica, que leva em conta os valores protegidos pela norma jurídica, pode-se dizer que o valor supremo da Constituição é o referente à dignidade da pessoa humana. O Estado não é mais o poder inerte e sim uma organização eminentemente intervencionista e assistencialista, ao menos quando exigirem as formas de discriminação da pessoa²⁷.

A dignidade da pessoa humana pressupõe a garantia de que o indivíduo não sofrerá ofensa à personalidade e a proteção para que o indivíduo desenvolva os seus direitos à personalidade.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira indicam três dimensões da dignidade da pessoa humana, quais sejam: “1. a dignidade da pessoa humana como dimensão intrínseca do homem; 2. a dignidade da pessoa humana como reconhecimento recíproco; 3. a dignidade da pessoa humana como valor”²⁸.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 128-129.

²⁶ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

²⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 199: “A articulação dessas três dimensões – a

Ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, Uadi Lammêgo Bulos obtempera que:

Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc.. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância²⁹.

Portanto, tem-se que a dignidade da pessoa humana é um superprincípio do sistema jurídico, é um valor supremo consagrado no texto constitucional e que informa todo o sistema jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a dignidade da pessoa humana “como norma jurídica (princípio e valor) fundamental, dotada de força normativa mais intensa”³⁰.

Trata-se a dignidade da pessoa humana, indubitavelmente, de um atributo inerente ao homem enquanto ser, independentemente de sua condição social. Nesse sentido, Álvaro Lazzarini apregoa que, “no regime democrático, toda pessoa deve ter a sua dignidade respeitada e a sua integridade protegida, independentemente da origem, raça, etnia, gênero, idade, condição econômica e social, orientação ou identidade sexual, credo religioso ou convicção política”³¹.

dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações, a dignidade como expressão de reconhecimento recíproco – explícita muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República. É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autônomo e específico que exige respeito e proteção, proibindo-se a pena de morte e a execução de pessoas, a tortura e tratos ou penas desumanas e degradantes, as práticas de escravidão, de servidão, de trabalho forçado e o tráfico de seres humanos. É a dignidade compreendida como dimensão aberta e carecedora de prestações que legitima e justifica a sociedade, traduzida, desde logo, na garantia de condições dignas de existência”.

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 389.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 66.

³¹ LAZZARINI, Álvaro. *Poder de polícia e direitos humanos*. In RIASP 7:12-13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 2001.

O Estado tem o dever de garantir a dignidade da pessoa humana³², sendo este o fundamento dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Esse é o cerne dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídicos e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal³³.

Alexandre de Moraes, por sua vez, define como direitos humanos fundamentais:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana³⁴.

O citado constitucionalista conseguiu estabelecer os dois sustentáculos primordiais dos direitos humanos: dignidade da pessoa humana e limite de atuação do Estado. Esse último é consectário lógico do Estado de Direito³⁵. Nesse prisma, André de Carvalho Ramos anota que “por direitos humanos entende-se um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”³⁶.

A sociedade percorre um longo caminho elegendo os bens jurídicos mais relevantes. Por intermédio desse longo caminho de evolução social, a sociedade política conquista esses direitos que são consagrados na norma fundamental, ou seja, na Constituição; a partir daí, são denominados de direitos fundamentais.

Conforme a lição de Alexandre de Moraes:

Os direitos fundamentais são aqueles direitos indisponíveis que o cidadão possui em face do Estado. Os direitos são fundamentais na medida em que estão inseridos na norma fundamental de determinado Estado, ou seja, na Constituição. Os direitos e liberdades fundamentais são os direitos e liberdades protegidos pelas normas de nível constitucional³⁷.

³² AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

³³ LOPES, Ana Maria D'Avila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39.

³⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 27.

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 39.

A expressão “direitos fundamentais” está ligada a um rol básico de direitos que surgem do direito natural e da evolução histórica, constituindo-se, segundo o consenso social, no mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade. É dentro dessa perspectiva que encaramos todo o arcabouço jurídico, seja qual o nome que se dê. Denominamos esses direitos absolutos de direitos naturais e, em um sentido mais restrito, de direitos da personalidade. Em um sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecidos pelo Estado, direitos fundamentais. Mas o alicerce é a dignidade da pessoa humana³⁸.

Direitos humanos são as cláusulas mínimas para que o homem viva em sociedade com dignidade. Na relação indivíduo-sociedade, sempre se verificou a existência de normas que garantissem os aludidos direitos em face da sociedade ou do Estado em que está inserido o indivíduo. Os direitos humanos são limitações contra o forte intervencionismo estatal. O contorno do que hoje se denomina direitos humanos tem sua origem no direito natural e, posteriormente, na luta histórica contra os regimes de opressão, o que desencadeou uma série de valores que, segundo o consenso contemporâneo, devem estar presentes em qualquer sociedade³⁹.

Desde os primórdios da civilização humana sempre se verificou a existência de um rol básico de direitos que exigiam especial proteção. A fundamentação desses direitos era embasada no aspecto religioso. Nos séculos XVI e XVII, constrói-se, a partir do direito natural, a doutrina dos direitos humanos, que surge no contexto da formação do Estado Moderno e da transição da sociedade feudal para a sociedade burguesa. Até então, os valores fundamentais para o homem tinham como origem a vontade divina, passando a ser encarada na modernidade como expressão racional do ser humano. A laicização do direito natural é fruto da razão humana ou razão natural, que surge como novo fundamento dos direitos humanos em lugar do embasamento religioso. A secularização do direito natural se difundiu nos séculos XVII e XVIII com fundamento laico dos direitos humanos, ou seja, um rol básico de direitos, independentemente da crença religiosa, reconhecido por todos os homens⁴⁰.

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 40.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

⁴⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 37.

A fundamentação histórica dos direitos humanos pode ser analisada e embasada em dois prismas: jusnaturalista e culturalista (histórico-axiológico). Esses dois prismas não são encarados como compartimentos estanques; pelo contrário, na sua completude se vislumbra o que hoje identificamos como direitos humanos. Para o jusnaturalismo, os direitos humanos são inerentes, inatos, ou seja, direitos naturais da pessoa humana. São direitos anteriores e se sobrepõem ao próprio Direito positivo. Para o culturalismo, os direitos humanos encontram sua fundamentação no prisma histórico-axiológico, surgindo assim dos valores consagrados pela humanidade. Esses axiomas foram nascendo e se sedimentando por intermédio da luta histórica dos mais variados povos, fazendo despertar na consciência coletiva um rol básico de direitos. O ponto fulcral dessa evolução ocorre na Segunda Guerra Mundial⁴¹.

Em linhas gerais, podemos afirmar que a noção de direitos humanos tem sua origem no direito natural e ganha força e contorno próprio após os horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial. Do direito natural surge a noção de direitos humanos. Mas esse rol de direitos foi evoluindo *pari passu* com a sociedade.

A ideia de um direito natural que caminha ao lado de um direito positivo sempre esteve presente na história da humanidade⁴². No Direito Romano já se verificava uma série de interditos, que tinham como finalidade tutelar os direitos individuais em face do direito estatal. A Lei das Doze Tábuas, como texto escrito, já consagrava a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos individuais. No mundo grego, havia a distinção entre aquilo que é natural (*physis*) e aquilo que é estabelecido por convenção humana (*thésis*). Na Grécia houve o desenvolvimento das ideias de um direito natural e de direitos humanos básicos, como a participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles). Já se despontava a existência de um direito natural no pensamento dos sofistas e estóicos, como, por exemplo, o dramaturgo Sófocles, que na obra *Antígona* (441 a.C.) defende a existência de normas superiores e imutáveis, ou seja, a existência de um direito natural⁴³.

⁴¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 41.

⁴² SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos*. RT 824: 723-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2004.

⁴³ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos*. RT 824: 723-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2004.

No Judaísmo verifica-se a existência de lei comum a todos, que se estabelecia com as alianças que Deus celebrou com seu povo (Alianças com Noé, Abraão, Isaque e Jacó). No Cristianismo surge a ideia de que todos são chamados, não havendo distinção entre os gentios, judeus e gregos. Assim, na cultura judaico-cristã se vislumbra a existência de uma lei natural.

Na Idade Média o direito natural passou a confundir-se, sob a influência da teologia, com a moral, cuja origem era a Lei Divina. O direito natural era contido na Lei Mosaica e nos Evangelhos. Nessa época o direito natural passou a ser considerado superior ao positivo, na medida em que não era mais visto como um simples direito comum, mas como norma fundada na vontade divina. Desta visão teológica do direito natural derivou a tendência, permanente no pensamento jusnaturalista, de considerar o direito natural superior ao direito positivo, em oposição ao positivismo jurídico, que considera que não existe outro direito senão o positivado⁴⁴.

Segundo nosso entendimento, o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura com um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo.

Ante as várias concepções estabelecidas na dicotomia direito positivo e direito natural, podemos estabelecer as principais distinções: 1. O direito natural é universal (tem eficácia em qualquer parte). O direito positivo é singular ou particular à sociedade política de que surge (tem eficácia em determinado local). 2. O direito natural é imutável (no tempo e no espaço). O direito positivo é mutável (no tempo e no espaço). Cabe aqui anotar que alguns autores entendem que o direito natural pode alterar-se com o tempo. 3. O direito natural surge da natureza humana, por intermédio da razão, intuição ou revelação. Por isso, afirma-se que o direito natural é dado e não estabelecido por normas ou estatutos. O direito positivo surge do Estado⁴⁵.

Das referidas assertivas, extraímos as características fundamentais do jusnaturalismo: 1. A origem dos direitos do homem não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior e suprema, denominada direito natural. 2. Os direitos naturais são a expressão da natureza humana

⁴⁴ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos*. RT 824: 723-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2004.

⁴⁵ Lopes, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 67.

presente em todos os membros da família humana (comum e universal); não é uma concessão graciosa do direito positivo. 3. O direito natural existe independentemente de ser reconhecido ou respeitado pelo direito positivo⁴⁶.

O direito positivo é o ordenamento jurídico em vigor em determinado país, numa determinada época. Representa o regime da vida social corrente. É o direito posto, imposto, positivado pelo Estado. O direito natural é o ordenamento ideal correspondente a uma justiça superior e suprema. É o conjunto de princípios preexistentes e dominantes. Nesse sentido é o magistério de Marcus Cláudio Acquaviva:

O adjetivo natural, aplicado a um conjunto de normas, já evidencia o sentido da expressão, qual seja, o de preceitos de convivência criados pela própria Natureza e que, portanto, precederiam a lei escrita ou direito positivo, normas postas, impostas pelo Estado (*jus positum*)⁴⁷.

O direito natural é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao direito positivo. São os preceitos de convivência criados pela própria natureza e que, portanto, precedem ao direito positivo. Na história verifica-se claramente que os sistemas jurídicos que não foram embasados no direito natural trouxeram consequências desastrosas.

O reconhecimento do direito natural não implica a exclusão de outros fatores e valores sociais que influenciam a realidade jurídica. Daí a importância da fundamentação culturalista.

Os direitos fundamentais inseridos nos textos constitucionais têm como supedâneo os direitos humanos consagrados ao longo da história, surgindo uma consciência moral universal, fruto de uma luta histórica, onde foi sendo sedimentado o aspecto axiológico dos direitos humanos. A partir do momento em que os direitos humanos são reconhecidos pelo Estado, os mesmos são erigidos à categoria de direitos fundamentais, na medida em que são inseridos na norma fundamental. Os direitos humanos foram definidos como o rol básico de direitos que os indivíduos devem possuir em face da sociedade em que estão inseridos. Mas, com a evolução social, foram surgindo novos direitos. O conteúdo dessas cláusulas mínimas surge do consenso contemporâneo. É certo que a noção de direitos humanos evolui junto com a sociedade. Com as

⁴⁶ Lopes, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, pp. 67-9.

⁴⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1990, p. 45.

mudanças e conquistas sociais, foram surgindo novas exigências. A doutrina costuma indicar este conceito por intermédio da denominação direitos de primeira, segunda e terceira geração.

A Justiça e o Direito são o resultado permanente da tensão social, resultado este jamais definitivo, eis que sempre renovado. O Direito é fruto do fato social; o ideal de Justiça, de certo modo, também. A noção de que é justo surge com as novas exigências e necessidades sociais. O justo é mutável na medida em que mudam as realidades a que se refere este critério de justiça. O Direito vai se realizando com as transformações sociais.

A noção de Direito é igualmente mutável. Mesmo os denominados direitos humanos evoluíram com o tempo. Mas, neste ponto, não se pode olvidar de valores que são imutáveis, supremos e universais, como a vida, a liberdade, a honra etc.. É a dimensão jusnaturalista, pela qual os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos.

O núcleo básico dos direitos humanos é algo absoluto. São direitos universais, imutáveis e que surgem da própria natureza humana.

As realidades, teorias e denominações dos direitos humanos apresentam um ponto em comum: a dignidade da pessoa humana. A concepção dos direitos humanos surge da conjugação do jusnaturalismo e do culturalismo, tendo como fundamento nuclear a dignidade da pessoa humana. Ana Maria D'Ávila Lopes afirma que “o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade, definida racionalmente como a expressão das condições antropológicas e culturais do homem que o tornam diferente dos outros seres”⁴⁸.

O Papa João Paulo II, na celebração do Dia Mundial da Paz (1º de janeiro de 1999), afirmou que: “a dignidade da pessoa humana é um valor transcendente, como tal sempre reconhecido por todos aqueles que se entregaram sinceramente à busca da verdade”⁴⁹. Marcio Sotelo Felipe, por sua vez, afirma que: “quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens. Pode-se ter dignidade sem ser feliz, mas não é possível ser feliz sem dignidade”⁵⁰.

⁴⁸ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 70.

⁴⁹ SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30.

⁵⁰ FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 54.

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que agrega em si todos os direitos humanos e constitui seu principal fundamento. O homem enquanto ser é sagrado, sendo a pessoa humana o valor-fonte de todos os direitos⁵¹. Para Immanuel Kant, o homem é um fim em si mesmo, possuindo um valor absoluto, que o torna pessoa, um ser com dignidade⁵². A pessoa possui um valor em si que é absoluto, que constitui sua dignidade e se exterioriza pelos direitos humanos.

Há diferença entre a vida animal, vegetal e a do homem. Apenas a vida humana goza das características da razão e da personalidade. Na cultura judaico-cristã, tais características estão fundamentadas no fato de que a vida humana foi a única que recebeu a graça de ser constituída segundo a imagem e semelhança de Deus. Esse fato dota a vida humana de um valor fundamental e superior: a dignidade. A vida humana é o axioma básico de qualquer sociedade. Sempre existiu uma sanção para a violação da vida humana. A dignidade da pessoa humana é o pressuposto axiológico de todos os outros bens e direitos.

Os valores que consagram os direitos humanos, consoante delineado, foram sendo construídos como fruto de um longo processo histórico. Os gregos desenvolveram valores como a liberdade e a igualdade, que se constituem em axiomas da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o Cristianismo e o próprio Judaísmo desenvolveram a ideia da dignidade e da importância do homem por intermédio da máxima de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Na Idade Média⁵³, caracterizada politicamente pela concentração do poder, evoluiu o sentido de liberdade, valor este que mais tarde seria resgatado na luta contra o Absolutismo. Os séculos XII e XIII viram a assunção de uma nova classe social: a burguesia. No século XIV o progresso econômico das cidades e a pujança da rica burguesia – interessada nas letras, nas artes e no estudo da antiga cultura greco-romana – fizeram surgir o humanismo. Os séculos XV e XVI foram marcados pelo Renascimento. No século XVI surge a reforma religiosa, movimento que

⁵¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 117.

⁵² SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pp. 24-7.

⁵³ A Idade Média é o período histórico compreendido entre o ano de 476 (queda do Império Romano) e 1453 (queda de Constantinopla). Os historiadores costumam dividir a Idade Média em dois períodos (Baixa e Alta), cuja linha divisória situa-se na passagem do século XI ao século XII.

teve desdobramentos econômicos e políticos. O século XVII foi singularizado pelo nascimento do Iluminismo, que teve seu apogeu no século XVIII. Em suma, a burguesia como nova classe dominante e todos os movimentos da Idade Moderna colocaram em xeque a sociedade estamental da Idade Média.

O Iluminismo trouxe novamente o conceito de direitos humanos, que se exteriorizaram nos processos ruptores da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, que traziam como ideal central a dignidade da pessoa humana.

Os séculos XVI e XVII conheceram os grandes instrumentos de direitos humanos: o *habeas corpus act*, de 1679; a Declaração de Direitos, de 1689, resultado direto da Revolução Gloriosa da Inglaterra; a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Nessa época houve um ressurgimento dos direitos naturais, como a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos.

A primeira geração dos direitos humanos teve seu ponto de sustentáculo na Revolução Francesa. O ícone da história dos direitos humanos é a Revolução Francesa e a consequente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que representou o fim do antigo regime (*ancien régime*), com a queda da monarquia absoluta e dos privilégios feudais. Os direitos humanos também tiveram destaque na Inglaterra com a transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. De qualquer forma, os momentos inolvidáveis na materialização dos direitos humanos foram a Revolução Norte Americana de 1776, a Declaração de Direitos de Virgínia, a Declaração da Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América.

