



A RELAÇÃO DE CONSUMO E A FIXAÇÃO DO PREÇO INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.962/04

Renato Franco de Almeida*
Aline Bayerl Coelho**

RESUMO

Analisa a inconstitucionalidade da Lei de precificação ante a negação do legislador em concretizar o princípio da dignidade humana e da informação.

Palavras-chave: Lei de precificação. Inconstitucionalidade. Princípio da Dignidade humana e da Informação.

Sumário:

1 – Introdução. 2 – Da idéia de Estado e os interesses subjacentes: evolução. 3 – A defesa do consumidor como direito fundamental: a natureza da norma do inciso XXXII do art. 5º da CR/88. 4 – Preenchimento axiológico do termo “defesa” estampado no preceptivo Constitucional e a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em sistemas econômicos capitalistas, devido a razões ontológicas, o capital, aqui entendido como a classe econômica que detém os meios de produção, locupletar-se do *status quo* e, portanto, tenta, através do Estado ou não, conservar determinados privilégios em detrimento do desenvolvimento socioeconômico de todo corpo social. Tal fenômeno é mais claramente percebido nos países do chamado Terceiro Mundo, onde a fragilidade das Instituições políticas abre flancos pelos quais o capital cerceia a vida efetivamente democrática.

Não raras vezes, a metodologia aplicada pelo setor dominante para a conservação dos seus privilégios consiste na construção de um documento constitucional cujos preceptivos garantam a existência e a continuidade de institutos político-jurídicos que dêem supedâneo à estratificação sócio-econômica, como é o caso das constituições que se restringem à organização do Estado, deixando ao mercado a atribuição de sua auto-regulação. Em outras, mesmo que o documento constitucional possua caráter democrático, institutos progressistas, etc., tal desiderato, qual seja, a manutenção dos privilégios, será auferido mediante a pura e simples desobediência aos preceitos constitucionais, mediante o falacioso argumento da eficiência econômica. Trata-se aqui das chamadas Constituições Dirigentes, onde a Ordem Econômica, segundo o texto constitucional, será direcionada a um determinado fim. A primeira prática se mostra mais corriqueira nos países chamados desenvolvidos – sem embargo da existência de cláusulas constitucionais diretivas no corpo do documento

* Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte, Especialista em Direito Público, Mestrando em Direito Político, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*, Professor de Pós-Graduação *lato sensu*, Professor Conferencista em Direito do Consumidor e Econômico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, refranco@uai.com.br / renatofranco@mp.mg.gov.br

** Advogada especializada em Direito de Empresa e Relações de Consumo, Especialista em Direito Processual pela PUC-BH, Mestranda em Direito Privado, Membro da Comissão de Defesa do Consumidor – OAB/MG, associada BRASILCON, abayerl@uai.com.br

fundamental –, enquanto a segunda, nos subdesenvolvidos. Ressalte-se que a desobediência operada ao texto constitucional não se restringe a condutas particulares, dos atores da sociedade civil. Ao revés, o Estado, por quaisquer de suas funções, reiteradas vezes, malfere o texto constitucional, seja formal, seja materialmente. Assim é que o presente estudo tem por escopo analisar a compatibilidade da Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, com a Constituição da República, notadamente do inciso II do art. 2º da mencionada lei. Isto porque supracitada norma jurídica regulamenta o direito de informação que deve ser prestada pelo fornecedor de produtos e serviços, mitigando-o, em duvidosa compatibilidade com preceitos constitucionais, mormente em se tratando de uma Constituição dirigente, como a de 1988.

2 DA IDÉIA DE ESTADO E OS INTERESSES SUBJACENTES: EVOLUÇÃO

Frise-se, de início, que, por mais paradoxal que possa a vir a ser, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a *idéia* de Estado, onde reside o objetivo indistigível de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes socioeconômicas diversas, sempre com predomínio de uma delas.

