

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**  
**Programa de Mestrado em Direito de Empresa**

**A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO SOB O PRISMA DO PATERNALISMO  
JURÍDICO**

**Luiz Guilherme de Melo Borges**

**Nova Lima**  
**2010**

**Luiz Guilherme de Melo Borges**

**A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO SOB O PRISMA DO PATERNALISMO  
JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito de Empresa da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior.

**Nova Lima  
2010**

BORGES, Luiz Guilherme de Melo  
B732 A relação jurídica de consumo sob o prisma do paternalismo  
jurídico./Luiz Guilherme de Melo Borges Nova Lima:  
Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010  
v, 110 f. ; 28 cm

Trabalho de dissertação para obtenção do título de Mestre, área de  
Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton  
Campos  
Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Bibliografia

1. Paternalismo 2. Defesa do consumidor I. Título. II Faculdade  
de Direito Milton Campos.

CDU : 351.824.5

Elaborada Bibliotecária : Fátima Pereira de Jesus CRB2213

**Luiz Guilherme de Melo Borges**

**A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO SOB O PRISMA DO PATERNALISMO  
JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito de Empresa da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (Orientador) – FDMC

---

Professor

---

Professor

**Nova Lima, de Novembro de 2010.**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, por mais uma graça concedida em minha vida, com a conclusão deste trabalho. À Cristina, meu amor e companheira, pelo incentivo e compreensão pela minha ausência no momento de dedicação à elaboração deste trabalho. Ao Mateus, presente de Deus na minha vida e de toda minha família. Aos meus pais, pelo amor, carinho e sacrifício, sem os quais certamente não seria nada do que sou. Ao Professor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, mais do que um orientador um verdadeiro amigo sempre disposto a ajudar. Aos amigos do escritório Bernardes Advogados Associados, que inúmeras vezes me auxiliaram nas pesquisas necessárias ao trabalho. À Maria Cecília, minha cunhada, pela ajuda com os textos em língua estrangeira. Enfim, aos amigos e a todos aqueles que contribuíram para a elaboração do presente trabalho.

*“Só quem não pensa está imune à contradição e ao erro. É até preferível um erro que decorra de uma tentativa ousada e comprometida com uma construção teórica grandiosa a uma verdade elementar e superficial.”*

José Souto Maior Borges

## RESUMO

O presente trabalho visa ao estudo do paternalismo jurídico, em especial o estudo da sua aplicação na relação jurídica de consumo. O estudo do paternalismo jurídico se justifica, pois a elaboração de normas protecionistas tem sido a tónica do movimento legislativo mundial. No entanto, apesar de identificável o movimento mundial de elaboração de normas protecionistas, poucos são os trabalhos desenvolvidos pela doutrina brasileira neste sentido. É importante verificar se é justificável a criação de normas paternalistas, e, se justificável, em quais casos tais normas deveriam ser criadas. Nesta linha de raciocínio, o estudo procura responder a justificação ou não de normas paternalistas na relação de consumo, bem como se a proteção paternalista pode ser uma política incrementada pelo Judiciário.

Palavras-Chave: Paternalismo jurídico. Paternalismo Pretoriano. Relação jurídica de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Teoria da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas.

## **ABSTRACT**

The present work supposes to study the legal paternalism, especially the study of its application in the legal relationship of consumption. The study of legal paternalism is justified, because the development of standards has been topical protectionist movement's legislative world. However, despite the recognizable global movement of developing standards protectionist parco are the work of the Brazilian doctrine in this regard. It is important to check whether it is justifiable to create standards paternalistic, and, if justified, in which case those standards should be established. In this line of reasoning, the study seeks to answer whether or not the justification of paternalistic rules in relation to consumption, as well as the paternalistic protection can be a political encrementada by the judiciary.

Keywords: Legal Paternalism. Judicial Paternalism. Legal Relationship of Consumer. Code of Consumer Protection Fundamental Rights. Theory of the Effectiveness of Fundamental Rights in Private Legal Relations.