Fábio Konder Comparato, sobre o tema, assevera que:

A Constituição dos Estados Unidos foi redigida pela Convenção Federal de 1787 com a finalidade de criar o sistema do Governo Federal que começou a funcionar na América em 1789. Desde então, foram acrescentadas vinte e seis emendas. As dez primeiras, conhecidas como *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), foram aprovadas em 1791. Enfim, surge o Estado Liberal, que preconiza a igualdade absoluta, todos sendo iguais perante a lei⁵⁴.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47.

A noção de Estado de Direito e os pressupostos do Estado Liberal surgiram como fruto direto dos processos revolucionários da França e dos Estados Unidos da América⁵⁵.

A igualdade teórica e absoluta do Estado Liberal abriu espaço para a desigualdade real e o surgimento das injustiças sociais. No Estado em que tudo é permitido, o mais forte oprime o mais fraco⁵⁶. O Estado Liberal realmente gerou grandes injustiças. Esse quadro, somado à Revolução Industrial, deu impulso ao surgimento dos direitos humanos de 2ª geração.

O aparecimento de uma nova classe social numerosa, que trabalhava em condições desumanas nas fábricas, fez surgir novas reivindicações em prol da dignidade da pessoa humana. A crise econômica de 1929 demonstra a ineficiência da passividade do Estado Liberal, gerando exigências de intervenção do Estado na economia. O liberalismo econômico traduzia-se no *laissez-faire, laissez-passer*, possibilitando um egoísmo econômico.

O individualismo do século XVIII se exterioriza claramente no Estado Liberal, abstencionista por excelência. O século XIX conhece os problemas advindos da Revolução Industrial. Diante desse cenário, emergem reclamos por uma atitude positiva do Estado, omissa – até então – frente às adversidades sociais e econômicas⁵⁷.

Se o advento dos direitos sociais é um desdobramento positivo da crise dos séculos XIX e XX, o surgimento do fascismo, do nazismo e de outros regimes totalitários é a consequência devastadora.

O modelo imposto pelo Estado burguês gera críticas e protestos no sentido de que o Estado Liberal é o da classe dominante que nega a existência dos direitos humanos ao proletariado. Karl Marx questiona a concepção injusta do liberalismo. Essas novas reivindicações e exigências deram ensejo ao surgimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, que são conhecidos como direitos humanos de 2ª geração.

A materialização dos direitos humanos de 2ª geração deu-se na Constituição Mexicana de 1917, na da Rússia, de 1918, e na República de Weimer, de 1919. Os direitos sociais, com as

⁵⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 126.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119.

⁵⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 28.

referidas Constituições, passam a ser considerados direitos fundamentais. A preocupação do Estado com o Social prova a ampliação do conteúdo dos direitos humanos. Os referidos textos servem de paradigma ao novo Estado Social.

Os direitos humanos de primeira e segunda geração não são antagônicos. Os direitos civis e políticos (primeira geração) exigem uma prestação negativa do Estado, são direitos individuais em face do próprio Estado, ao passo que os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda geração) exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma intervenção política concreta para a implementação dos referidos direitos. Essas duas vertentes da atuação estatal (positiva e negativa) são perfeitamente compatíveis e igualmente de real importância. A plena realização dos direitos individuais surge com a realização dos direitos sociais. A liberdade de expressão só surge com a educação. O indivíduo somente exerce realmente sua autonomia se assegurado um mínimo de direitos sociais concretos. Os direitos humanos de 2ª geração reforçam e consagram a plenitude da dignidade da pessoa humana, que é o ponto nevrálgico dos direitos fundamentais⁵⁸.

Marco Antonio Marques da Silva, ao investigar a inserção da vertente socialista democrática no sistema jurídico, conclui-se que:

Seu componente socialista democrático se traduz na superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista ao impor ao Estado a realização de determinados fins materiais, que contribuam para uma reforma social e economicamente justa, em suma, das condições de sobrevivência⁵⁹.

A evolução histórica dos direitos humanos e a respectiva classificação doutrinária em direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração não trazem em si nenhuma hierarquia. Em tese, não existe escalonamento; nenhum direito apresenta primazia entre os demais. O Estado Democrático tem o dever de implementar todos os direitos previstos na Constituição. Mas, evidentemente, no plano fático, esses direitos podem até se apresentar como contraditórios.

Os horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial serviram de impulso para a reafirmação da dignidade da pessoa humana. Busca-se, então, o ideal entre o Estado Liberal e o Totalitário. A história demonstrou que o abstencionismo e a intervenção excessiva são igualmente danosos. No dia 26 de junho de 1945 cinquenta e um países assinaram, em São

⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 31.

⁵⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 12.

Francisco, a Carta de Fundação da Organização das Nações Unidas. Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A evolução histórica dos direitos humanos está adstrita à luta da humanidade pela afirmação da dignidade da pessoa humana. Essa luta encontrou fundamento respectivamente no campo religioso, filosófico e científico.

A conclusão é que o alicerce dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. O desafio dos direitos humanos é a sua conscientização, o meio mais eficaz da sua plena realização.

O Direito como instrumento de atuação do Estado deve se pautar pelos dois pontos basilares da concepção dos Direitos Humanos: dignidade da pessoa humana e limitação da atuação estatal.

A eficácia dos direitos fundamentais tem lugar no Estado. Daí a necessidade da busca pela efetividade constitucional.

2. Dignidade da pessoa humana: o contexto pós-moderno

O pós-modernismo designa as mudanças ocorridas na sociedade a partir de 1950, com o fim do modernismo (1900-1950), e se desenvolve com o avanço tecnológico. Surge nos anos 50 com a arquitetura, ganha corpo na década de 1980 e no século XXI desemboca com a Era do Conhecimento. Segundo Luís Roberto Barroso:

Entre a luz e a sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana⁶⁰.

Jean-François Lyotard constatou que a sociedade ingressou na era pós-industrial e a cultura na pós-modernidade. O pós-modernismo é a cultura da sociedade pós-industrial. Nessa esteira, o trabalho de Lyotard aponta que a “a condição pós-moderna nada mais é que o estado ou condição do conhecimento, ou seja, da cultura”⁶¹.

O conceito de pós-modernidade não é absoluto, mas conseguimos delinear algumas características. David Harvey reconhece a dificuldade de estabelecer o conceito de pós-modernidade, entretanto ressalta a efemeridade como seu ponto marcante:

Começo com o que parece ser o fato mais espantoso sobre o pós-modernismo: sua total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico que formavam uma metade do conceito baudelairiano de modernidade. Mas o pós-modernismo responde a isso de uma maneira bem particular, ele não tenta transcendê-lo, opor-se a ele e sequer definir os elementos eternos e imutáveis que poderiam estar contidos nele. O pós-modernismo nada, e até se espoja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse⁶².

Podemos afirmar que a definição de pós-modernidade é complexa, pois o termo é plurívoco, encontrando significados diferentes na arte, literatura, história e outras ciências A

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. RDA 225:5-37. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 2001, p. 6.

⁶¹ KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 123.

⁶² HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 49.

cultura pós-moderna construiu seus valores e singularidade próprias⁶³. A sociedade e cultura pós-moderna têm algumas características: sociedade de massa, individualismo, era da informática com tratamento computadorizado das informações e intensificação da linguagem por signos, sociedade de consumo, hedonismo e apego à filosofia niilista, que nega a existência de valores absolutos como verdade e preceito ético⁶⁴.

O homem pós-moderno é hedonista, liberado sexualmente, consumidor e integrado à tecnologia e à rede⁶⁵. A humanidade tornou-se essencialmente individualista, mas perdeu a individualidade, pois a sociedade é de massa, O pós-modernismo prefere a imagem ao objeto. A efemeridade é a palavra da pós-modernidade. Por isso, Jair Ferreira dos Santos registra que:

O pós-moderno ameaça encarar hoje estilos de vida e de filosofia nos quais viceja uma ideia tida como arqui-sinistra: o niilismo, o nada, o vazio, a ausência de valores e de sentido para a vida. Mortos Deus e os grande ideais do passado, o homem moderno valorizou a Arte, a História, o Desenvolvimento, a Consciência Social para se salvar. Dando adeus a essas ilusões, o homem pós-moderno já sabe que não existe Céu nem sentido para a História, e assim se entrega ao presente e ao prazer, ao consumo e ao individualismo⁶⁶.

A modernidade e a pós-modernidade possuem marcos. O motor a explosão marcou a modernidade. O *chip*, a pós-modernidade. A fábrica é o símbolo da modernidade. O *shopping* é o marco da pós-modernidade⁶⁷.

A pós-modernidade representa a superação dos paradigmas construídos pela modernidade, em especial no que tange às transformações econômicas e ao progresso científico e tecnológico, influenciando diretamente no contexto social. Sobre o tema, Domenico De Masi acentua que:

A sensação de crise, em amplas magnitudes, e alcançando diversos aspectos da vida no século XX, estava sensivelmente presentes nos anos 60, momento em que diversos movimentos globais de protestos e revoltas, caracteristicamente antimodernos, eclodiam no sentido de identificar novas formas de combater a racionalidade brutalizante da vida sob os paradigmas modernos. Se Habermas aponta os anos 50 e 60 como favoráveis ao

⁶³ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 3.

⁶⁴ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 3.

⁶⁵ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10.

⁶⁶ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10.

⁶⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 98.

surgimento da pós-modernidade, a culminância de grande significação desta inteira efervescência cultural, social e política ocorre em 1968, em todas as partes do mundo, com as marcantes manifestações estudantis, preparando-se o terreno para o advento de novas identidades⁶⁸.

O relativismo é um traço da pós-modernidade. A sensação de ausência de valores ganha corpo com a gama de informações que recebemos diuturnamente. Vivemos na sociedade da informação. Esta nos induz a participar de um amplo mercado de ideias e pensamentos que, aliado aos preceitos do pós-modernismo, causa a relativização dos valores conquistados pela sociedade.

O mundo moderno caracterizou-se pelo materialismo científico e racionalista. O ponto principal do pós-modernismo é negar os valores absolutos e objetivos. Assim, a verdade é relativa, culturalmente condicionada e construída, subjetiva, uma função da vontade humana, incognoscível. Em suma, a verdade não pode ser conhecida e objetiva. Para Jean-François Lyotard, “todo consenso não é indicativo de verdade; mas supõe-se que a verdade de um enunciado não pode deixar de suscitar o consenso”⁶⁹.

Para enfrentar esse mundo, o homem deve utilizar um atributo singular da sua personalidade: pensar. O processo de aprender e buscar conhecimento é uma das características do ser humano, que, com o advento da sociedade da informação, encontra-se mitigada. O homem deve, pois, utilizar a informação para pensar, refletir e adquirir o conhecimento. O impacto das transformações tecnológicas provocou uma modificação no estudo e na investigação do conhecimento. Os tempos atuais já demonstraram que, sem informação e saber científico, não existe riqueza. Em suma, a informação é a chave da sociedade atual, pois o próprio conhecimento técnico e científico nada mais é do que a organização da informação⁷⁰. Para Jean-François Lyotard:

O saber tornou-se nos últimos decênios a principal força de produção, que já modificou sensivelmente a composição das populações ativas nos países mais desenvolvidos e constitui o principal ponto de estrangulamento para os países em vias de desenvolvimento. Na idade pós-industrial e pós-moderna, a ciência conservará e sem dúvida reforçará ainda mais sua importância na disputa das capacidades produtivas dos

⁶⁸ MASI, Domenico De. *A sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, p. 68.

⁶⁹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 45.

⁷⁰ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 45.

Estados-nações. Esta situação constitui mesmo uma das razões que faz pensar que o afastamento em relação aos países em vias de desenvolvimento não cessará de alargar-se no futuro⁷¹.

Há valores objetivos que fogem à análise científica fatual. A ideia de que a verdade deve ser demonstrada não está totalmente presente nos juízos de valor, ideias e princípios que foram sendo construídos pelo consenso social.

As ciências sociais esforçam-se em encarar seu objeto de estudo de forma avalorativa. Isso é mais ilusório do que real, pois o homem carrega a sua experiência de vida. Nem é sempre uma tabula rasa, como creem alguns.

Para o pós-modernismo, os valores são relativos, sendo que o conceito de ética deve ser verificado em fatos sociais observáveis. Essa postura avalorativa nega a liberdade e a dignidade humana. O pós-modernismo nega a humanidade ao rejeitar a responsabilidade moral e a justiça objetiva. O mundo da cultura não pode ser estudado e encarado da mesma maneira que o mundo da natureza. A cultura não é um objeto meramente físico, não podendo ser reduzida ao mesmo método científico aplicado a máquinas, animais e seres da natureza⁷².

Assim, ao retirarmos os valores, a liberdade, a justiça objetiva e outros aspectos do direito natural, excluem-se na verdade os caracteres próprios do ser humano. Essa visão retira tudo o que faz de alguém um ser humano, dotado de dignidade e liberdade.

O avanço científico e tecnológico parece contrastar com a moral primitiva e extrema. A tecnologia avançada não decide questões morais. Decidir entre abortar um feto ou salvar a vida dele por técnicas cirúrgicas de alta tecnologia não é uma questão que a ciência pode decidir. A ética envolve questões valorativas⁷³.

⁷¹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 5.

⁷² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 73.

⁷³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 99.

A ciência, como toda atividade humana, possuiu limitações. A ciência não é puramente objetiva, equidistante e livre de valores. O cientista formula hipóteses e problematizações calcado em alguma visão de mundo e realiza interpretações pessoais e parcialmente subjetivas⁷⁴.

A pós-modernidade rejeita totalmente a verdade objetiva, pois é uma construção intelectual. Esta varia, segundo os pós-modernos, de cultura para cultura, cada qual construindo a sua própria noção de ética e justiça. O indivíduo também constrói sua própria ética, calcada na sua verdade, por suas razões pessoais. Consequentemente, a verdade, na pós-modernidade, é relativa.

A relatividade da pós-modernidade afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um valor absoluto. Nesse sentido, três correntes filosóficas devem ser afastadas de pronto: o relativismo, o subjetivismo e o pragmatismo. Para o subjetivismo, a noção de Direito e justiça está no sujeito que a julga e a conhece. A noção de justiça é subjetiva de determinado povo, pessoa ou época. O justo é algo subjetivo. Para o relativismo, a noção de Direito e justiça é pertinente aos valores consagrados em determinada época, cultura ou povo. Dessa forma, o direito é relativo a um momento histórico ou cultural. O que é justo hoje pode não ser amanhã ou vice-versa. Para o pragmatismo, o justo é aquilo que é prático. Na visão pragmática, o que importa é a finalidade, a funcionalidade. O justo é aquilo que funciona ou satisfaz as exigências sociais do momento. O aspecto axiológico (valorativo) é substituído pelo teleológico (finalístico), de modo que, se funciona, tem valor. Se é prático, é justo. O pragmatismo jurídico tem sua origem no Direito Romano⁷⁵. Mister, nesse passo, trazer à baila o magistério de José Luiz Quadros Magalhães:

Como se pode notar, muitas características da sociedade romana estão ainda presentes entre nós, mais notadamente a existência de valores que colocam o patrimônio privado em escala valorativa maior do que a própria vida humana. Isto se manifesta ainda na atualidade em algumas normas jurídicas esparsas, civis e penais⁷⁶.

⁷⁴ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 11.

⁷⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 15.

⁷⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 15.

Desse modo, como verificamos, é forte a ideia de que nada é absoluto, tudo é relativo. Segundo nosso entendimento, existem valores absolutos e universais; por esse motivo, o relativismo, o subjetivismo e o pragmatismo devem ser afastados de plano.

Indubitavelmente, existem valores absolutos e supremos que surgem da própria natureza humana e são inegociáveis, inalteráveis, imutáveis e universais: a vida e a liberdade. Ao se reconhecer a existência de valores fundamentais, não se exclui a evolução histórica que gerou a existência de novos direitos⁷⁷.

A liberdade e a vida não podem ser consideradas como um bem relativo, subjetivo ou pragmático. Na verdade, é algo absoluto e universal. Por sua vez, os direitos absolutos e universais são inegociáveis. Dentro dessa perspectiva, Walber de Moura Agra pontua que:

Denominamos os direitos absolutos de direitos naturais e, num sentido mais restrito, de direitos da personalidade. Num sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecidos pelo Estado, direitos fundamentais. O fundamento dessas expressões é a dignidade da pessoa humana⁷⁸.

O autor prossegue:

As conseqüências acarretadas pela pós-modernidade atingiram todas as esferas da sociedade, com abrangência no campo social, familiar, econômico, cultural, deontológico etc.. O direito, definido como a ciência que tem a finalidade de regulamentar as relações sociais, sofre de forma mais intensa essas conseqüências. Como as relações sociais são cada vez mais complexas, em decorrência da pluralidade do tecido social e da velocidade em que as relações sociais são modificadas, a concepção do direito formal, baseado na sua positivação e no formalismo exacerbado, entrou em crise, afetando seriamente a eficácia das normas⁷⁹.