A filosofia do Idealismo – que vem desde de a Grécia, com Platão – entendeu os objetos reais como mera representação imperfeita de uma *idéia*, conquanto inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico. Já que inconcebível a coexistência de classes dispares de indivíduos, como afirmado, sob o aspecto social, econômico, financeiro, cultural, etc., imaginou-se um Estado ideal onde coexistem variegadas espécies de personalidades humanas e grupos sociais, sem que, contudo, se autodestruíssem, porquanto a classe que detém o poder incute nas mentes dos membros das demais classes noções impossíveis de definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, *e. g.*, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a definições concretamente aceitáveis, porquanto tais objetivos só existem no mundo das *idéias*, *idéias* estas que são inseridas, através de ideologia, na mente dos indivíduos, sem que se pergunte o que são, sem que se questione para que servem, porque, se assim não fosse, se assim não nos convencêssemos, a vida em comunidade tornar-se-ia insuportável, até mesmo inimaginável.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista (MOREIRA, 1987: 66)

Note-se, ainda, que a metodologia adotada parece (somente aparência) perfeita, qual seja, a *lógica formal*. Não obstante, faz-se mister, para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a mera existência, um repensar crítico sobre essa espécie de *lógica*, evoluindo, conseqüentemente, para a *lógica dialética*.

Dai afirmar Mialle (1994: 50):

“Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado... Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da *idéia* de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses

particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas ‘expressões’ sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido.”

De efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes socialmente distintas, ou seja, de interesses – muitas vezes não conscientes no seio dessas classes – diversos e divergentes, no universo complexo que é a Sociedade.

Em razão dessa divergência e diversidade, vislumbra-se interesses que o aspecto histórico distingue, variando a primazia de uns sobre outros, de acordo com a ideologia dominante da época.

Assim, tem-se inaugurada em 1789 a era da primazia do *interesse individual* – plasmado no princípio da *autonomia da vontade* e da *liberdade contratual* – sobrepondo-se ao *interesse público*¹, com a atrofia do Estado em benefício do indivíduo como centro de toda liberdade e razão até então impensadas.

Em escólio, Frias (1941: 18) traduz as relações sociais então preponderantes:

“El individualismo liberal enraiza en la filosofía kantiana, en que todo se reduce a dos términos: la libertad, objeto propio del derecho y la razón su creadora. Concibe al hombre como un fin en sí, libre respecto de los otros, pero convertido en su propio esclavo; autor de la ley y servidor de la misma, legislador y juez, soberano y súbdito en la república de los seres razonables y libres. En última síntesis, todo se reduce a la autonomía de la voluntad humana...”

A autonomia da vontade preconizada pelo Autor, juntamente com a razão humana, era, ao apagar das luzes do século XVIII, início e fim da sociedade perfeita, em que o mercado livre (isto é, sem ingerência do Estado) se encarregaria de aparar as desigualdades eventualmente existentes.

A importância depositada no interesse individual (consubstanciado aqui na *autonomia da vontade* e na *liberdade contratual*) exagerou-se a ponto de o Código Civil Napoleônico de 1804 dificultar sanções a figuras como a lesão contratual, usura e o abuso do direito (FRIAS, 1941: 19).

Não se diga, porém, que a noção de individualismo teria nascido por acaso. Definitivamente, não.

De efeito, a ideologia preponderante à época possuía seus escopos que restavam dissimulados ante a pregação do direito de *liberdade* e da *razão* como únicos direitos inatos ao homem.

Inequivocamente, tal ideologia tinha por fim o desmantelamento dos grupos, criando-se, a partir de então, o *atomismo*, consequência determinante na mudança dos meios de produção, que, de seu turno, será influenciado por outras instâncias da superestrutura – notadamente a ideológica e jurídica – inaugurando um novo sistema socioeconômico: o capitalismo-burguês.

“Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A ‘atomização’ da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estágio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos caos que nos

¹ Por *interesse público* queremos nos referir ao interesse do Estado enquanto Poder Público, tão-somente.

apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí... Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais ‘autônomos’ nas suas práticas e nas suas representações ideológicas.” (MIAILLE, 1994: 117)

Em conclusão, assevera, ainda, o Prof. Miaille (1994: 119-21):

“Fica-se, pois, com a noção de que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção... Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo o ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica.”

De efeito, divisa-se, como acima afirmamos, que a *idéia* de liberdade tem por escopo a dissociação dos grupos como forma de isolamento humano a facilitar, no mercado de trocas, a compra da força de trabalho no novo sistema então instaurado: o capitalismo.

Por via de consequência, a instância jurídica, no particular, tem relevância demasiada, visto criar a figura do *sujeito de direito*, imprescindível para a configuração concomitante do *interesse individual*, o qual chega aos códigos liberais via *autonomia da vontade* e *liberdade contratual* – no que toca ao direito material; e via *princípio da demanda*, antigo *princípio dispositivo* – no que concerne ao direito processual.