O Direito ganha especial desafio na pós-modernidade. Se a modernidade exigiu a reafirmação dos valores liberdade, igualdade e fraternidade, a pós-modernidade deve caminhar para a consagração da tolerância, da diversidade e da cidadania. Nesse sentido, o direito do século XXI deve estar calcado na tolerância, no bom senso e na cidadania.

⁷⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 124.

⁷⁸ AGRA, Walber de Moura. *Pós-modernidade, crise do Estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional*. In: *Constitucionalismo e Estado*. Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 233.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. *Pós-modernidade, crise do Estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional*. In: *Constitucionalismo e Estado*. Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 234.

Eduardo Carlos Bianca Bittar, atento ao tema, pondera e questiona:

A pós-modernidade abalou a dimensão da compreensão dos fenômenos sociais e possui fortes reflexos sobre a dimensão dos valores morais, das práticas culturais e dos modos pelos quais se entendem conceitos e instituições. O direito também se ressentiu de presenciar tais mudanças. Mas de que forma isso afeta um ordenamento jurídico?⁸⁰.

A modernidade conquistou as declarações dos direitos fundamentais. Na pós-modernidade, o desafio é a efetivação desses direitos. Assim, o próprio Eduardo Carlos Bianca Bittar conclui:

Se a modernidade legou os conceitos de igualdade e universalidade dos direitos, este protótipo vem sendo questionado e colocado em xeque. Os direitos universais só existem nos mitos jurídicos e nos textos legislativos idealistas. Os que ainda existem são de difícil aplicação ou de eficácia relativa. A realidade está fragmentada, e isto se produz dentro da cultura geral dos povos, como na dimensão dos direitos e dos deveres sociais e jurídicos. A não-universalidade dos direitos, a não-eternidade dos direitos humanos, a não validade dos princípios universais de direito para todos são características muito presentes neste momento em que se anunciam novos conceitos e perspectivas de organização de valores: a pós-modernidade⁸¹.

⁸⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 11.

⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 12.

3. A positivação da dignidade da pessoa humana

Os horrores das duas grandes guerras mundiais e dos regimes totalitários que predominaram até meados do século XX têm sido apontados como os fatores sociais que levaram um conjunto de países a positivar, em seus ordenamentos internos e também no sistema jurídico internacional, a questão da dignidade humana.

A primazia da iniciativa deve ser reconhecida à Itália, que, aos 27 de dezembro de 1947, já proclamava em sua Constituição – precisamente em seu artigo 3º – que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais”.

No ano seguinte, mais precisamente em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas deliberou adotar e proclamar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo, em seu artigo 1º, que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A onda logo se propagou para se fazer sentir na República Federal da Alemanha, que, em 24 de maio de 1949, positivou a dignidade humana no corpo de sua Lei Fundamental. Ficou ali consignado que “a dignidade humana é inviolável”, sendo obrigação de todos os Poderes Estatais respeitá-la e protegê-la⁸².

Na mesma esteira, a República Portuguesa, ao romper com o “regime fascista”⁸³ anterior e libertar a nação “da ditadura, da opressão e do colonialismo”⁸⁴, atestou, no artigo 1º de sua Carta de 1976, que aquela república soberana se baseava “na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”. Em 1989, durante a segunda reforma constitucional, a redação do aludido artigo foi alterada para constar como fundamento da República soberana “a livre, dignidade da pessoa humana” e a “vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade justa e solidária”.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.

⁸³ A expressão consta do preâmbulo da Constituição Portuguesa.

⁸⁴ A expressão consta do preâmbulo da Constituição Portuguesa.

A influência do constitucionalismo português e o anseio por ampla liberdade, com o retorno da nação à normalidade democrática, levaram a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 a estabelecer que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

O destaque dado à dignidade da pessoa humana bem reflete os anseios sociais vividos à época. Mencione-se, a título ilustrativo, que o Constituinte Mozarildo Cavalcanti, em fevereiro de 1987, ou seja, no início dos trabalhos daquela Assembleia, já destacava que:

Estamos vivendo o momento histórico da elaboração da nova Constituição do Brasil. Inúmeros são os problemas que devem ser abordados, debatidos e equacionados de acordo com os anseios dos milhões de brasileiros que nos delegaram a missão de representá-los nessa tarefa. É certo que qualquer tema deve sempre ter como objetivo principal o homem. É somente pela valorização, pela melhoria das condições sociais, de vida do homem, que conseguiremos que a Nação seja forte, livre e justa. É necessário que cada um de nós se preocupe ao máximo com o presente, mas, acima de tudo, com o futuro do povo brasileiro, procurando redigir uma Constituição capaz de assegurar os instrumentos indispensáveis ao propiciamento de uma sociedade mais sólida, mais igualitária, onde benefícios possam ser distribuídos de forma a privilegiar os mais carentes⁸⁵.

Vê-se, portanto, que o princípio não foi inserido no contexto constitucional pátrio como mera construção teórica, mas como reflexo dos anseios populares que, é certo, ecoavam a concepção de dignidade que, ao longo de séculos, foi sendo construída no pensamento ocidental.

A frisar a importância do tema, a questão da dignidade voltou a ser mencionada em outros trechos da Constituição Federal, estando notadamente relacionada à proteção de conjuntos sociais tradicionalmente enfraquecidos. Assim, à criança e ao adolescente devem ser assegurados, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227 da Constituição Federal). A família, a sociedade e o Estado têm, ademais, “o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à

⁸⁵ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 07.02.87, p. 162.

vida” (artigo 230 da Constituição Federal). O planejamento familiar, por sua vez, funda-se “nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal).

Note-se, no entanto, que a dignidade volta, por pelo menos uma vez, a ser tratada de forma geral. Ao regular a ordem econômica, a Constituição Federal determina que esta seja fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170 da Constituição Federal).

4. O teor do princípio fundamental: exame do artigo 1º da Constituição Federal

Não nos parece que a norma positivada tenha conceito diverso daquele que a dignidade recebeu nas esferas sociais. Trata-se de reconhecer a dignificação do homem, tomando-o como dotado de um valor intrínseco, como um fim em si mesmo e não como mero objeto apropriável. A lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho atesta tal fato, reconhecendo que “a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”⁸⁶.

É importante destacar, nesse sentido, que o artigo 1º da Constituição Federal valeu-se de redação a mais clara possível, evitando adjetivações que pudessem tornar a dignidade exclusividade de um segmento social ou de um tipo específico de ser humano. Não se refere, assim, a um papel social específico, como cidadão, eleitor, homem, mulher, pai, mãe, marido, esposa, consumidor ou contribuinte. A dignidade é inerente à “pessoa humana”, termo bem mais genérico e que abrange todos e quaisquer papéis sociais que o ser humano possa vir a exercer.

Estabelecido o princípio geral e irrestrito, a Constituição não peca por enfatizar o reconhecimento da dignidade em alguns grupos sociais, como idosos, crianças e adolescentes, pois aí, como dito, está apenas a reforçar a regra geral, não discriminando ou excluindo quem quer que seja de sua premissa.

Discute-se, em doutrina, se a Constituição Federal reconheceu (*i.e.*, pressupõe) ou prescreveu (vê como meta) a “dignidade da pessoa humana”. Para José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁸⁷.

Por outro lado, Silvia Faber Torres menciona que o fato de os direitos humanos, base jurídica da vida humana digna, “exibirem fundamentalmente uma dimensão negativa não quer

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários Contextuais à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 19.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

dizer que não apresentem também uma dimensão positiva, conducente ao reconhecimento de ‘direitos a prestações’ e a garantia de um mínimo existencial”⁸⁸.

A dignidade é ao mesmo tempo reconhecida e imposta. Com efeito, a abrangência do conceito de dignidade permite que ela, a um só tempo, reflita vários significados e tenha diversas funções.

O reconhecimento de uma dignidade pré-existente traz como corolário a inalienabilidade da dignidade. Assim, por mais irracional, grotesca e hedionda que possa ser certa conduta aos olhos da sociedade, seu autor não deixa de ser considerado sujeito de direito e, portanto, digno de proteção. A dignidade não é, assim, uma condicionante que indica quem, entre os seres humanos, merece tutela jurídica. Por isso, o mais bárbaro dos criminosos não será condenado a pena de morte, não será torturado⁸⁹, não será submetido a juízos de exceção e nem poderá ser julgado sem defesa⁹⁰.

Ocorre que este é apenas um lado do problema. Reconhecer que todo homem é, por si só, digno, faz com que se obnublem as terríveis discrepâncias econômicas que impõem a camadas importantes de nossa sociedade uma vida miserável. O próprio José Afonso da Silva, citado alhures, reconhece que “a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica”⁹¹.

⁸⁸ TORRES, Silvia Faber. *Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas*. In *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Vários Autores. Coord. Daniel Sarmento e Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 769.

⁸⁹ “A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo” (STF-Pleno, HC nº 70.389, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 23.06.94, DJ 10.08.01).

⁹⁰ “O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento alegado é inegável. No que se refere à prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que essa há de ser respeitada” (STF-2ª Turma, HC nº 89.176, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.09.06).

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

Por isso – e o caráter eminentemente programático de nossa Constituição apenas atesta tal fato – a dignidade é também prescrita, como forma a exigir dos agentes sociais e do Estado condutas que possibilitem o amplo e pleno desenvolvimento de todos aqueles que integram o país.

Vislumbrando a dignidade humana como princípio jurídico e enfatizando seu caráter normativo e deontológico, a tese de Alexy contrapõe-se ao pensamento de outro jurista alemão, Gunther Dürig, para quem a legitimidade da Constituição está fundamentada em valores objetivos, cuja validade independe de que sejam vividos e observados pela comunidade e que têm um caráter eterno e imutável. Acresça-se que a Lei Fundamental de Bonn legisla no sentido de considerar a dignidade humana como intangível – é um “valor” preexistente ao Direito, que se encontra “acima” deste⁹².

Para que possa alcançar essa dupla perspectiva (reconhecimento e favorecimento), o conceito razoavelmente abstrato de dignidade humana precisa ser concretizado e, então, dois caminhos se apresentam ao jurista.

O primeiro é, conforme adiantado, tomar a dignidade como princípio informador do ordenamento jurídico. O princípio orienta a atividade: (i) do legislador, que, ao elaborar normas de conduta específicas, determinando condutas e abstenções, haverá de maximizar a dignidade; e (ii) do intérprete, que, diante de duas ou mais possibilidades exegéticas, deve privilegiar aquele que esteja em maior consonância com a dignidade humana, utilizando-o como critério material para a ponderação de interesses, quando da colisão de princípios constitucionais⁹³.

O segundo caminho de cristalização desse conceito abstrato é considerá-lo como cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana⁹⁴. Conforme ensina Judith Martins-Costa, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma:

Disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 9.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja caracterização pode estar fora do sistema⁹⁵.

Nesse contexto, princípio e cláusula geral, embora possam ser considerados faces da mesma norma, diferenciam-se quanto a seus destinatários e efeitos. A cláusula geral é a ferramenta que permite ao juiz construir normas específicas de conduta visando a resolver controvérsias determinadas. O princípio, por outro lado, destina-se ao legislador e ao intérprete, norteando, respectivamente, a elaboração e a aplicação da lei. Como bem resume André Osório Gondinho:

Nossa ordem constitucional tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa que todo o direito deve ser construído, seja por via legislativa, seja por concreção judicial, sobre essa noção. O preceito constitucional deve ser uma diretriz ao legislador ordinário, mas também ao operador que utilizá-lo como normativa para aplicação de regra ordinária, seja um modelo casuísta, seja uma cláusula geral⁹⁶.

Vimos, assim, que a norma constitucional sob análise reconhece e determina a dignidade ao mesmo passo em que é principiológica e também cláusula geral. Ao seu caráter multifacetário deve-se acrescentar que a dignidade da pessoa humana acaba por unificar o conteúdo de todos os direitos fundamentais, dos direitos do homem e dos direitos de personalidade.

A dignidade indica a existência de um direito geral de personalidade, que congrega a proteção à vida, à autodeterminação, à liberdade, à integridade físico-psíquica e moral, ao corpo e suas partes, ao nome⁹⁷, às produções intelectuais, entre outros. Está superada, portanto, a discussão em torno da existência de direitos humanos ou de personalidade *numerus clausus*. A dignidade faz com que o ser humano, em todas as suas acepções, passe a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

Maria Celina Bodin de Moraes bem assevera que:

Não há um número aprioristicamente determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, porque o que se visa a proteger é o valor da personalidade humana, sem limitações de qualquer gênero, razão pela qual a personalidade é não um 'direito', mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

⁹⁶ GONDINHO, André Osório. *Codificação e cláusulas gerais*. In Revista Trimestral de Direito Civil 2/19, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2000.

⁹⁷ "O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. III)" (STF-Pleno, RE nº 248.869, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.03.04)

situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela⁹⁸.

Nesse sentido, também se deve destacar que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal assevera que os direitos e garantias ali expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Mas a sintética fórmula da “dignidade da pessoa humana” exprime muito mais que isso. Como procuramos demonstrar, não se trata apenas de reconhecer o caráter exemplificativo dos direitos do homem, mas de assegurar-lhe proteção total, ainda que algum aspecto específico de sua vida não esteja reconhecido por outra norma positivada.

⁹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana. In* Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Vários Autores. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

5. O Direito do Consumidor e a dignidade da pessoa humana

A despeito do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal revelar a preocupação com a proteção geral da dignidade da pessoa humana, o que, por si só, já envolveria a atividade de qualquer pessoa no papel social de consumidor, é certo que seu artigo 170, ao regular os princípios gerais da atividade econômica, estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados determinados princípios, enumerados nos incisos I a IX, entre os quais está inserida a defesa do consumidor.

Este dispositivo constitucional estabelece o vínculo direto entre a garantia da dignidade humana e a defesa do consumidor. Os seres humanos possuem, em virtude do que dispõem os princípios gerais da atividade econômica, a garantia de uma existência digna. A rigor, a Constituição assegura uma relação de consumo verdadeiramente digna.

Nesse sentido, a defesa do consumidor, enquanto princípio da ordem econômica, é constitucionalmente prevista como indispensável à garantia da dignidade humana, razão pela qual podemos qualificá-la como norma imperativa de caráter intervencionista por parte do Estado⁹⁹.

Ciente deste preceito, o legislador consumerista incluiu expressamente no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, entre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo¹⁰⁰, o respeito à dignidade do consumidor¹⁰¹.

Assim, a força da dignidade da pessoa humana irradiará seus efeitos por todo o sistema normativo de defesa do consumidor. O legislador valeu-se do Código de Defesa do Consumidor

⁹⁹ PAULINO, Heloísa Verri. *Os direitos humanos e os direitos do consumidor*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 04, jul./dez. 2004, pp. 456/471.

¹⁰⁰ As relações de consumo, na definição de Nelson Nery Junior, são relações jurídicas “*que se formam entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou a utilização de serviços pelo consumidor*” (Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 483)

¹⁰¹ Artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “*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*”.

para atender o que o lhe era imposto por força do postulado da dignidade da pessoa humana, regulando, em normas específicas, as condutas de fornecedores e consumidores de forma a fazer com que, nessas específicas relações sociais, a pessoa não fosse “coisificada” ou precificada.

Ora, se a dignidade da pessoa humana é um valor em si mesmo, absoluto, conclui-se que nas relações de consumo o fornecimento de produtos e serviços não pode se dar em detrimento da dignidade do homem-consumidor, sobretudo de seus direitos da personalidade, como o direito à honra, a um nome sem mácula, à intimidade, à integridade física e psíquica e à imagem, entre outros. Esses direitos vêm previstos no Código de Defesa do Consumidor, em particular nos artigos 6º, inciso I, que expressa a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor; 8º, como complementação do 6º; 42, 43 e 71, que implicitamente resguardam a honra e a imagem do consumidor.

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor concretiza os preceitos da dignidade humana nas relações de consumo. Entretanto, talvez não seja essa sua maior virtude, já que, a rigor, suas regras estão implícitas na cláusula geral de dignidade humana contida na Constituição Federal¹⁰².

Na verdade, para que se bem compreenda o alcance e a magnitude do Código de Defesa do Consumidor, é importante relembrar que antes de sua vigência nada, ou quase nada, se fazia para regular as relações entre fornecedores e consumidores. Uma rápida pesquisa nos repertórios oficiais de jurisprudência evidencia a exiguidade de precedentes que tivessem por objeto danos sofridos em decorrência de vício ou defeito de produtos e serviços. Isso, naturalmente, não indica que os conflitos, de fato, não existiam, mas apenas que eles não eram trazidos ao Poder Judiciário. Há de se presumir, nessa esteira, que, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, inúmeras pessoas eram expostas a situações indignas, sendo vítimas das mais diversas práticas abusivas¹⁰³.

Esse panorama se alterou substancialmente. É certo que, após a promulgação do Código, os órgãos de defesa do consumidor ganharam notoriedade e força, desempenhando hoje importante função fiscalizatória. O Código lhes deu o substrato jurídico para que passassem a

¹⁰² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

¹⁰³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

exercer poder de polícia administrativa, podendo impor sanções diante da constatação de práticas ilegais.