Entretanto, a crise dos fundamentos do individualismo pôde ser sentida desde os tempos da Revolução Francesa até os nossos dias (FRIAS, 1941: 22-23), sendo que, principalmente a partir do século XIX, o interesse individual começa a ser limitado pelo intervencionismo estatal.

Isto porque, como acentua Moreira (1987: 44):

“A explicação desta clivagem entre o modelo e a realidade deve ver-se em que o modelo liberal não pretendia, em primeiro lugar, ser uma interpretação da realidade. Foi, desde logo, um modelo normativo e, depois, um aparelho ideológico do capitalismo. O liberalismo clássico é efetivamente ‘a ideologia do alto capitalismo’.”

De efeito, já no limiar do século XX, procedeu-se a uma certa ruptura com a *idéia* de liberdade quase total – em razão da desigualdade inevitável que decorre do sistema liberal – com a profunda ingerência do Estado na proteção dos vulneráveis. Vislumbra-se, aqui, uma evidente preocupação com a inércia estatal de outrora que, em parte, ensejou as desigualdades atualmente experimentadas. Inaugura-se, de certa forma, a preponderância do *interesse público* sobre o *interesse individual*.

Interessa ao objeto do nosso trabalho como tal fenômeno desenvolveu-se no campo da ciência jurídica.

Não obstante, podemos, mesmo que perfunctoriamente, cogitar de outros aspectos, mormente o social, cuja importância releva ser mencionada como constituinte da nova mentalidade de Estado advinda da mitigação de dogmas liberais burgueses.

Com efeito, no campo social surgem grupos intermediários de expressão na defesa de interesses de mesma qualidade, ou seja, aqueles situados entre o indivíduo e o Estado, tais como os sindicatos e as associações.

“Em suma: a separação de princípio entre o Estado e a economia deu lugar à interpenetração recíproca, num processo de politização do econômico ou de economização

do político. Ao princípio liberal do primeiro capitalismo, e à efetiva não intervenção econômica do Estado, sucede o princípio intervencionista e uma ampla actividade do Estado no campo econômico. Do Estado-guarda-nocturno, abstencionista e ‘negativo’ passa-se ao Estado afirmativo ou positivo. Enfim, noutra perspectiva que inclui ambos os aspectos da questão, ao capitalismo de concorrência, liberal e ‘privado’, substitui-se o ‘capitalismo-monopolista-de-Estado’.” (MOREIRA, 1987: 52)

É o ressurgimento, *mutatis mutandis*, em âmbito social, dos grupos de indivíduos que a Revolução Francesa, ao argumento da instauração de um sistema de liberdade, como vimos, *atomizou*, e que, segundo Frias (1941: 34), citando Gurvitch, advém do todo social subjacente: “*El derecho social – según Gurvitch – es un derecho autónomo de comunión, que integra de una manera objetiva cada totalidad activa real, (y) que encarna un valor positivo extra-temporal.*”

Assim, em um real movimento de fluxo e influxo, as comunidades (isto é, os grupos sociais) realizam seus direitos, mesmo que à revelia do Estado legislador. (FRIAS, 1941: 35)

Por via de consequência, instaurar-se-á um direito fulcrado nos movimentos sociais subjacentes, é dizer, nos movimentos dos grupos sociais que, como fenômenos sociais, estão alheios ao direito legislado do Estado.

“El derecho social se dirige, en su capa organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidade de sus miembros en la voluntad única de la cooperación o del establecimiento.” (FRIAS, 1941: 35)

Tal preponderância irá levar o Estado a uma socialização, é dizer, a uma preocupação com o aspecto social do direito, cada vez mais profunda, surgindo, conseqüentemente, a socialização do jurismo.

Como de fácil constatação, tal preponderância é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, *v. g.*, consumidores, locatários, trabalhadores, etc.

Assim, ante o extremismo do sistema liberal, flui-se para o meio termo como lugar ideal de convivência humana em sociedade. Em consequência, surge, no bojo dos direitos fundamentais de terceira geração, um *tertius genus*, um terceiro interesse, antes inimaginável, qual seja, o *interesse social*. (MAZZILLI, 2001: 43)

Vislumbrada a fraqueza de fundamento do Estado liberal, bem como a prepotência estatal nos modelos socialista-marxistas, propugnou-se elevar o interesse social² sobre os interesses individual e público, ainda como ideal de se perseguir a pacífica convivência em conjunto de interesses díspares.

Frise-se, ademais, que a aparição dos interesses sociais – longe de ser a extinção dos demais interesses – configura a emersão dos direitos sociais inorganizados (FRIAS, 1941: 37) como tentativa de estabelecer um direito organizado com fulcro na natural e espontânea cooperação informal dos indivíduos em sociedade.

No direito brasileiro, em particular, vislumbra-se a socialização do direito privado em várias vertentes. Sob o caráter constitucional, fez com que a onda socializante inserisse no texto da Constituição de 1988 o aspecto da *função social* em institutos que na época da Revolução Francesa eram considerados flagrantes características do sistema que se inaugurava, *v. g.*, a *propriedade*. Surgindo como direito absoluto e intocável pelo liberalismo

² Tem-se por *interesse social* aquele cujo titular é a sociedade, em disparidade ao *interesse público*, cujo titular, como dissemos, é o Estado, enquanto Poder Público.

burguês, no Estado Social o exercício deste direito de propriedade está restrito, sendo sua realização condicionada à função social (art. 5º, XXIII, CR/88). No mesmo sentido – socializante – deu proteção inexorável aos hipossuficientes, tais como consumidor, trabalhador, idoso, criança e adolescente, etc.

Ainda em sede constitucional, o art. 170 do mesmo diploma elenca diversos princípios que a ordem econômica brasileira deve respeitar. De efeito, divisam-se certos limites impostos à iniciativa privada pela defesa do consumidor; ainda pela função social da propriedade, a busca do pleno emprego, etc.

Inferre-se daí a inauguração de um Estado Democrático-Social levado a efeito pela Constituição de 1988, o que, como adverte Moreira (1987: 38), não consubstancia uma ruptura no sistema econômico, mas na *forma* econômica, que advém com o escopo de ratificar o sistema.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A NATUREZA DA NORMA DO INCISO XXXII DO ART. 5º DA CR/88

Inicialmente, forçoso consignar que, na atual ambiência constitucional, a defesa do consumidor consubstancia a assimilação do capitalismo como forma de sistema econômico adotado no seio daquele documento jurídico-político, no momento em que reforça a atomização do ser humano, fazendo-o deslembrar-se de sua situação de classe, como demonstrado acima.

Daí a aguda advertência de Grau (2003: 217):

“Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor; tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.”

Comparato, citado por Grau (2003: 217), coteja as relações produtor x consumidor e capital x trabalho, concluindo pela alienação da primeira:

“Na verdade, a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor; e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta e indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre ‘fracos’ e ‘poderosos’ em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da ‘classe’ dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes... A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens e serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante.”

Destarte, independentemente do poder econômico de cada indivíduo, ou mesmo pessoa moral, todos podemos ser consumidores em determinada situação concreta frente a um fornecedor profissional de produtos ou serviços. Tal fenômeno enseja, de seu turno, a dispersão de interesses essencialmente comuns em razão da efemeridade da circunstância consumerista, tornando obscura a dicotomia de classes. Assim, possível que ocorra a união de interesses entre pessoas, físicas e/ou jurídicas, de forma esporádica, sendo que

historicamente nunca pertencerão à mesma classe socioeconômica.

Não obstante, avulta de importância o reconhecimento e a consagração da defesa do consumidor como direito fundamental, desdobramento cristalino do princípio da dignidade humana, a limitar o exercício da livre iniciativa como valor protegido constitucionalmente.

Com efeito, sobre não inexistir de forma absoluta hierarquia entre direitos fundamentais – sem embargo da rigidez concedida a algumas normas –, sua admissão, dessarte, restringe-se a hipóteses especialíssimas (MENDES, 2002: 283).

Pois bem.

Segundo a Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXII, é dever do Estado fomentar (promover) a defesa do consumidor; na forma da lei. Tratando-se de norma que encerra um *direito fundamental*, conectado ao absoluto princípio da *dignidade humana*, obviamente se sobreporá a dispositivo também constitucional que não possua a mesma natureza, eis que, às escâncaras, não se traduz este em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito inaugurado em 05 de outubro de 1988, via de consequência, não faz parte do núcleo constitucional rígido. Da mesma forma, pelo princípio da hierarquia das normas, direcionará todo trabalho legislativo infraconstitucional a ser realizado.