No âmbito do Poder Judiciário, os Juizados Especiais Cíveis, espalhados por todo o território nacional e cuja competência encontra-se adstrita ao julgamento simplificado de causas que não excedam à alçada de 40 (quarenta) salários mínimos, passaram a dar vazão a milhões de disputas consumeristas.

Deve-se reconhecer, portanto, que o Código de Defesa exerceu – e ainda exerce – importantíssimo papel educativo e informacional, conscientizando e disseminando, em linguagem clara e acessível, os direitos subjetivos que, em última análise, resguardam a dignidade do homem-consumidor.

Vê-se que o Código de Defesa do Consumidor cumpriu a finalidade idealizada pelos autores de seu anteprojeto, os quais anotaram que:

A aludida codificação, primeiramente, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando sua autonomia. De outro, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma¹⁰⁴.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; e DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 9.

6. Os principais mecanismos de dignificação humana no Código de Defesa do Consumidor

Como visto, o Código de Defesa do Consumidor emerge de um contexto normativo-constitucional permeado pela dignidade e, por isso, todos os seus dispositivos, direta ou indiretamente, a refletem. Nesse sentido, seria demasiado, fugindo do escopo deste estudo, esmiuçar todos os mecanismos criados pela legislação consumerista. Entretanto, alguns deles, dada sua relevância para a proteção da dignidade humana, merecem especial destaque e atenção.

6.1. Segurança e responsabilidade objetiva

A evolução das regras de responsabilidade civil demonstra que a partir do início do século XIX a culpa ganhou enorme destaque como o principal fundamento do dever de reparar. Com efeito, ainda que o Direito Romano e da alta Idade Média reconhecessem a culpa, não existia, até então, uma fórmula genérica de responsabilização. Predominavam regras esparsas e casuísticas. Foi só com a promulgação do Código Civil Francês, em 1804, que o dever de reparar passou a ser expresso em um enunciado simples, direto e geral, de forma que todo fato de qualquer homem, que cause a outro um dano, obriga aquele por culpa a reparar.

A força da influência exercida pela Revolução Francesa levou à generalização, de modo que é razoável afirmar que todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente abraçaram tal fórmula legal. No que é importante para os fins do presente estudo, basta destacar, a título exemplificativo, que o Código Civil brasileiro de 1916 adotou em seu artigo 159 regra similar à francesa, afirmando que todo “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A razão de ser da ascensão da culpa é simples. Todas as sociedades ocidentais passaram a ser influenciadas pela força do liberalismo econômico, fazendo com que seus ordenamentos passassem a refletir a liberdade de agir como um de seus princípios. Se todos os cidadãos têm

capacidade de se autodeterminar, conseqüentemente devem ser responsabilizados pelas condutas que livremente realizaram¹⁰⁵.

A culpa designa, assim, os limites da liberdade individual. O agir negligente é coibido, enquanto o agir diligente é estimulado. Diz-se estimulado porque ao bom observador não passará despercebido que o ordenamento deixava, com a regra da culpa, de sancionar todos os atos diligentes mesmo que fossem eles causa de danos a terceiros.

Não se privilegiou, portanto, a reparação do dano e, sem culpa de quaisquer das partes, o prejuízo havia de ser suportado exclusivamente por aquele que o sofreu. Por via transversa, o ordenamento acabou protegendo aqueles que lesam sem culpa como forma de estimular a sua atividade.

As limitações da responsabilidade subjetiva restaram evidentes e isto fez com que o legislador, ao largo do século XX, mudasse o paradigma da responsabilidade civil. Passou-se a privilegiar a reparação do dano e não a imposição de sanções à conduta culposa. Com isso, inúmeras leis fizeram com que paulatinamente fossem ampliadas as hipóteses de responsabilidade sem culpa¹⁰⁶.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi certamente um marco dentre as normas que se propõem a abraçar o paradigma do ressarcimento dos danos causados. O referido diploma impôs ao fornecedor a responsabilidade sem culpa, com fundamento no risco, e, além disso, procurou derrubar outras barreiras que historicamente impediam o acesso da vítima à reparação.

De fato, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, a vítima nem sempre alcançava a reparação dos danos sofridos porque não conseguia individualizar, na complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços, quem especificamente o havia lesado e a sua culpa. A vítima, além disso, poderia estar em qualquer ponto do território nacional, não possuindo meios para ajuizar demandas nas capitais mais distantes, sede invariável de

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

¹⁰⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

fabricantes de produtos, e, ainda, não conseguia demonstrar qualquer tipo de relação jurídica direta com o lesante¹⁰⁷.

Para superar essas dificuldades, o Código de Defesa do Consumidor adotou uma série de medidas que ampliam o acesso da vítima à efetiva reparação de seus danos. Além da própria responsabilidade objetiva, indicou que o foro do domicílio do consumidor seria o competente para dirimir as questões oriundas das relações de consumo, adotou a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, superou o relativismo contratual, assim como a divisão tradicional existente entre responsabilidade contratual e extracontratual e impôs a responsabilidade solidária entre os fornecedores.

Ao agir de tal forma, o legislador certamente atendeu ao preceito que o impedia a favorecer a dignidade humana. Ora, se dignidade significa valorizar o homem com fim em si mesmo, nada mais justo que facilitar a reparação da lesão causada a seus bens patrimoniais, que lhe asseguram a sobrevivência, e aos seus bens não patrimoniais, que lhe asseguram a paz de espírito¹⁰⁸.

Percebe-se, por tudo isso, que a legislação consumerista procura dignificar o homem-consumidor, propiciando a ele maior proteção contra a violação de sua integridade física, psíquica e econômica. Trata-se de dignidade como valorização do homem.

6.2. Informação e publicidade

É importante notar que o Código de Defesa do Consumidor não só facilita o acesso à reparação, mas busca atribuir meios para que o consumidor possa prevenir-se contra danos advindos da relação de consumo. Por isso, ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor lhe reconhece “a proteção da vida, da saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, assegurando, ainda, “a

¹⁰⁷ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da Pessoa Humana e Responsabilidade Civil*. In Revista de Direito Administrativo nº 238. Rio de Janeiro, out./dez., 2004, p. 207.

¹⁰⁸ LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da Pessoa Humana e Responsabilidade Civil*. In Revista de Direito Administrativo nº 238. Rio de Janeiro, out./dez., 2004, p. 207.

educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços”, a “liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”, bem como “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”.

A informação exerce papel crucial neste mecanismo desenvolvido pela legislação consumerista. No mercado de consumo a informação é disponibilizada em dois momentos principais. Há, inicialmente, uma informação que precede ou acompanha o produto ou serviço. Depois, existe a informação transmitida no momento de formalização do ato de consumo. A preocupação do legislador com a questão da informação transparece em todo o Código de Defesa do Consumidor. E não é para menos, já que a informação aos consumidores é *conditio sine qua non* da realização do mercado.

Nesse contexto, a efetiva proteção do consumidor exige do fornecedor o dever de prestar informação. Trata-se de obrigação positiva, pois, nos termos do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, a “oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

O Código de Defesa do Consumidor impõe, ainda, uma obrigação negativa ao fornecedor, qual seja, de não veicular publicidade enganosa ou abusiva. Considera-se “enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. Por outro lado, entende-se por “abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor).

O dever de prestar informação, antes, durante e depois da contratação, com conteúdo preciso e claro, sem abusos ou falsidades, têm o escopo de preparar o consumidor para a prática

de um ato de consumo consentido e livre, transformando-o em uma experiência efetivamente digna. Trata-se aqui de dignidade como viabilizadora da autodeterminação do homem-consumidor.

6.3. Limitação aos abusos na cobrança de dívidas

O Código de Defesa do Consumidor reconhece que a existência digna do homem-consumidor repousa também na garantia de sua privacidade, honra e imagem, ainda que seja devedor.

Nesse sentido, o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Este dispositivo não constava originalmente do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Ao justificar sua inclusão, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, um dos autores do anteprojeto, ponderou que:

A tutela do consumidor ocorre antes, durante e após a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artifícios são os mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, cartas fantasiosas e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor – especialmente o de baixa renda – é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos deles em cadeia e até em altas horas da madrugada¹⁰⁹.

Era esta, portanto, a realidade existente antes do advento do Código de Defesa do Consumidor e que até hoje se procura minimizar.

Evidentemente, cobrar uma dívida é atividade corriqueira e legítima. Contra isso o Código de Defesa do Consumidor não se insurge. Sua objeção se restringe aos excessos, ou seja, à utilização de recursos que visem a coagir o devedor, ofendendo-o em sua dignidade. Afinal, se

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 546.

é certo que a cobrança de dívida sempre traz em si um potencial, por menor que seja, de exposição ao escárnio, também é certo que se pode evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta da pressão para exigir o pagamento.

A proteção não se limita a aspectos físicos que cercam o consumidor, como seu domicílio, sua correspondência, sua linha telefônica, mas, de modo mais amplo, abrange sua intimidade, seu equilíbrio emocional, sua tranquilidade física e espiritual, atributos que, como visto, estão indissolavelmente associados à dignidade humana¹¹⁰.

6.4. Banco de dados

O Código de Defesa do Consumidor também fixa regras acerca da criação de bancos de dados a respeito dos consumidores, assegurando a estes, em seu artigo 43, o “acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”, bem como exigindo, entre outras coisas, que as informações neles contidas sejam objetivas, claras, verdadeiras e em linguagem de fácil compreensão, não podendo incluir dados negativos referentes a período superior a 05 (cinco) anos.

Na era da informação, os bancos de dados adquiriram extrema importância por causa da confiança neles depositada pelos agentes econômicos e, por conseguinte, pelos próprios cidadãos. Na sociedade de consumo, caracterizada pelo anonimato de seus sujeitos, a forma de o fornecedor “conhecer aquele a quem vai dar crédito é a consulta ao banco de dados”¹¹¹. Nada mais lógico, portanto, que destes se espere o máximo de cuidado no trato e divulgação das informações coletadas.

Entretanto, até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o Brasil não contava com nenhuma disciplina legal para os arquivos de dados acerca do comportamento dos

¹¹⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 550.

consumidores. Diante disso, eram notórios os abusos imputáveis a essa modalidade de coleta, organização e prestação de informações sobre a idoneidade pessoal e financeira das pessoas.

As regras do Código de Defesa do Consumidor vieram justamente para evitar esses excessos, protegendo também esta faceta que integra a dignidade humana. Conforme anota Bruno Miragem, em todo planeta “vem se firmando um direito individual, que se pode afirmar típico da época contemporânea, outorgado e garantido a cada um, de conhecer as informações que lhe dizem respeito, armazenadas em repositórios, de caráter público ou privado”¹¹².

Com propriedade, na sociedade de consumo o consumidor não existe sem crédito. Um bom histórico creditício é um patrimônio valioso, sendo inegável a influência que as informações cadastrais podem ter no destino da vida de cada ser humano e, por via de consequência, na possibilidade de uma existência digna.

6.5. Defesa do consumidor em juízo

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o sistema de prestação jurisdicional sofreu alterações específicas para que pudesse atender melhor os interesses destes adquirentes de produtos e serviços que se veem em especial situação de hipossuficiência. Nesse sentido, destaque-se que o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor considera ser direito básico do consumidor “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos”.

Uma análise detalhada poderia apontar inúmeras dessas modificações. Tendo em vista a natureza deste estudo, basta, no entanto, mencionar três delas, que, por sua importância e destaque, bem refletem o intuito legislativo de dignificar o homem-consumidor: (i) inversão do ônus da prova, (ii) foro de competência para o ajuizamento de demandas e (iii) generalização de meios de tutela coletiva.

¹¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

O Código de Defesa do Consumidor assegura a inversão do ônus da prova “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for [o consumidor] hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (artigo 6º, inciso VIII). Com isso, subverte-se a regra ordinária do sistema processual civil brasileiro, segundo a qual quem alega a existência de um fato deve prová-la em juízo.

Ao possibilitar a inversão do ônus da prova, a legislação consumerista reconhece que o fornecedor é o senhor do processo produtivo e que, por isso, também se encontra em melhores condições de produzir a prova processual. Com efeito, dada a alta complexidade e inovação tecnológica que envolve a cadeia produtiva, somente o fornecedor pode apontar precisamente no que consiste o produto e o serviço, conhecendo seus benefícios e riscos. Com isso, facilita-se sensivelmente a defesa dos interesses dos consumidores, exigindo que eles façam prova daquilo que está essencialmente a seu alcance, ou seja, de que adquiriram o produto ou serviço e que este lhe causou certo dano. Ao fornecedor, ao contrário, incumbe a prova de que o defeito inexistia, de que houve culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor. Só estes fatos são capazes de eximir o fornecedor de sua responsabilidade¹¹³.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar anteriormente, outra regra em prol da proteção jurídica do consumidor envolve o foro competente para o julgamento de disputas consumeristas. Ciente de que os fatores produtivos centralizam-se em alguns poucos polos urbanos, mas que, não obstante, são capazes de atingir, através de uma extensa cadeia de fornecimento, os consumidores localizados nos mais remotos, o Código de Defesa do Consumidor inverteu a regra geral de competência, segundo a qual a demanda deve ser ajuizada no domicílio do requerido. O consumidor tem, assim, a prerrogativa de demandar em seu próprio foro e o fornecedor deve sujeitar-se a ele, defendendo-se em todos os pontos do território nacional¹¹⁴.

Outra barreira que a legislação consumerista tenta remover diz respeito aos custos que envolvem o acesso ao Poder Judiciário. Esses custos são, em essência, de duas ordens: econômicos e temporais. Não se pode ignorar que o ajuizamento de uma ação exige, em regra,

¹¹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

¹¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 220.

um esforço financeiro do consumidor, que haverá de contratar o auxílio de profissional específico (v.g., advogados, peritos etc.) e recolher as taxas cobradas pela prestação do serviço jurisdicional.

Esse custo, por si só, inviabiliza e desestimula disputas que digam respeito a valores ínfimos. Assim, basta pensar que a lesão de centavos na cobrança de um consumidor não o levará ao Poder Judiciário. Ocorre que esta mesma lesão, repetida aos milhões contra inúmeros consumidores, pode ser a causa do injusto enriquecimento do fornecedor.

Na tentativa de aplacar a injustiça desta situação, que não é resolvida com a adoção dos Juizados Especiais Cíveis, o Código de Defesa do Consumidor aprimorou o sistema coletivo de tutela jurisdicional previsto na Lei de Ação Civil Pública, direcionando-o também para as relações de consumo. Isto é, a legislação viabilizou um trato coletivo de disputas que atomizadas jamais chegariam ao conhecimento do Poder Judiciário.

A tutela coletiva dos interesses dos consumidores é feita por meio de representantes adequados, ou seja, de agentes que, sendo indicados pela lei, podem atuar, em um único processo, na defesa de milhares de consumidores. Esses entes legitimados são, em síntese, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública cuja atuação esteja especificamente destinada à defesa dos interesses consumeristas e, por fim, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses de consumidores¹¹⁵.

Estando em jogo um amplo conjunto de interesses, veiculados por um ou poucos representantes processuais, o litígio ganha vulto econômico e passa a justificar a atuação de profissionais especializados na proteção dos consumidores.

É importante notar que essas três principais modificações no sistema processual, todas aqui resumidas a seus traços gerais e principais características, têm um fim em comum, caminhando no mesmo sentido de dignificar mais adequadamente o homem-consumidor e proporcionando amplo acesso à reparação dos danos que lhe são impingidos.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

Sabedor de que a prestação jurisdicional, a rigor, é um serviço, o Poder Judiciário vem implementando no campo infralegal iniciativas complementares às referidas medidas de cunho legal. Menciona-se, nesse sentido, que a Resolução nº 11, de 09 de dezembro de 2003, do Superior Tribunal de Justiça conferiu prioridade na tramitação no processamento e no julgamento dos processos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. De forma análoga, a Resolução nº 2, de 25 de janeiro de 2005, do Superior Tribunal de Justiça outorgou prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa portadora de deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência. Vale mencionar, ainda, a Resolução nº 554, de 03 de maio de 2007, do Superior Tribunal de Justiça que estendeu a regra da Resolução nº 2/2005 aos Tribunais Regionais Federais.

Em 2008, na mesma linha de atuação, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça conferiu tramitação prioritária a processo em que uma das partes é portadora do vírus HIV. Decidiu-se que é imprescindível que se conceda a pessoas que se encontrem nessa condição especial de saúde o direito à tramitação processual prioritária, assegurando-lhes a entrega da prestação jurisdicional em tempo não apenas hábil, mas sob regime de prioridade, máxime quando o prognóstico denuncia alto grau de morbidez. Ficou consignado no voto condutor do julgado que:

Negar o direito subjetivo de tramitação prioritária do processo em que figura como parte uma pessoa com vírus acima descrito, seria, em última análise, suprimir, em relação a um ser humano, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente como um dos fundamentos balizadores do Estado Democrático de Direito que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1º, inc. III, da CF¹¹⁶.

Caracterizado, destarte, mais um passo na concretização da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁶ STJ-3ª Turma, REsp nº 1.026.099/DF, rel. Minª Nancy Andrighi, j. 17.04.08.