Frise-se, no entanto, tratar-se de norma de eficácia limitada à edição de lei para que sua aplicabilidade não seja comprometida. A despeito disso, somente obedecendo a sérias restrições contidas no corpo constitucional o legislador ordinário poderá realizar seu trabalho de complementação constitucional.

Nas palavras de Mendes (2002: 227) trata-se de uma *restrição mediata, verbis*:

“Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).”

Além de exigir uma restrição mediata, o preceptivo insculpido no art. 5º, XXXII da CR/88 pressupõe uma *reserva legal qualificada*, que, ainda nas palavras de Mendes (2002: 236):

“Tem-se uma *reserva legal* ou *restrição legal qualificada* (*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”

Assim, como se extrai da simples leitura do dispositivo constitucional referente à defesa do consumidor, a legislação infraconstitucional deverá seguir as vinculações estabelecidas pelo legislador constituinte originário no sentido de promover somente àquela defesa, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessarte, qualquer manifestação do Estado – seja administrativa, legislativa ou jurisdicional – deverá ter por escopo a promoção da defesa do consumidor; sendo que outros fins deverão ser considerados inconstitucionais, em razão de incompatibilidade vertical com o direcionamento ofertado pelo preceptivo da Constituição da República.

A outro giro, forçoso admitir que a *livre iniciativa* encerra um valor constitucionalmente protegido, consoante dispõe o artigo 5º, *caput* da CR/88, o que deixaria em rota de colisão direitos e valores igualmente protegidos pela Carta.

No entanto, trata-se, em verdade, de hipótese de colisão de direitos e valores fundamentais que leva o intérprete a obtemperar sobre os interesses contrapostos. Isto porque, não obstante previsão legal expressa (art. 4º, *caput* CDC), a harmonia nas relações

consumeristas cogitada encerra cínica utopia em se tratando de sociedade composta de classes díspares, como ocorre em todas as sociedades capitalistas, e, em sede constitucional, avulta de importância a adequação dos princípios, sem que se esvaziem totalmente quaisquer deles.

Via de consequência, mister fazer coro com Mendes (2002: 299) quando afirma:

“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).”

Acolitando tais escólios, divisa-se que na existência de colisão entre este direito fundamental (defesa do consumidor) e determinados valores constitucionalmente protegidos (no particular, a livre iniciativa), preponderará aquele direito em detrimento a estes valores, uma vez que se situa – o direito fundamental – estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, na sua face do *homem-consumidor*:

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 153.531, Rel. Ministro Marco Aurélio, como nos dá conta, ainda, Mendes (2002: 299):

“Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras do preço de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e 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 serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.’*”

É patente a prevalência – na hipótese de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e valores constitucionalmente protegidos – do *princípio da dignidade humana*, que se desdobra em outros direitos, dentre os quais, a defesa do consumidor.

Em compêndio, força é admitir que, à luz da Constituição da República e de sua hermenêutica mais moderna, sobrepuja de importância a defesa do consumidor quando em conflito com o valor da *livre iniciativa*, por encerrar princípio de maior *peso*, qual seja, o da *dignidade humana*.

4 PREENCHIMENTO AXIOLÓGICO DO TERMO “DEFESA” ESTAMPADO NO PRECEPTIVO CONSTITUCIONAL E A LEI Nº 10.962, DE 11 DE OUTUBRO DE 2004

Como visto, o inciso XXXII do art. 5º da CR/88 encerra um dispositivo constitucional de eficácia limitada à edição de norma complementadora. Ademais, enseja uma *restrição legal qualificada* no momento em que exige determinado comportamento legislativo infraconstitucional, sem o qual se mostra incompatível com o texto fundamental.

Resta, portanto, oferecer um preenchimento axiológico consentâneo com o nível alcançado pela ciência jurídica ao termo “defesa”, naquele dispositivo inserido, sem se deslembra da ideologia constitucionalmente adotada, qual seja, o liberalismo-social.

É cediço que os direitos fundamentais do homem não são dogmas estáticos insertos em um documento fundamental, o qual não acolha progressivas interpretações segundo o natural desenvolvimento humano, bem como as mutações sociais inevitáveis.