6.6. Casos representativos

Uma abordagem acerca das influências do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o Direito do Consumidor não poderia passar ao largo do importante papel que a jurisprudência pátria vem exercendo nesta seara. Por ser o Superior Tribunal de Justiça o órgão jurisdicional que concentra a revisão dos julgados advindos de todo o país e unifica os entendimentos sobre a legislação federal, entre a qual se incluem as normas consumeristas, um breve exame de seus principais precedentes nos dará um adequado panorama sobre o tema em análise.

Convém inicialmente trazer à colação exemplos em que a questão da dignidade da pessoa humana aflora de forma mais evidente. Esses casos estão ordinariamente relacionados a serviços públicos indispensáveis ao suprimento de um mínimo existencial.

Nesse sentido, há diversos precedentes relacionados ao fornecimento de água e energia elétrica. São comuns aos litígios em que um consumidor isoladamente ou uma municipalidade restam inadimplentes com suas contas de tais serviços públicos e, por isso, se deparam com o corte do fornecimento.

Após alguma discussão inicial, assentou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual “é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta”¹¹⁷. Essa conclusão está respaldada na premissa de que a generalização de inadimplementos pontuais, sem consequências jurídicas, põe em risco o interesse da própria coletividade na medida em que inviabiliza economicamente o serviço público.

Não obstante, alguns julgadores manifestam ressalvas expressas a este entendimento. O Ministro Luiz Fux, então integrante do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que:

O corte do fornecimento de serviços essenciais – água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e

¹¹⁷ STJ-1ª Seção, REsp nº 363.943/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.03.04.

afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. A Lei de Concessões estabelece que é possível o corte, considerado o interesse da coletividade., mas isso significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial, no direito brasileiro, incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, estaria incidindo sobre a própria pessoa¹¹⁸.

No mesmo sentido, o Ministro José Delgado reconheceu que:

Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de água e consistente na interrupção de seus serviços, em face de ausência de pagamento de fatura vencida. A água é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. Acrescente-se que o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. O direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza¹¹⁹.

Hipótese correlata diz respeito à prestação do serviço público de coleta de lixo. Diante da inércia de município, que efetuava apenas semanalmente a coleta de lixo residencial, comercial e hospitalar, o Ministério Público Estadual ajuizou ação requerendo que o serviço passasse a ser prestado diariamente para que o lixo não se acumulasse nas ruas, bem como nas portas, lixeiras e calçadas das residências. Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

A coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção ou, ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais¹²⁰.

Deve ser mencionada, ainda, a influência que o postulado da dignidade humana vem exercendo sobre os litígios que envolvem, de um lado, o Estado e, de outro, um cidadão portador de moléstia grave e que necessita de medicamento especial, não fornecido ordinariamente pelo sistema público de saúde.

¹¹⁸ STJ-1ª Turma, AgRg no REsp nº 873.174/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJ 17.09.07.

¹¹⁹ STJ-1ª Turma, REsp nº 822.090/RS, rel. Min. José Delgado, DJ 22.05.06.

¹²⁰ STJ-2ª Turma, REsp nº 722.781/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 20.09.05.

Ao solucionar aludidos litígios, o Superior Tribunal de Justiça tem asseverado que:

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde¹²¹.

Na mesma toada, a Corte decidiu que:

O Sistema Único de Saúde – SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio a maior, que é a garantia à vida digna¹²².

De forma mais explícita, em outra oportunidade foi asseverado que:

É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Não obstante o seqüestro de valores seja medida de natureza excepcional, a efetivação da tutela concedida no caso está relacionada à preservação da vida e da saúde do indivíduo, devendo ser privilegiada a proteção do bem maior que é a vida¹²³.

Além desses casos pontuais, que individualmente geram grande repercussão, vale mencionar que o Poder Judiciário vem afirmando cotidianamente a dignidade da pessoa humana ao julgar disputas que, apesar de não merecerem destaque isolado, ganham relevo por serem ajuizadas repetidas vezes, revelando tratar-se de pretensão manifestada por um número vasto de pessoas. À guisa de exemplo, temos a discussão sobre cobranças abusivas praticadas por instituições financeiras contra mutuários e correntistas, os danos decorrentes de atraso em serviço de transporte aéreo de passageiros, defeitos na prestação de serviços de telefonia fixa e móvel, questões relacionadas a erros médicos, entre outras. Em tais julgamentos, não se furta o Poder Judiciário de exercer seu papel garantidor dos direitos inerentes ao ser humano-consumidor, reconduzindo-o ao seu lugar de primazia no ordenamento jurídico.

¹²¹ STJ-1ª Turma, REsp nº 439.833/SP, rel. Min. Denise Arruda, DJ 24.04.06.

¹²² STJ-1ª Turma, AgRg no Ag nº 842.866/MT, rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.09.07.

¹²³ STJ-2ª Turma, REsp nº 656.838/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.06.05.

7. Função da reparação nos casos de dano social

7.1. Impactos da constitucionalização na responsabilidade civil

Conforme já delineado, o instituto da responsabilidade civil, por um longo período na história do Direito Privado, apresentou-se como o mecanismo a ser utilizado nos casos em que um cidadão, tendo praticado ato ilícito, é chamado a responder pelos danos causados a outrem.

O artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916 estabeleceu a responsabilidade fundada no ato ilícito como o *standart* da responsabilidade civil, seguindo a tradição já consagrada na sociedade moderna desde o Código Napoleônico, que por sua vez segue a tradição romana sobre o instituto. Trata-se, nesse caso, da chamada responsabilidade subjetiva, a qual trabalha com os seguintes pressupostos: a prática do ato ilícito, o dano dele decorrente, o nexos causal que liga ambos e a culpa *lato sensu* do agente, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo.

A responsabilidade subjetiva foi mantida no Código Civil de 2002, precisamente nos seus artigos 186, 187 e 927. O artigo 186 praticamente repete o texto do artigo 159 do Código Civil anterior, mantendo a sistemática. Contudo, conforme será visto adiante, a responsabilidade subjetiva passa a dividir espaço com a responsabilidade objetiva, dando origem ao sistema dualista de responsabilidade. Já o artigo 187 inova prevendo a figura do abuso do direito, que também será analisado oportunamente, e, por fim, o artigo 927 arremata imputando responsabilidade àqueles que praticarem o ato ilícito. A novidade em termos de responsabilidade no Código Civil de 2002 se encontra em três pontos: a) a responsabilidade civil com foco na pessoa humana, b) a responsabilidade objetiva e o alargamento das suas hipóteses e c) a responsabilidade civil com previsão legal para os casos em que ocorrer o abuso de direito.

7.2. Da responsabilidade civil com foco na pessoa humana

O Direito Civil, outrora focado necessariamente na relação jurídica, hoje se dirige às pessoas, pois sua nova tábua axiológica são os preceitos constitucionais. É correto pensar, portanto, que a responsabilidade civil segue essa tendência, devendo o jurista ampliar sua visão em relação à responsabilidade, que não pode ser vista apenas sob seu aspecto patrimonial.

Assim, a responsabilidade passa a ter papel especial no contexto da manutenção da dignidade da pessoa humana, na proteção das liberdades existenciais, no estabelecimento da igualdade substancial e na viabilidade da solidariedade nas relações econômicas e sociais. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes ensina que:

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares no instituto¹²⁴.

O princípio da solidariedade, aplicado à responsabilidade civil, transformou o instituto. A responsabilidade subjetiva, que anteriormente tinha o efeito moralizador como elemento marcante, agora perdeu espaço nas hipóteses de aplicação e mudou seu foco do comportamento do autor do dano para o prejuízo experimentado pela vítima. É preciso reafirmar que a responsabilidade subjetiva ainda precisa da culpa impregnada no ato ilícito para se fazer caracterizar, contudo a forma de analisar a culpa já não é realizada com tanta severidade quanto outrora. Diferentemente da lei penal, para quem a conduta do ofensor é nuclear, o grau de dolo ou culpa (que na responsabilidade civil não são diferenciados) no Direito Privado não é elemento que possa influenciar na decisão do valor da indenização.

Em relação à proteção da pessoa humana, é importante lembrar que o aspecto subjetivo da demanda em que se discute a responsabilidade civil é de grande relevância. Nas palavras de Daniel Arthur Quaresma da Costa:

¹²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 439.

Atualmente, a responsabilidade civil vem enfrentando *hard cases* cujos efeitos são impossíveis de serem ignorados. É o que ocorre quando os direitos fundamentais são lesados por um particular. Quando uma pessoa é lesada em sua dignidade, seja porque foi tratada de forma desigual em relação aos seus pares, seja porque teve sua liberdade existencial indevidamente limitada, seja porque foi marginalizada e excluída do meio social, em todos esses casos surge o dano extrapatrimonial. Também chamado de dano moral, o dano extrapatrimonial é de difícil liquidação, porque manifesta-se na desconsideração de valores constitucionais e existenciais, atingindo a dignidade humana. Dessa maneira, é impossível medir a extensão do dano extrapatrimonial¹²⁵.

No magistério de Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade não tem preço, e o dano moral é o dano à dignidade¹²⁶.

Como não há previsão no Código Civil para a indenização punitiva, presume-se, a princípio, que o dano moral não tem caráter punitivo, pois a análise da conduta do ofensor só autoriza a redução, jamais a majoração do *quantum* indenizatório. Nesse diapasão, é importante lembrar que a conduta do ofensor não foi de todo esquecida, já que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil permite a redução do valor da indenização em casos de culpa mínima.

Discute-se há muito tempo a possibilidade de aplicação dos chamados *punitive damages* no Brasil. Sobre o tema, acenando para o cabimento dos *punitive damages* nas relações consumeristas, disserta Daniel Arthur Quaresma da Costa:

Esse instituto de origem norte-americana tem raízes na análise econômica do direito, pois procura por meio do valor da indenização corrigir o comportamento do indivíduo, fazendo-o pelas vias econômicas. O seu fundamento é utilizar a capacidade econômica do ofensor como uma das medidas para fixação da indenização, e não o seu grau de culpa, o que deve ser diferenciado. Não é possível admitir os critérios dos *punitive damages* e do grau de culpa do ofensor nas relações civis, por ausência de previsão legal, mas tal assertiva não se espalha por todo o sistema de direito privado. Entre particulares que exercem amplamente sua autonomia privada negocial e existencial, onde não há desigualdade de posições, não há que se falar na aplicação dos *punitive damages*. Menos ainda quando o dano for patrimonial. Mas há considerações a serem feitas no direito consumerista. A regra geral do direito civil é levar em consideração as condições pessoais da vítima e a extensão do dano. Essa posição é bem razoável, desde que se considere que sua aplicação ocorra nas relações civis e entre pessoas que estejam em plenas condições

¹²⁵ COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano social nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 82.

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 439.

de igualdade em termos de autonomia privada. Tal fato se dá porque, quando uma das partes é vulnerável, a situação torna-se mais complexa¹²⁷.

De qualquer forma, a responsabilidade civil por dano moral apresenta-se como guardiã da dignidade humana nas relações privadas.

7.3. A responsabilidade objetiva e o alargamento das suas hipóteses

A solidariedade conduz a responsabilidade civil para socialização dos danos, razão pela qual o foco atualmente é a extensão do dano sofrido pela vítima. Nesse mesmo sentido, uma importante mudança ocorre nessa área civilista: a responsabilidade subjetiva, outrora a regra geral de responsabilidade, passa a dividir espaço com a responsabilidade objetiva, gerando o sistema dualista de responsabilidade.

A responsabilidade objetiva, além de ter suas hipóteses alargadas pela lei, ganhou uma cláusula geral de aplicação no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o qual determina que aquele cuja atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, deverá responder objetivamente pelo dano causado. Essa é uma grande inovação na responsabilidade civil, pois, anteriormente ao Código Civil de 2002, todas as hipóteses de responsabilidade objetiva eram tipificadas, não podendo ser presumidas.

Tal modalidade, advinda do final do século XIX, leva em conta o risco gerado pela atividade exercida pelo agente. Abandona-se a análise da conduta para considerar a atividade que expõe um número de pessoas a uma situação de lesão. Ocorrendo o dano, o agente responde independentemente da ocorrência de culpa ou de ato ilícito. O fator determinante é a relação entre a ocorrência do dano e o risco gerado pela atividade do sujeito. O dano poderá ser decorrente da prática de ato ilícito ou mesmo de ato lícito. Segue-se o postulado de que, quem

¹²⁷ COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano social nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 82.

aufero o bônus suporta o ônus. Aquele que se beneficia de atividade que põe em risco os demais, fica obrigado a reparar os danos caso o risco se concretize¹²⁸.

Destarte, a responsabilidade civil passa a ter dois sistemas que dividem o espaço jurídico no Direito Privado. Agora, ainda que se tenha em tela um caso não previsto em lei, se a atividade exercida pelo sujeito gera riscos, a responsabilidade a ser aplicada será a objetiva. Cumpre saber apenas dentro de quais parâmetros se deve decidir se a atividade exercida por certa pessoa é geradora de riscos ou não. São duas as teorias que circundam a análise do risco: a do risco-proveito e a do risco-criado.

A teoria do risco-proveito quer que a responsabilidade objetiva se aplique àqueles que, em busca de proveito econômico, gerem riscos à sociedade. São partidários dessa teoria Fábio Ulhoa Coelho e Sérgio Cavalieri Filho. Fábio Ulhoa Coelho rejeita a sucessão de atos ordenados em conjunto como elemento bastante para que o risco se caracterize. Para ele é preciso que a atividade normalmente desenvolvida seja “aquela em que for possível a socialização dos custos”¹²⁹. Já Sérgio Cavalieri Filho, após citar Caio Mário da Silva Pereira como o grande defensor da teoria do risco-criado, que será abaixo exposta, contrapõe-se à mesma, escrevendo:

Assim, parece-me lógico concluir que o objetivo do legislador foi estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abrangesse toda essa vasta área dos serviços, mormente se tivermos em conta que o Projeto do Novo Código Civil foi elaborado muito antes do Código do Consumidor, que posteriormente tratou da matéria no seu art. 14, no que concerne às relações de consumo¹³⁰.

Já a teoria do risco-criado pretende estender a responsabilidade objetiva a quaisquer pessoas cuja atividade seja geradora de risco, não importando se com isso busca-se o proveito econômico. Afirma-se que o artigo 927 do Código Civil utiliza apenas expressão “atividade” e não “atividade econômica”. Nessa corrente encontram-se Caio Mário da Silva Pereira – conforme já exposto –, Miguel Reale e Carlos Roberto Gonçalves. Este último, após citar Miguel Reale em sua obra, harmoniza seu posicionamento ao dele ao afirmar:

A inovação constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil é significativa e representa, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua

¹²⁸ COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano social nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 83.

¹²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 349.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183.

natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável¹³¹.

Se a atividade exercida pela pessoa criar riscos para a sociedade, haverá a responsabilidade objetiva. Essa última teoria parece ser a mais adequada não só porque a letra da lei não restringe a sua aplicação à atividade econômica, mas também porque a atividade empresarial já está há muito tempo sob a sombra da responsabilidade fundada no risco. Ademais, o Código Civil já traz um artigo direcionado à atividade empresarial.

Resta apenas saber quais critérios serão utilizados para se saber quando a atividade em questão será qualificada como atividade geradora de riscos. O risco não pode ser elemento natural de cotidiano, como conduzir automóveis, por exemplo. A rigor, o risco surge de atividades ousadas, do empreendedorismo.

Apesar de a cláusula geral de responsabilidade objetiva representar um novo paradigma no Direito Civil, no cenário empresarial a novidade só veio mesmo a confirmar uma tendência que há muito se manifesta. Afinal, a responsabilidade do empresário já é objetiva em várias hipóteses, como nas relações consumeristas, na proteção do meio ambiente e nas relações concorrenciais. Uma das poucas hipóteses em que a responsabilidade do empresário ainda poderia ser medida nos termos do ato ilícito diz respeito às relações interempresariais. Ocorre que o Código Civil de 2002, por meio do artigo 931, inverteu definitivamente a antiga tradição na seara da responsabilidade empresarial, estabelecendo a responsabilidade objetiva como regra geral no âmbito das relações empresariais, deixando a responsabilidade subjetiva apenas para os casos previstos em lei. Trata-se também de cláusula geral no âmbito das relações empresariais, reforçando a diretriz já traçada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil¹³².

Muitos poderiam afirmar que não há novidade nenhuma nos dispositivos legais, já que o Código de Defesa do Consumidor há muito estabeleceu a responsabilidade objetiva do empresário para os produtos e serviços postos em circulação. Ocorre que o artigo 931 do Código Civil é mais abrangente que a Lei nº 8.078/1990 na medida em que ultrapassa a hipótese de incidência desta lei, alcançando as relações que não são de consumo.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

¹³² COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano social nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 84.

7.4. Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: diálogo

As relações entre iguais são, em regra, reguladas pelo Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor, a seu turno, regula uma outra categoria de relações. São as relações de consumo, onde uma das partes – o consumidor – é consideravelmente vulnerável à vontade da outra parte – o fornecedor.

No sistema de responsabilidade consumerista é preciso considerar conjuntos normativos diversos para se chegar a uma aplicação adequada das regras. Incidem os ditames dos direitos fundamentais e seus princípios, as normas específicas de responsabilidade consumerista e, para preencher as lacunas, aplicar o Código Civil. Acompanhando as lições hermenêuticas de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a interpretação adequada do sistema jurídico consumerista deve partir da Constituição Federal até chegar à Lei nº 8.078/1990 - não o inverso. Parte-se primeiro da Constituição Federal; este é o ponto de partida¹³³. Por meio deste método dedutivo é que se torna possível ir interpretando a constitucionalidade das normas infraconstitucionais a serem analisadas.

Com a utilização deste método vislumbra-se a defesa do consumidor em duas passagens fundamentais no texto constitucional. Primeiro como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII. Ali a norma constitucional determina que o Estado tem o dever positivo de “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Apesar de, à primeira vista, o texto aparentar uma norma programática, importante salientar que a norma é auto-aplicável. O Estado aí deve ser compreendido como as três esferas de poder – Executivo, Legislativo e Judiciário –, que deverão promover a defesa do consumidor. A expressão “na forma da lei” também não se restringe apenas ao Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal determina que o Estado, lançando mão do sistema jurídico, protegerá o consumidor. Vale dizer: mesmo que não existisse a Lei nº 8.078/1990, ainda assim o Estado teria que proteger o consumidor fazendo uso das fontes do sistema jurídico. Também o artigo 170, inciso V, ao ditar os princípios a serem observados para o funcionamento da atividade econômica, elege a defesa do consumidor como condição a ser observada no exercício da livre iniciativa. Nesse ponto, importante lembrar que é

¹³³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

este mesmo artigo 170 da Constituição Federal que estabelece a função social da empresa. Vale lembrar, nesse diapasão, as lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Bartholo, os quais pontuam que a função social da empresa possui duas áreas de incidência: uma endógena e outra exógena¹³⁴. A exógena, que interessa para o momento, engloba os interesses dos concorrentes, dos consumidores e do meio ambiente. Também se trata de normas constitucionais de aplicação imediata, consolidando a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e estabelecendo definitivamente a função social da empresa¹³⁵. Contudo, é importante ressaltar que os autores citados acima chamam a atenção para a necessidade de sanções que garantam a observância dos princípios constitucionais previstos no artigo 170¹³⁶. Nesse sentido, ambos advertem:

Além da existência dessas divergências entre os juristas, também se recorre ao argumento de que os poucos dispositivos usualmente referenciados nesse tema, como o artigo 170 da Constituição Federal, não correspondem às devidas sanções capazes de garantir o respeito ao previsto nessa normativa. No entanto, considerando-se as possibilidades de aplicação direta da normativa constitucional nas relações privadas, com a Carta Maior como centro do ordenamento, e de aplicação de determinados instrumentos jurídicos existentes, como a responsabilidade civil, seria possível esboçar uma embrionária solução para o impasse¹³⁷.

Todo o ordenamento jurídico, no que se refere à relação consumerista, deve ser interpretado teleologicamente de forma a assegurar a proteção do consumidor, por razões constitucionais. É claro que a lei infraconstitucional também traz essa mesma diretriz. É o que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, que é uma extensão do direito fundamental de proteção ao consumidor. É uma das (pode haver várias outras) formas de proteger o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei centralizadora, que chama para si a proteção do mercado saudável e a proteção do consumidor. Para isso traz em seu texto princípios e cláusulas gerais que orientam o jurista na interpretação da norma, fazendo-o buscar a tutela do vulnerável.

¹³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno. Rio de Janeiro: Grupo de pesquisa da UERJ e CNPq-UGF, 26p. Não Publicado. p. 19.

¹³⁵ Os autores afirmam que a função social da empresa possui duas áreas de incidência: uma endógena e outra exógena. A primeira compreende os agentes internos da empresa, como as relações trabalhistas e as relações societárias entre administrador, sócio controlador e sócios minoritários. As exógenas, por sua vez, compreendem, como dito acima, a proteção do consumidor, do meio ambiente e a concorrência leal.

¹³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno. Rio de Janeiro: Grupo de pesquisa da UERJ e CNPq-UGF, 26p. Não Publicado. p. 20.

¹³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno. Rio de Janeiro: Grupo de pesquisa da UERJ e CNPq-UGF, 26p. Não Publicado. p. 20.

Estes princípios são manifestações das normas constitucionais. É o que se pode verificar no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Levando em consideração essa função centralizadora do aludido diploma legal para a proteção do vulnerável no mercado de consumo, bem como a pluralidade de leis existentes em um ambiente que inevitavelmente caminha para a descodificação, Cláudia Lima Marques apresenta a sua teoria do diálogo das fontes. A autora afirma que o jurista deve fazer com que o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Constituição Federal dialoguem nas demandas específicas procurando em seus textos sempre a forma mais eficaz de proteção ao consumidor¹³⁸. Desse exercício de interpretação seria possível atender aos princípios constitucionais e consumeristas, fazendo com que o Código de Defesa do Consumidor atinja seu objetivo constitucional.

Consolidando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, decidiu que os princípios constitucionais da atividade econômica devem ser interpretados sempre visando ao objetivo de se preservar a dignidade humana e a promoção da justiça social. Segundo o voto condutor:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros¹³⁹.

Toda lei infraconstitucional que vier a promover a defesa do consumidor será de índole constitucional. Da mesma forma, toda lei que vier a prejudicar o consumidor, afastando a incidência do Código de Defesa do Consumidor, terá sua constitucionalidade comprometida, pois não corresponderá aos objetivos e fundamentos da República e não promoverá a eficácia direta dos direitos fundamentais (dentre os quais a proteção do consumidor). Mesmo sendo lei especial posterior, Cláudia Lima Marques afirma que sua aplicação deverá se adequar às normas e princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, sob pena de incompatibilidade com o sistema constitucional e consumerista:

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 599.

¹³⁹ STF-Pleno, ADIN nº 319, rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.93.

Em outras palavras, uma lei especial nova não tem o condão de afastar a incidência do CDC sobre estes determinados contratos de consumo. A lei especial nova regula a relação de consumo especial no que positiva e o CDC continua a regulá-la de forma genérica e em todos os pontos não abrangidos pela lei nova. Repita-se, pois, que no mais das vezes, a lei especial posterior se integra ao espírito da lei geral anterior, ainda mais no caso em estudo, de o CDC atuar como “lei geral de proteção dos consumidores”, uma vez que representa ordem pública e constitucional nacional. A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes (art. 2º. da LICC), normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade¹⁴⁰.

Nesse sentido, é possível fazer uso de algumas regras do Código Civil, no caso em questão a respeito do abuso de direito e da responsabilidade civil, com a finalidade de manter o mercado saudável, beneficiando os bons fornecedores e protegendo os consumidores. A respeito desse assunto, Cláudia Lima Marques elucida:

Transpondo esta inversão da lógica para o momento atual, o ideal é não mais perguntar somente qual o campo de aplicação do novo Código Civil de 2002, quais seus limites, qual o campo de aplicação do CDC e quais seus limites, mas visualizar que a relação jurídica de consumo é civil e é especial para proteger o sujeito de direito, sujeito de direitos fundamentais, o consumidor. Nesta ótica, ambas as leis se aplicam à mesma relação jurídica de consumo e colaboram com a mesma finalidade, concorrendo, dialogando, protegendo, com luzes e eficácias diferentes, caso a caso, mas com uma mesma finalidade, a de cumprir o mandamento constitucional. Neste sentido, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base ao CDC e o ajuda, e, se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º. do CDC), mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco¹⁴¹.

A relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil é tão complementar que Gustavo Tepedino, escrevendo sobre o tema, sustentou que o inverso também é verdadeiro. Logo, pode-se utilizar a Lei nº 8.078/1990 para auxiliar o Código Civil também:

Entretanto, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 599.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 600.

realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas¹⁴².

7.5. Eticidade e abuso do direito nas relações de consumo

A eticidade nas relações privadas é um princípio que foi definitivamente incrustado no sistema infraconstitucional com a instituição do Código de Defesa do Consumidor. Sua manifestação se dá em várias passagens desta lei, notadamente no artigo 4º, inciso III.

Este artigo, ao apresentar os princípios que deverão orientar as relações entre fornecedores e consumidores, elege a boa-fé como um de seus fundamentos. Esta boa-fé só pode ser a boa-fé objetiva, já que, posteriormente, em outras passagens, o legislador exige do fornecedor uma conduta coerente, e não apenas o *animus*. Essa exigência se torna transparente quando se observa as passagens em que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a prática do ato abusivo. Esta proibição se faz presente nos artigos 6º, inciso IV; 28; 37; 39; 51; 60 e 67 do diploma legal em tela. Em todos esses casos, a lei consumerista determina um modelo de conduta esperado do fornecedor nas práticas empresariais, na veiculação da publicidade, na elaboração das cláusulas contratuais e na execução dos contratos.

O Código Civil, seguindo esta tendência, traz também o seu artigo 187, cujo texto afirma que aquele que, no exercício de seus direitos, exceder os limites impostos pela boa-fé e bons costumes, pelos fins econômicos ou sociais, comete ato ilícito. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro afirma que os princípios da eticidade e socialidade se fazem presentes no artigo citado¹⁴³. Há, portanto, uma íntima relação entre a boa-fé objetiva e o abuso de direito. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald confirmam tal assertiva:

O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 233.

¹⁴³ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O Abuso de Direito e a Justiça Social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). O Código Civil e sua Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 367.

padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar. Conforme a lição de Teresa Negreiros, boa-fé e abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas¹⁴⁴.

Reforçando a tese de que a boa-fé que serve de medida para a constatação do abuso de direito é a objetiva, encontra-se a lição de José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, que, comentando o ato abusivo previsto no Código Civil, afirma:

Dessa forma, vislumbramos como trabalho do operador do direito a identificação dos excessos dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito em questão. E não há dúvida que a boa-fé mencionada no art. 187 é a objetiva, ou seja, aquela idéia de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, esperada nas circunstâncias do caso¹⁴⁵.

O primeiro parâmetro para se constatar a ocorrência de abuso do direito é, portanto, a observância ou não da boa-fé objetiva. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não define o abuso do direito.

Contudo, conforme já se demonstrou acima, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor devem dialogar para que a proteção do consumidor se torne real. Ou seja, ainda que o fornecedor abuse de direitos não mencionados no Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil ampliou a aplicação do instituto. A boa-fé é exigida em todas as relações consumeristas, sem exceção. Pela mesma razão, onde não houver boa-fé, haverá abuso. Coerente com o entendimento exposto acima, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 250.523-SP, associa o abuso do direito à ausência de boa-fé objetiva na conduta das instituições financeiras que se apropriam de um erário destinado ao pagamento de salários:

Age com abuso de direito e viola a boa-fé objetiva o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados¹⁴⁶.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 509.

¹⁴⁵ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O Abuso de Direito e a Justiça Social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 367.

¹⁴⁶ STJ-4ª T., REsp nº 250.523-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.10.00, DJ 18.12.00.

No Código Civil, o abuso do direito está inserido no título que trata dos atos ilícitos. Ao lado da culpa, portanto, haveria o abuso do direito como espécie do gênero atos ilícitos. Este fato leva ao seguinte questionamento: será preciso verificar a existência de culpa na prática do ato abusivo para que o mesmo seja assim reconhecido? Essa é uma questão controvertida, já que há doutrinadores que sequer admitem o abuso de direito como ato ilícito. Fábio Ulhoa Coelho expõe a controvérsia aduzindo que a teoria do abuso do direito, em sua trajetória, apresenta duas formulações distintas:

De um lado, a concepção designada subjetiva, que reputa abusivo o exercício do direito com a intenção única de provocar danos a outras pessoas, sem proveito ao titular. Essa concepção está mais próxima da figura do ato emulativo do direito romano. De outro, a designada objetiva, que não se ocupa das intenções do sujeito e considera ilícito o exercício do direito sem a observância de sua finalidade econômica e social ou da moral. Na primeira corrente, os limites ao exercício do direito são fixados pela intenção do titular, que não pode ser senão a de satisfazer interesse legítimo; o abuso se caracteriza pela emulação, pela vontade de prejudicar. Na segunda, são dados pela finalidade econômica e social do direito exercido e pelos preceitos da moral; abusa quem, ao exercê-lo, desvia sua finalidade ou desconsidera regras éticas de convivência em sociedade.

Por haver ainda controvérsia em relação as suas origens, a doutrina brasileira tem debatido o tema em duas frentes. Na primeira, se o abuso de direito é ato ilícito; na segunda, se o abuso é ato ilícito, mas caracterizado por critérios objetivos, prescindindo da constatação de culpa. Afirmando pela descaracterização do abuso do direito como ato ilícito, encontra-se José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro:

A confusão do abuso do direito e do ato ilícito se deve porque suas conseqüências são assemelhadas. Porém, se, de fato, considerarmos o abuso do direito como ato ilícito, a redação do artigo 187 não teria sentido, uma vez que a regra do art. 186 seria suficiente para enquadrar todas as hipóteses¹⁴⁷.

O entendimento do autor acima citado se dá em razão de a doutrina atual diferenciar o ato ilícito do abuso de direito porque este último dispensa a ocorrência de conduta culposa por parte do agente que abusa de seu direito. Basta que o ato praticado exceda os seus limites éticos, econômicos ou sociais.

¹⁴⁷ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O Abuso de Direito e a Justiça Social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 368.

Por essa razão, o Código Civil teria incluído o abuso de direito em um gênero inadequado, pois o ato ilícito tem por característica nuclear o comportamento culposo do sujeito. Sobre o tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz:

Contudo, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito, o legislador contrariou a doutrina mais moderna do abuso do direito, que não exige que o agente infrinja culposamente um dever preexistente para que haja a obrigação de indenizar o dano causado. A idéia é de ato antijurídico ou, de maneira mais específica, da nomenclatura de ato abusivo. A diferença entre o ato ilícito e o ato abusivo vem sendo apontada na doutrina de maneira tranqüila. Enquanto no ato ilícito o agente viola frontal e diretamente o comando legal que previa a conduta que deveria ser tomada, no ato abusivo há o exercício de direito aparentemente pelo titular com violação dos valores que justificam o reconhecimento e proteção deste direito pelo ordenamento jurídico em vigor¹⁴⁸.

Apesar da confusão criada pela localização do instituto no Código Civil, muitos doutrinadores acabaram por admitir o abuso do direito como espécie de ato ilícito que não necessita do elemento culpa para ser caracterizado. Dentre estes, encontram-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴⁹, Carlos Roberto Gonçalves¹⁵⁰ e Fábio Ulhoa Coelho¹⁵¹.

É de se destacar, ainda, a exposição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, que afirmam:

Conceituando-se a ilicitude como relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica, é possível crer que o abuso do direito também seja um ato ilícito, pois nas hipóteses dos arts. 186 e 187 há uma atuação sem direito. Todavia, tal fato não elimina a autonomia dogmática dos dois institutos. Percebemos que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. Aqui haverá uma heteronomia na criação do direito: de um lado, o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica¹⁵².

O abuso do direito seria, portanto, espécie diversa de ato ilícito, na medida em que não necessita da verificação da culpa individual para ser caracterizado. Trata-se de conduta moralmente imputável ao sujeito. Sua consequência é o prejuízo social, razão pela qual não raras

¹⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 197.

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 447.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 463.

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 349.

¹⁵² RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O Abuso de Direito e a Justiça Social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 367.

serão as vezes em que sua repercussão e gravidade se apresentarão maiores e mais graves que aquelas decorrentes do ato ilícito subjetivo.

No campo do direito consumerista, a prática abusiva fere a ordem pública, nos termos dos artigos 1º e 4º do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor afirma expressamente que a Lei nº 8.078/1990 é de ordem pública, enquanto o artigo 4º, inciso III, elege a boa-fé objetiva como princípio que deverá reger as relações de consumo. Detectado o ato abusivo, o juiz poderá declará-lo *ex officio* caso nenhuma das partes ou o Ministério Público se manifestem a respeito. A sanção, por ausência de previsão genérica, será a que possa equilibrar a relação e manter a ordem pública. Poderá ser a revisão de cláusulas abusivas, a nulidade das mesmas, a veiculação de contrapropaganda nos casos de publicidade abusiva ou mesmo o dever de indenizar.

Em relação a esta última possibilidade, há de se ressaltar que o critério para se determinar a responsabilidade por abuso do direito no sistema consumerista será o da responsabilidade objetiva. Basta verificar se há nexos entre o dano sofrido e o ato abusivo. Relevante lembrar que, para o caso, até a verificação da boa-fé se dá em critérios objetivos. Reforçando o argumento, é preciso lembrar também que, antes mesmo do Código Civil incluir o ato abusivo no rol dos atos ilícitos, o Código de Defesa do Consumidor já trazia várias hipóteses (todas elas exemplificativas) de abuso de direito em seu texto, às quais a responsabilidade objetiva tem aplicação.