Ao reconhecer o paradoxo existente entre vincular o legislador e lhe dar oportunidade de oxigenar a Constituição, assevera Canotilho (2001: 63-4):

“Na posição aqui pressuposta, o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição,

é convalidada por ela... A *aporía* da vinculatividade constitucional insiste na *contradictio*: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete ‘atualizar’ e ‘concretizar’ o conteúdo da constituição. Perante este ‘paradoxo’, a proposta a antecipar é a seguinte: *o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental*. Todavia, a constituição não é nem uma *reserva total* nem um bloco *densamente* vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais. Em termos sintéticos: *a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa*.”

Dessa forma, a complementação a ser operada pelo legislador infraconstitucional, a despeito de seu dever oxigenador, estará sempre vinculada ao desiderato constitucional.

Com efeito, afirma ainda o constitucionalista lusitano a mutabilidade do homem no atropologismo constitucional referente ao princípio da dignidade humana (CANOTILHO, 2001:34-5):

“1 – O ‘*homo clausus*’ ou o ‘*antropologicum fixo*’. Quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ não se trata de definir ou consagrar um ‘*homo clausus*’, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como ‘centro do espírito’, nem impor constitucionalmente uma ‘imagem unitária do homem e do mundo’, nem ainda ‘amarar’ ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.”

Dáí lícito afirmar que os direitos fundamentais não se vinculam ao ser-homem antropológico fixo, e, sim, ao ser-homem histórico-social, cujas vicissitudes serão determinantes para o preenchimento axiológico dos princípios insertos nas Cartas Fundamentais.

Nesta esteira, avulta de importância o direcionamento ofertado pela Constituição da República no que tange ao homem-consumidor, como desdobramento do princípio da dignidade humana.

De efeito, este – o homem-consumidor – terá direito à defesa de seus interesses promovida pelo Estado – frise-se: por quaisquer de seus Poderes – quando em colisão precipuamente com os objetivos da livre iniciativa. Isto porque reconheceu a Carta a existência, diferentemente do passado, de uma sociedade de consumo em massa, e, via de consequência, a vulnerabilidade daquele nominado *consumidor* nesta relação jurídico-sócio-económica.

Dessarte, dentre os variegados conteúdos e formas que referida defesa pode materializar, impende ressaltar o direito à informação, por se tratar, outrossim, de direito fundamental de quarta dimensão, que, nas palavras de Bonavides (1997: 525):

“São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” (*g.u.*)

Ora, por tratar-se de direito fundamental em si, a corroborar a defesa do consumidor que, de seu turno, também constitui direito da mesma espécie, a aludida informação, nas relações consumeristas, deverá ser completa, cuja abrangência facilitará o reconhecimento

pelo consumidor – parte reconhecidamente vulnerável naquela relação jurídica (art. 5º, XXXII, CR/88) – dos caracteres e outras qualidades do produto ou serviço que pretenda adquirir. Daí a necessidade de se defender a completude da informação – sob pena de restar frustrado todo sistema onde os direitos fundamentais são a diretriz.

Mas não é só.

A defesa do consumidor, repetimos, como direito fundamental que é, faz avultar outro aspecto da *informação*, sem o qual restará ainda malferido o preceito constitucional.

Trata-se do *modo* pelo qual a referida informação é transmitida ao consumidor.

Com efeito, se há necessidade jurídica e material de a informação ser completa, com maiores razões a transmissão ao consumidor de tal completude deverá ser total, de maneira que alcance não o homem de intelectualidade média, mas clara a ponto de incidir sobre toda universalidade de cidadão-consumidor independentemente de sua condição intelectual. Em dizeres simples, poderíamos asseverar que a mencionada universalidade se faz necessária na medida em que não somente cidadãos de razoável intelectualidade são consumidores, porém todos o são. Tal conduta – que deve ser do fornecedor de produtos e serviços, cuja imposição é ônus do Estado – mostra-se razoável tendo em vista a realidade do país, onde a grande maioria dos consumidores, a par de possuir algum conhecimento em determinada área do conhecimento humano, não detém sabedoria mínima em outros aspectos.

Assim é que a facilitação no transmitir a informação consubstancia-se em dever de conduta do fornecedor – e, repetimos, cuja imposição é ônus do Estado – que lança produtos ou serviços no mercado de consumo, concretizando regra constitucional que impõe a defesa do vulnerável.