7.6. O dano decorrente do abuso do direito no ambiente de consumo: o dano social

A responsabilidade civil é o principal instituto de Direito Privado a ser utilizado para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais do artigo 170 da Constituição Federal e dos objetivos do Código Civil. Para isso, deve-se lançar mão das cláusulas gerais não só do Código de Defesa do Consumidor, mas também do Código Civil, que hoje constitui igualmente um sistema aberto por meio do qual os valores constitucionais devem se infiltrar nas relações privadas.

A questão que se coloca agora é como fazer com que a responsabilidade civil funcione como elemento que venha a garantir a boa-fé nas relações consumeristas, de modo a proteger a dignidade humana do consumidor. No Direito brasileiro atual os direitos fundamentais têm eficácia imediata nas relações privadas. Ainda que assim não fosse, o sistema aberto e repleto de cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor somado ao sistema de características semelhantes do Código Civil admitiriam perfeitamente que as normas constitucionais atingissem as relações de consumo. Nessa sistemática, que parte da interpretação de normas constitucionais até chegar às relações consumeristas, o valor máximo a ser protegido é a dignidade humana, e esta, quando lesada, não pode ser reconstituída. Quando a dignidade humana é atingida, o dano que daí decorre é de natureza extrapatrimonial.

Assim, para protegê-la contra abusos praticados pelos fornecedores, é preciso utilizar um sistema adequado, e a indenização por dano moral parece se encaixar bem nessa tarefa. O dano moral não se resume apenas ao sofrimento interior experimentado pelas vítimas. Pode ser que o mesmo se apresente como sofrimento humano, mas não se pode esquecer que há vítimas de dano moral que, por uma ou outra razão, jamais apresentarão o sofrimento íntimo. É o caso, por exemplo, das pessoas jurídicas, das pessoas sem discernimento, dos nascituros ou ainda das coletividades compostas por facções na sociedade.

Cumprir alinhar que o consumidor, em relação ao fornecedor, é vulnerável nos mais variados aspectos. Essa vulnerabilidade se manifesta não só no plano da autonomia vista no âmbito das liberdades econômicas, mas também na égide das liberdades existenciais. Isso porque hodiernamente não se pode desconsiderar a necessidade contínua de se consumir determinados bens sem os quais não é possível viver. A título ilustrativo, registre-se que, no julgamento do Recurso Especial nº 617.588/SP, o então integrante do Superior Tribunal de Justiça Ministro Luiz Fux mencionou que “em determinados casos, o corte de energia ou de fornecimento por inadimplência, faz recair a responsabilidade por dívida na pessoa e não em seu patrimônio”¹⁵³.

Podem também ser verificados abuso e desequilíbrio na relação de consumo na hipótese analisada pelo Recurso Especial 234.219/SP, quando uma prestadora de seguro saúde, sem ter feito exame clínico prévio no segurado, se recusou a prestar assistência ao mesmo alegando

¹⁵³ STJ-1ª Turma, REsp nº 617.588/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.04.04. DJ 31.05.04.

doença preexistente. No voto condutor foi asseverado que a obrigação do exame prévio era da seguradora, cabendo a ela arcar com os ônus de sua inoperância. Não se poderia presumir a má-fé do consumidor em um campo onde o mesmo é flagrantemente vulnerável¹⁵⁴.

Há também o evento examinado pelo Recurso Especial nº 343.698/SP, onde o consumidor, tendo sofrido um assalto e levado um tiro no tórax, foi hospitalizado. Por conta da internação, não pôde o consumidor pagar pontualmente o plano de saúde, que imediatamente suspendeu os efeitos do contrato de seguro-saúde. A conduta da operadora foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁵. Por força de situações análogas à narrada, a Corte editou a súmula 302, que proíbe que os planos de saúde limitem os dias de internação em seus contratos.

Todos os julgados alhures citados prestam-se para elucidar algumas hipóteses em que o fornecedor, por meio de atos abusivos, atua em detrimento do consumidor. Em todas as situações narradas há violação ao princípio da boa-fé objetiva, eis que são exemplos de atitudes contrárias à conduta esperada nos padrões éticos. A consequência advinda das práticas acima citadas é sempre a mesma: lesão à dignidade humana e configuração de dano moral.

É importante se ter ciência de que tais situações não são meros casos isolados. Os fornecedores atuam no mercado com diretrizes padronizadas, sendo que, se determinada cláusula contratual lesa um consumidor por abusiva, há probabilidade de que outros vivenciem evento idêntico. A prática de atos abusivos e suas consequências lesivas no direito consumerista têm por característica se alastrar na sociedade, espalhando seus efeitos nefastos. É por essa razão que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública.

Se, por exemplo, uma empresa aérea vende mais passagens que assentos disponíveis no mesmo voo, ela dificilmente o faz esporadicamente e em casos isolados. Da mesma forma, se o sistema de inscrição de nomes de devedores nos serviços de proteção ao crédito mantido pelas empresas não funciona corretamente e, por isso, mantém ou inclui o nome de quem não deve em seus quadros, esse evento não atinge uma ou outra pessoa isoladamente. Na mesma linha, sabe-se que dificilmente apenas uma instituição financeira, em um caso episódico, incluiria no contrato de adesão de um de seus clientes uma cláusula que permite a ela reter o valor

¹⁵⁴ STJ-4ª Turma, REsp nº 234.219/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.05.01. DJ 20.08.01.

¹⁵⁵ STJ-1ª Turma, REsp nº 343.698/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 05.12.02. DJ 24.03.03.

correspondente ao salário do mesmo para fins de pagar um financiamento contratado entre os dois. Ainda que seja um ou outro caso isolado que chegue às portas do Poder Judiciário, o jurista não pode ignorar que a prática, por ser padronizada, tem efeitos muito maiores que os que se apresentam na demanda específica. É preciso desestimular as práticas abusivas.

Os motivos para a ocorrência dessa prática são puramente econômicos. Os fornecedores procuram o caminho da eficiência máxima dos recursos financeiros. Se for mais rentável permitir que o dano se ocasione, o ato abusivo se instalará. Caberá ao Poder Judiciário combater as razões econômicas do abuso do direito, ajustando a conduta do empresário a sua função social e aos princípios condicionadores de sua atividade, nos termos constitucionais.

Verificam-se na hipótese duas espécies de dano. Uma experimentada pessoalmente pela vítima e outra, de repercussão mais social. Cada caso particular que apresenta a prática de ato abusivo por parte do fornecedor em detrimento do consumidor traz em si um sinal de que outros tantos estão também sendo lesados. Conforme já mencionado, as ações dos fornecedores são padronizadas, e não personalizadas. Quanto maior e mais abrangente for a atividade do fornecedor, maior ainda será a padronização de suas atividades.

Nesse ponto, cabe ao Direito influenciar nos acontecimentos econômicos e sociais, lançando mão das normas do ordenamento jurídico com o escopo de proteger os direitos fundamentais nas relações de consumo. Para essa outra face do dano moral, cuja dimensão se dá em caráter mais social e solidário, adotar-se-á a nomenclatura criada por Antônio Junqueira de Azevedo: o dano social¹⁵⁶. Essa categoria de dano, quando configurada, cria a necessidade de se atribuir à indenização uma parcela extra de valor monetário, cunhada no efeito punitivo e preventivo da indenização.

¹⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370.

7.7. O efeito punitivo da indenização por dano social

Não se deve admitir como regra que a indenização tenha efeito punitivo, pois devido às novas tendências da responsabilidade civil, que paulatinamente vem se socializando, cada vez mais a conduta dos sujeitos tem menor relevância. Dá-se um maior destaque ao evento danoso e sua vítima.

Hodiernamente, tem-se notado uma necessidade de se retomar o debate a respeito da pena privada, haja vista que, nos casos de dano social, o instrumento meramente ressarcitório tem se mostrado ineficaz. Antônio Junqueira de Azevedo disserta sobre as penas privadas, lembrando o leitor de que “não é verdade que o direito civil não puna”¹⁵⁷. Em seguida, lembra alguns exemplos, como o do herdeiro que sonega bens da herança (artigo 1.992 do Código Civil), cuja penalidade corresponde à perda dos direitos que tinha sobre eles. Já Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber mencionam que, apesar de a norma constitucional e o Código Civil serem omissos quanto à possibilidade de se atribuir um efeito punitivo às indenizações por dano moral, outras leis mais antigas, como a de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), empregam quatro critérios no arbitramento do dano moral, que são “(i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; (iv) a capacidade econômica do ofensor”¹⁵⁸. De todos os critérios mencionados, apenas um não tem caráter punitivo. Mesmo assim, os autores, em seu artigo, deixam claro que a melhor doutrina deve considerar como base para a fixação da indenização as condições pessoais da vítima, desconsiderando tais aspectos punitivos.

Pela restituição dos efeitos punitivos ao dano moral, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que:

O criticável na tese punitiva dentro desta matéria foi que pretendia ser excludente com relação a uma finalidade reparatória, e restritiva, ao permitir somente alguns casos específicos de ressarcimento. Consolidada a tese ressarcitória, revaloriza-se

¹⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520.

progressivamente a possibilidade de utilizar a indenização como pena, recorrendo-se à tese anglo-saxônica do dano punitivo¹⁵⁹.

O fato é que os problemas relativos à sociedade moderna, em especial na área consumerista, faz com que a sociedade exija uma solução adequada do Direito; que deve se adaptar. Elucidando ainda mais a questão, surge o comentário de Judith Martins-Costa:

Quando, no Direito, certo instituto é refuncionalizado para atender a novas necessidades ou a circunstâncias que, mesmo existentes, não eram consideradas dignas de tutela, é preciso que a doutrina não se aferre a dogmas que bem vestiam tão-só a função antiga. É precisamente o que ocorre com a insistência de atribuir-se à responsabilidade civil, como se integrasse à sua própria natureza, um caráter estritamente reparatório, sem nenhum elemento de punição ou de exemplaridade¹⁶⁰.

Antônio Junqueira de Azevedo, ao dissertar sobre o dano social, aduz que o Direito Civil possui penas explícitas e implícitas¹⁶¹.

As explícitas, previstas em lei, podem ser encontradas em passagens como o artigo 940 do Código Civil, que determina que o credor que demanda por dívida já paga será obrigado a restituir ao devedor o valor dobrado do que houver sido cobrado. Aliás, essa é uma determinação que encontra correspondente no Código de Defesa do Consumidor, que, no parágrafo único do artigo 42, determina a mesma sanção ao fornecedor que cobrar quantia indevida do consumidor.

Há também as penas civis implícitas, que, nos dizeres daquele autor, “são tão comuns na vida civil que o caráter penal de certas disposições passam despercebido”¹⁶². Segundo ele:

O devedor em mora responde não apenas pelas conseqüências dessa situação (perdas e danos), mas também arca com eventual impossibilidade da prestação resultante de caso fortuito ou força maior (*perpetuatio obligationis* – há, pois, agravamento da situação resultante da mora, que é ilícito contratual, art. 339). Situação semelhante se encontra no art. 667 e seu § 1º, quando o procurador substabelece seus poderes, apesar da proibição do mandante. Não prosseguiremos com os exemplos para não cansar o leitor. A pena no

¹⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 458.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa e a Natureza da sua Reparação*. In *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 440.

¹⁶¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

¹⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 372.

direito civil, como se percebe dos casos citados, não exige a tipicidade própria do direito penal¹⁶³.

No Direito Privado as determinações oriundas das cláusulas gerais podem resultar em espécie de pena também. É o que ocorre no caso em análise, quando se tem em pauta a relação entre abuso do direito e responsabilidade civil nas relações de consumo. Importante ainda afirmar que, mesmo Maria Celina Bodin de Moraes, uma das maiores defensoras da inaplicabilidade dos danos punitivos no Direito brasileiro, faz ressalvas em relação a essa diretriz justamente quando analisa o caso que aqui se expõe:

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido¹⁶⁴.

Atualmente, apesar da importância de se prever um aspecto punitivo para a indenização por dano moral, infelizmente o legislador tem-se mostrado resistente à necessidade social da aplicação dos *punitive damages*. É o que se pode observar através do insucesso do projeto apresentado pelo deputado Ricardo Fiúza, quando se pretendeu acrescentar um novo parágrafo ao artigo 944 do Código Civil, o qual determinava que a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. O projeto de lei nº 6.960/2002 não vingou. Apesar dos argumentos contrários a sua aprovação, dentre os quais o de que o juiz passaria a ter um poder desproporcional em mãos, a aprovação da lei daria fim à celeuma. Ademais, conforme lembra Vítor Moraes de Andrade, citando Osny Claro:

Diante da multiplicidade e da complexidade das relações estabelecidas no convívio social, é impossível enumerar, previamente, todas as condutas omissivas ou comissivas

¹⁶³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). O Código Civil e sua Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

¹⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Vários Autores. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67.

revestidas de potencial a gerar algum dano moral e correspondente obrigação de indenizar¹⁶⁵.

É de se notar que o Poder Judiciário está perfeitamente equipado de pessoas e estrutura capacitadas para aplicar a indenização punitiva. Para os casos desviantes, há o duplo grau de jurisdição.

Nas relações de consumo o aspecto punitivo do dano social é fundamental. O motivo que movimenta alguns fornecedores à prática do ato abusivo que enseja o dano social é econômico. Enquanto o custo das consequências das práticas abusivas for menor que o custo de providências que tenham por objetivo sanar a estrutura que dá origem ao dano social, o problema persistirá. Pode-se dizer que o raciocínio gira em torno de opções econômicas em busca do menor custo. O que é mais barato: manter o nome de alguns consumidores indevidamente nos cadastros de proteção ao crédito ou gastar com um serviço de controle de registro eficiente? Praticar *overbooking* e pagar algumas poucas indenizações ou deixar de lucrar com essas vendas e gastar com um controle eficiente de número de passagens vendidas? Suspender o plano de saúde quando os dias de internação ultrapassarem o permitido na cláusula abusiva do contrato ou manter o segurado dentro do plano pelo tempo necessário? Cobrar as dívidas do fornecimento de energia elétrica de forma humana e adequada ou ameaçar o bem estar e a saúde do consumidor? Executar um contrato de financiamento ou descontar os valores a ele referentes do salário do servidor em conta-corrente? Dificultar o encerramento de uma linha de telefone, *internet* ou serviço de cartão de crédito obrigando o consumidor a manter o serviço ou gastar com postos de atendimento personalizados para que as pessoas possam exercer sua autonomia privada? Em todos esses casos, a opção pelo dano causado aos consumidores tem se mostrado mais lucrativa. Basta observar a frequência com que elas se apresentam no Poder Judiciário e mesmo a quantidade de reclamações padronizadas existentes no PROCON. Tudo isso tem apenas e somente uma razão: do ponto de vista econômico, vale a pena pagar pelas indenizações¹⁶⁶.

¹⁶⁵ ANDRADE, Vítor Morais de. *A condenação por dano moral e sua função de desestímulo*. In NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 82.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 373.

Em geral as situações acima demonstradas geram indenizações baixas perto do custo de se manter um serviço adequado e respeitoso à dignidade humana. Cabe ao Poder Judiciário não analisar cada caso apenas em seu universo particular, mas enxergá-lo como uma pequena amostra de um todo muito mais abrangente. É preciso considerar que a maioria dos consumidores sequer vai ao Poder Judiciário, pelas mais diversas razões.

O Poder Judiciário não poderá ignorar a existência do problema econômico-social. É preciso garantir a eficácia da proteção ao consumidor, ainda que muitos deles não procurem o Estado-Juiz. Na maioria dos casos uma decisão já influencia o mercado. É dever do Poder Judiciário, enquanto órgão estatal, promover também a defesa do consumidor, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. O mercado de consumo deve ser fundado na boa-fé objetiva, e não no proveito econômico extraído de atos abusivos. Deve-se, por meio da indenização punitiva, conduzir o autor do dano social a adequar-se aos preceitos constitucionais do artigo 170, sob pena de, em última instância, ser retirado do mercado.

Há regras claras e objetivas - de ordem constitucional e derivadas da Constituição Federal, presentes no Código de Defesa do Consumidor - para se exercer atividade empresarial no mercado de consumo. Não é possível ignorar que o empresário, enquanto agente econômico, leve em conta o custo do Direito em suas atividades. Por isso mesmo, este mesmo Direito é que deve influenciar a atividade empresarial, nem que seja demonstrando seu peso econômico. Em matéria de relação de consumo, não se pode fechar os olhos para o fato de que a sanção mais adequada neste sistema é a civil, já que pessoas jurídicas não têm muito que temer do Direito Penal¹⁶⁷.

Importante notar que a indenização nos casos de dano social não tem também outra razão de ser além seu efeito punitivo e desestimulador. Afinal, como já afirmado, a dignidade não tem preço, razão pela qual é simplesmente impossível medir a extensão do dano causado à vítima. Menor ainda é a possibilidade de se medir em termos exatos a extensão do dano em sua

¹⁶⁷ ANDRADE, Vítor Morais de. *A condenação por dano moral e sua função de desestímulo*. In NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83.

repercussão social e econômica. O que se faz preciso é interromper a prática que dá origem às lesões. Caso contrário, o Direito estaria imputando preço aos direitos fundamentais¹⁶⁸.