Assim, inevitável o reconhecimento de inconstitucionalidade de quaisquer mitigações que sofra a defesa do consumidor como direito fundamental, seja na abrangência da informação, seja na forma pela qual essa informação é transmitida ao seu destinatário. Isto porque, como afirmado alhures, a mutação social, acompanhada do preenchimento axiológico dos princípios constitucionais, deve fazer o legislador de complementação atualizar os preceitos do documento fundamental. Em outras palavras: vinculado à palavra constitucional, o legislador ordinário somente poderá agir se tiver por direção a concretude gradual do texto constitucional.

Em razão disso, o comando normativo insculpido no inciso II (parte final) do art. 2º da recente Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, padece de inconstitucionalidade face ao art. 5º, inc. XXXII da CR/88, quando dispõe:

Art. 2º - São admitidas as seguintes formas de afixação de preços em vendas a varejo para o consumidor:

I – *omissão*

II – em auto-serviços, supermercados, hipermercados, mercearias ou estabelecimentos comerciais onde o consumidor tenha acesso direto ao produto, sem intervenção do comerciante, mediante a impressão ou afixação do preço do produto na embalagem, ou a afixação de código referencial, ou ainda, com a afixação de código de barras. (*g.n.*)

Antolha-se patente a incompatibilidade do texto legal com o comando constitucional de regência. Isto porque, ao criar a possibilidade de utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras* para informação do preço do produto, o legislador infraconstitucional estabeleceu retrocesso no que tange à concretização do dispositivo constitucional sobre a *defesa* do consumidor, na vertente do modo de transmissão daquela informação.

Isto porque, ao facultar a utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras*, praticou ato legislativo que dá ensejo à dificuldade material na transmissão da informação ao consumidor sobre o principal requisito dos atos negociais, qual seja, o *preço*, fomentando a dúvida ou até mesmo o completo desconhecimento pelo consumidor.

Com efeito, deve-se ter em mente que a concretização do dispositivo constitucional em cotejo com o preceptivo legal exige inequívoco proceder estatal em, gradualmente, preencher a palavra constitucional segundo o desenvolvimento humano e as mutações sociais, onde quaisquer desvios desse desiderato importarão flagrante inconstitucionalidade, visto que o texto da Carta não permite que a vontade legislativa sobreponha-se à vontade constitucional.

De efeito, uma vez reconhecida a existência de uma sociedade de consumo em massa, onde a parte débil é o consumidor, quaisquer mitigações através de legislação infraconstitucional restará iníqua, írrita, incapaz de prover a direção ofertada pela Constituição da República.

Materialmente fácil divisar a utilização de métodos não de todo imunes à má-fé por parte de fornecedores que, no afã da obtenção de lucros a qualquer custo, não informem ou informem de maneira sub-reptícia o preço incidente sobre o produto, a dificultar a necessária transparência que deve existir nas relações consumeristas.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, sem sombra de dúvida, a Lei Federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, padece de inconstitucionalidade no seu inciso II (parte final) do seu artigo 2º, uma vez que, às escâncaras, mitigou a forma de transmissão da informação sobre produtos que deverá ser ofertada pelos seus fornecedores, mormente em se tratando do *preço*.

A cristalina inconstitucionalidade reside, portanto, na negação do legislador ordinário em concretizar o princípio da defesa do consumidor, mormente quanto à informação, subvertendo o sistema adotado pelo Legislador Constituinte Ordinário por mera razão de *eficiência econômica*, princípio que deve sucumbir quando em cotejo com aquele da *dignidade humana*, sendo certo, lado outro, que o sistema econômico necessita de pessoas para sua realização e, portanto, em uma tábua de valores, a viabilidade deste não pode sobrepujar a existência daquelas.

Novembro/2004

RESUMEN

Analiza la inconstitucionalidad de la ley de precificación ante la negación del legislador en concretar el principio de la dignidad humana y de la información.

Palabras-llaves: Ley precificación; Inconstitucionalidad; Principio de la dignidad humana y de la información.

6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001. 539p.

COMPARATO, Fábio Konder: Ensaios e pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FRIAS, Jorge A.. Lo Permanente y lo Mudable en el Derecho. 2. ed. Buenos Aires: Adsum, 1941. 67p.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 576p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 322p.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330p.

MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. 196p.