Quanto aos aspectos técnicos, a ausência de previsão legal expressa para a aplicação da função desestímulo não impede sua utilização. Tendo em vista a aplicação direta dos direitos fundamentais, os mesmos deverão se manifestar nas relações privadas de três formas. Ou eles chegam por meio de cláusulas gerais, ou chegam diretamente por meio das lacunas legais, ou se farão presentes mesmo que a interpretação formal lei infraconstitucional os impeça. Nessa última hipótese, deve-se interpretar a lei teleologicamente, dando preferência às normas constitucionais. Além disso, o sujeito e sua dignidade devem prevalecer sobre a tipificação da relação jurídica codificada.

No caso do dano social, o Superior Tribunal de Justiça - no julgamento do Recurso Especial nº 578.682/SC - assinalou como critério para fixação do *quantum* devido nas indenizações por inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito e devolução indevida de cheques a busca de um valor que venha também a “desestimular o ofensor a repetir o ato”¹⁶⁹. Sem dúvida é um caso, ainda que embrionário, de indenização por danos sociais.

Ademais, a indenização punitiva por dano social adequa-se perfeitamente ao sistema da responsabilidade objetiva, tomada como regra no Código de Defesa do Consumidor. Todos os critérios são objetivos. O abuso do direito é constatado objetivamente pelo desvio de finalidade dos atos praticados, sendo que, no caso da atividade empresarial, as finalidades dos atos negociais devem estar sintonizadas com a função social da empresa. Qualquer prática que fuja da finalidade constitucional será abusiva. Ou seja, não interessa o *animus* do empresário, mas o resultado de suas ações. Também o critério utilizado para identificar o dano social é, por isso, objetivo.

O critério para estipular a penalidade é dotado de razoabilidade e advém da cuidadosa observação do poderio econômico, social, informativo e político do fornecedor. O valor do desestímulo não deve ser fixado tendo em vista a má-fé do fornecedor, mas sim a abrangência do

¹⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

¹⁶⁹ STJ-3ª Turma, REsp nº 1.026.099/DF, rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.06.04, DJ 11.10.04.

ato abusivo no mercado, contrastando-o com o poder econômico do ofensor. Este método não fere a isonomia constitucional porque promove a proporcionalidade, atacando o problema em sua origem. Deve-se considerar que a motivação do fornecedor é econômica, e somente uma contrapartida econômica terá o condão de corrigir o comportamento empresarial desviante.

7.8. A destinação dos valores correspondentes à indenização por dano social

Por fim, cumpre enfrentar a seguinte questão: em favor de quem serão devidos os valores referentes à condenação por dano social? Maria Celina Bodin de Moraes, preocupada com a possibilidade de enriquecimento sem causa do consumidor, afirma que:

Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente” não deverá ser destinando ao autor da ação, mas, coerentemente com nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados¹⁷⁰.

Vítor Morais de Andrade corrobora:

Portanto, parece-nos que destinar todo o numerário de uma condenação por danos morais, em que se tenha considerado para a fixação do quantum uma compensação pelo abalo moral e um efeito desestimulante ao ofensor, daria ao lesado quantia superior àquela que teria direito, já que, além de ter recebido a compensação pela dor sofrida, receberia um plus, cujo fundamento é o desestímulo, e o beneficiário, neste caso, não é mais o lesado, mas todos os indivíduos de uma dada sociedade. (...) Parece-me que neste caso a destinação deveria ser feita a um fundo que beneficiasse toda a população, tal como aquele criado pela Lei 7.347/1985 – Lei de Ação Civil Pública – Fundo de Direitos Difusos, que recebe valores advindos de custas e condenações judiciais ou administrativas, além de doações e rendimentos do próprio fundo, destinados a Instituições Governamentais da administração direta ou indireta, Organizações Não-Governamentais, brasileiras sem fins lucrativos, que tenham nos seus estatutos objetivos relacionados à atuação no campo do meio ambiente, do consumidor, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e demais interesses difusos e coletivos¹⁷¹.

¹⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Vários Autores. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67.

¹⁷¹ ANDRADE, Vítor Morais de. *A condenação por dano moral e sua função de desestímulo*. In NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.

O posicionamento de ambos é bem razoável, contudo o parecer de Antônio Junqueira de Azevedo soa mais adequado. Sobre o tema o autor considera que:

“Todavia, ainda que não sejamos grandes admiradores da cultura jurídica norte americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um múnus público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação dos “punitive damages”, denominam de “private attorney general”. O autor, vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral¹⁷².”

Esta parece ser a opção mais ajustada. Apesar de polêmica, é mesmo necessário levar em consideração que o particular, nos casos de dano social, faz as vezes do Ministério Público, auxiliando-o em suas funções. No entanto, nem por isso o tratamento jurídico pode ser o mesmo. A lei da Ação Civil Pública tem em vista valores advindos de ações cujos promotores são sujeitos que têm por função social a defesa dos interesses difusos. O particular não tem essa função. Já é assente no ordenamento jurídico brasileiro que um particular não é obrigado a suportar os benefícios da sociedade sobre suas costas. Sempre há uma contrapartida. Haja vista o que ocorre nos casos de indenização por ação estatal. Se um indivíduo perder a vista panorâmica que valorizava seu apartamento devido ao fato de o Estado ter construído um prédio público na frente de sua janela, o mesmo fará jus a indenização. A responsabilidade civil do Estado nesse caso se dá porque o apartamento foi desvalorizado, e a coletividade beneficiada. Neste sentido, o particular é indenizado, pois os benefícios gerados para a coletividade deu a ele prejuízos.

Da mesma forma, aquele que se dá ao trabalho de agir onde o Ministério Público teria o dever de fazê-lo deve ser recompensado. Essa diretriz constitui uma sanção positiva e estimula a cidadania do consumidor, que ficará mais alerta na defesa de seus direitos. E antes que se diga que tal diretriz poderia gerar enriquecimento sem causa, banalização do dano moral ou excesso

¹⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

de demanda no Poder Judiciário, será aqui demonstrado que o temor não procede por razões relativamente simples.

Não há enriquecimento sem causa porque o autor da ação trabalhou e gastou para fazer jus à recompensa.

Também não haveria de se falar em banalização do dano moral, eis que o Poder Judiciário conta com os mais capacitados magistrados para identificar as hipóteses de dano social. Com o tempo a jurisprudência fixará os parâmetros de sua configuração e os pedidos desarrazoados diminuiriam, em que pese sua extinção ser impossível.

O tempo e a jurisprudência igualmente cuidariam do problema do excesso de demanda, pois o dano social tem por objetivo exatamente cortar o mal pela raiz. O que se tem visto atualmente (basta ver os exemplo de jurisprudência e hipóteses citadas acima) é o aumento vertiginoso das demandas por abuso do direito por parte dos fornecedores. Tal fato é sinal claro de que o sistema que desconsidera a função punitiva do dano moral é ineficaz nos aspectos econômico e jurídico. O escopo do instituto da indenização punitiva por dano social é desestimular o agente do dano pela via da punição e seus concorrentes, pela via do exemplo positivo. A médio prazo o valor de desestímulo inverteria a lógica atual, e seria mais lucrativo ajustar a conduta empresarial à função social da empresa. Com isso os casos de indenização punitiva pela prática de ato abusivo diminuiriam. Ademais, com a remuneração devida, todos os consumidores tornar-se-iam potenciais fiscais do equilíbrio nas relações de consumo, facilitando o trabalho de órgãos como o PROCON e o Ministério Público.

Caberia, assim, ao Poder Judiciário, por meio suas sentenças determinativas, preencher o conteúdo das cláusulas gerais e das lacunas existentes no Direito Privado com o peso das normas e princípios fundamentais para que se efetive a função social da empresa, a eticidade, o equilíbrio das relações consumeristas e, principalmente, a dignidade humana dos consumidores.

A indenização punitiva por dano social, portanto, é sanção cabível para ajustar o comportamento empresarial desviante das finalidades constitucionais.

Conclusão

O Direito na sociedade pós-moderna passa por transformações estruturais. Essas mudanças alteram o modo de se produzir e de se interpretar o sistema jurídico. A sociedade atual tem necessidades diferentes de outrora. Em um mundo onde a globalização e o avanço das telecomunicações diminuí a distância entre as pessoas, grupos sociais organizam-se tendo em vista seus pontos em comum e reivindicam direitos. Essa situação dá um novo peso à necessidade de inclusão social e de solidariedade na sociedade civil.

Devido a essas mudanças, o Direito procura adaptar-se revendo suas técnicas legislativas. Os microssistemas aparecem como uma das opções de que o legislador lança mão para tentar fazer com que o Direito acompanhe a realidade social e não se torne obsoleto. Também a Constituição da República passa a ter um papel relevante e centralizador dos princípios orientadores a reger os microssistemas, irradiando suas diretrizes sobre o Direito Público e o Direito Privado.

Essa dicotomia, ressalte-se, passa a não fazer muito sentido em uma sociedade onde os direitos fundamentais, outrora incidentes apenas nas relações entre Estado e cidadãos, fazem-se presentes também nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos são aplicáveis diretamente em toda sorte de relações jurídicas na sociedade brasileira, sejam elas públicas ou privadas. O que difere são os modelos. O modelo de incidência dos direitos fundamentais no Direito Privado é diferente daquele utilizado no Direito Público, pois nas relações privadas este conjunto de direitos deve dividir espaço com a autonomia privada.

A dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e outros valores e princípios constitucionais passam a influenciar as relações privadas de duas formas. A primeira é a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, que ocorre independentemente de previsão legal infraconstitucional. Nessa modalidade de incidência, caberá ao Poder Judiciário analisar o caso concreto e decidir em que grau os direitos fundamentais dividirão espaço com a autonomia privada. Já na segunda forma, o legislador passa a ter também um papel importante e prévio na aplicação daqueles direitos. Isso porque é o Poder Legislativo que, ao elaborar as leis, criará nos diplomas legais normas com conceito aberto, abstrato e de interpretação ampla, que

recebem o nome de cláusulas gerais. Através do exercício de interpretação dos conceitos abertos contidos nas normas, o juiz aplicará então os direitos fundamentais.

No Brasil, adota-se a primeira metodologia. Os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Mesmo assim, existem várias leis no ordenamento jurídico, incluindo-se aí o Código Civil, que trazem cláusulas gerais, facilitando ainda mais a interpretação que favorece a dignidade humana.

Ao dividir espaço com os direitos fundamentais, questiona-se qual seria o destino da autonomia privada. Daí decorre que a aplicação dos direitos fundamentais depende do grau de vulnerabilidade e autonomia da vontade das partes envolvidas nas relações privadas. Quanto mais vulnerável uma das partes, maior deverá ser a incidência desses direitos nas relações privadas.

No caso em questão um grupo de sujeitos de Direito Privado faz-se notar: os consumidores. Vulnerabilidade e hipossuficiência são as principais características desse grupo social. Nas relações consumeristas o fornecedor impõe suas condições contratuais, seus produtos e serviços e o modo de apresentação das informações sobre os mesmos. Ao consumidor resta adquirir o produto ou serviço. Raríssimas são as situações em que a expressão da vontade individual do consumidor faz diferença na apresentação, oferta, celebração, execução, conclusão e consequências posteriores do negócio jurídico.

Essa situação de vulnerabilidade justifica completamente a aplicação direta dos direitos fundamentais, também presentes nos artigos do Código de Defesa do Consumidor e em suas cláusulas gerais. Nas relações de consumo, além da incidência da dignidade humana, chamam a atenção também na Constituição Federal a proteção do consumidor como direito fundamental presente no artigo 5º, inciso XXXII, e a defesa do consumidor como princípio da atividade empresarial, presente no artigo 170, inciso V.

Pelas razões acima, o fornecedor, enquanto empresário, tem sua atividade vinculada aos preceitos constitucionais do artigo 170 da Constituição da República. Trata-se da função social da empresa, que tem deveres constitucionais e objetivos legais a serem atendidos. Vale dizer, a livre iniciativa é condicionada a certos preceitos constitucionais. Contudo, resta saber qual a

consequência para o fornecedor que desrespeitar as determinações constitucionais e deixar de cumprir a função social da empresa.

O fornecedor que abusar de seu poder privado para assumir práticas lesivas no mercado de consumo deve ser desencorajado a repetir seu ato. Deve sentir as consequências da prática do seu ato. Para isso é preciso desenvolver e aplicar a figura do dano social.

Ao adotar práticas fundadas em atos abusivos, o fornecedor lesa todo um grupo de consumidores. Ocorre que nem todos acionam individualmente ao Poder Judiciário. Também não são raras as vezes em que os órgãos responsáveis pelo interesses difusos e coletivos ficam inertes, seja por excesso de trabalho, seja porque o problema não é levado ao conhecimento dos mesmos.

Essas práticas têm reflexos extrapatrimoniais que normalmente atingem o consumidor em sua dignidade, liberdade e em outros direitos fundamentais. Esse dano é normalmente objeto de debate em ações de reparação por danos morais. A atual doutrina sobre danos morais é resistente à ideia de atribuir à reparação uma função punitiva, a ser calculada tendo por base a culpa e o poder econômico do ofensor. A respeito desse teor punitivo da indenização, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil silenciam, sendo que este último admite a análise da culpabilidade do ofensor como elemento capaz de diminuir o valor indenizatório.

Tem-se, assim, uma lacuna na lei contrapondo-se à necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais e sua proteção jurídica. A ausência de sanção às práticas abusivas gera no mercado um efeito de exemplo negativo, onde o fornecedor passa a cogitar que, economicamente, vale a pena transgredir a norma. Lucra-se mais assim. Por essa razão, cabe ao Estado intervir nas relações privadas para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

Tal intervenção só é possível pela via da reparação com caráter punitivo. O dano social é o reflexo que se apresenta em cada demanda consumerista. É uma espécie do gênero dano moral. Para cada consumidor que reclama no Poder Judiciário existem outros tantos lesados que sequer chegam ao serviço de atendimento ao consumidor - quem dirá mover uma ação contra o fornecedor. O mau fornecedor, por sua vez, sabendo disso, abusa de suas práticas em detrimento do consumidor. Ocorre que, ao condenar o fornecedor em valores irrisórios (tendo em vista o poder econômico dos mesmos), o Poder Judiciário não desestimula a prática abusiva e,

consequentemente, não resolve o problema econômico-social, caindo em descrédito junto à sociedade. Já o fornecedor, como não interrompe a prática abusiva, enriquece a cada fração de tempo em que mantém a sua conduta. Pior: enriquece sem causa.

Deve-se utilizar a responsabilidade civil para adequar o comportamento do fornecedor e impedir o ato abusivo e o enriquecimento sem causa, garantindo, assim, que os preceitos constitucionais e infraconstitucionais sejam respeitados. Para isso, o jurista poderá utilizar os critérios da responsabilidade objetiva, do ato abusivo e o valor de desestímulo na fixação da indenização. Ressalte-se: todos os elementos apresentados têm critérios objetivos de interpretação, dispensando-se a análise da conduta culposa do fornecedor, já que a regra geral de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor é a da responsabilidade objetiva.

Por fim, resta dizer que o valor da parcela punitiva da indenização deverá permanecer com a vítima da ação individual, já que esta, apesar de ter atuado em nome próprio, beneficiará toda a sociedade de consumo. Enfatize-se que este valor estimulará a vigilância dos demais consumidores.

Bibliografia

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias ao estudo do direito*. 2. ed., São Paulo: Ícone, 1990.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Pós-modernidade, crise do Estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional*. In *Constitucionalismo e Estado*. Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós Modernidade*. In *Direito Civil: atualidades*. FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ANDRADE, Vítor Morais de. *A condenação por dano moral e sua função de desestímulo*. In *NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. RDA 225:5-37. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALMON, Eliana. *As Gerações dos Direitos e as novas tendências*. In ALENCAR, Fontes de. (org). *Ensaio Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Civil*, vol. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Daniel Arthur Quaresma da. *Dano social nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários Contextuais à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____; BARTHOLO, Bruno. Rio de Janeiro: Grupo de pesquisa da UERJ e CNPq-UGF, 26p. Não Publicado.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Civil Brasileiro*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. In Revista Trimestral de Direito Civil 2/19, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; e DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 9. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAZZARINI, Álvaro. *Poder de polícia e direitos humanos*. In RIASP 7:12-13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 2001.

LOPES, Ana Maria D'Avila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, Othon de Azevedo. *Dignidade da Pessoa Humana e Responsabilidade Civil*. In Revista de Direito Administrativo nº 238. Rio de Janeiro, out./dez., 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Os danos à pessoa e a Natureza da sua Reparação*. In *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MASI, Domenico De. *A sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *O Princípio da Dignidade Humana. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo.* Vários Autores. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULINO, Heloísa Verri. *Os direitos humanos e os direitos do consumidor. In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 04, jul./dez. 2004.*

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *O Abuso de Direito e a Justiça Social. In FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords). O Código Civil e sua Interdisciplinaridade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno.* São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais.* São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Dicionário jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos*. RT 824: 723-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Silvia Faber. *Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas*. In *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Vários Autores. Coord. Daniel Sarmento e Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.