## **LISTA DE SIGLAS**

CDC – Código de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	10
2 PATERNALISMO JURÍDICO .....	12
2.1 Conceito de paternalismo .....	12
2.1.1 <i>O modo de exercício do paternalismo</i> .....	13
2.1.2 <i>A finalidade do paternalismo</i> .....	16
2.1.2.1 <u>A distinção entre “beneficiar” e “evitar danos”</u> .....	16
2.1.2.2 <u>A distinção entre paternalismo e perfeccionismo</u> .....	18
2.1.2.3 <u>Danos físicos, psíquicos e econômicos</u> .....	19
2.2 O paternalismo jurídico .....	21
2.3 Os sujeitos tutelados pelo paternalismo jurídico .....	26
2.3.1 <i>A distinção entre paternalismo forte (exacerbado) e paternalismo débil (fraco ou moderado)</i> .....	26
2.3.2 <i>O deslocamento da figura de proteção do paternalismo do indivíduo para o grupo</i> .....	29
2.3.3 <i>Paternalismo puro e paternalismo impuro</i> .....	30
2.3.4 <i>A crítica ao paternalismo</i> .....	31
2.3.4.1 <u>O argumento utilitarista</u> .....	31
2.3.4.2 <u>O argumento do respeito à autonomia da pessoa</u> .....	33
2.3.4.3 <u>O argumento da violação ao princípio da igualdade</u> .....	34
2.3.5 <i>A justificativa do paternalismo</i> .....	35
2.3.5.1 <u>O consentimento</u> .....	36
2.3.5.2 <u>A competência</u> .....	37
2.3.5.3 <u>A justificativa do paternalismo de Macário Alemany García</u> .....	38
2.6 Distinção entre paternalismo jurídico e paternalismo estatal .....	43
2.7 Paternalismo pretoriano .....	45
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS PATERNALISTAS .....	51
3.1 Premissas .....	51
3.2 A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares ..	54
3.3 Modelos de relação entre os direitos fundamentais e sua aplicação às relações entre particulares .....	56
3.3.1 <i>Negação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas</i> 57	

<b>3.3.2 Ações privadas e o Estado: Equiparação e Imputação</b> .....	59
<b><u>3.3.2.1 State action</u></b> .....	60
<b><u>3.3.2.2 Teoria de Schwabe</u></b> .....	61
<b>3.3.3 Aplicabilidade direta (imediata) dos direitos fundamentais</b> .....	62
<b>3.3.4 Aplicabilidade indireta (mediata) dos direitos fundamentais</b> .....	68
<b>3.4 Análise dos diferentes modelos de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares frente à doutrina do paternalismo jurídico e do pateranlismo pretoriano</b> .....	73
<b>4 O CONSUMIDOR COMO SUJEITO TUTELADO PELO PATERNALISMO JURÍDICO</b> .....	77
<b>4.1 Premissas</b> .....	77
<b>4.2 Definição de consumidor</b> .....	77
<b>4.3 Conceito jurídico de consumidor</b> .....	78
<b>4.4 O conceito jurídico de consumidor no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro</b> .....	83
<b>4.4.1 Definição de Consumidor no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor</b> .....	84
<b>4.4.2 Definição de Consumidor no parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor</b> .....	90
<b>4.4.3 Definição de Consumidor no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor</b> .....	91
<b>4.4.4 Definição de Consumidor no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor</b> .....	93
<b>4.5 A perspectiva do consumidor na doutrina paternalista</b> .....	95
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	106

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo do paternalismo jurídico, em especial o estudo da sua aplicação na relação jurídica de consumo.

O estudo do paternalismo jurídico se justifica, pois, como destaca VILLELA (1974), apesar do parco estudo pela doutrina jurídica brasileira, o paternalismo é “uma característica que, ao lado do [formalismo] e do legalismo, definiria a nossa cultura jurídica”.

De fato, apesar de ser senso comum afirmações como que a Justiça brasileira, especialmente a Justiça do Trabalho, é extremamente paternalista, raros são os estudos que se propõem a analisar tal fenômeno do ponto de vista jurídico.

Afinal, quais são as características que nos levam a afirmar que o ordenamento brasileiro é, em um ou noutro caso, paternalista? A adoção de um ordenamento paternalista é, por si só, um fato negativo ou se justifica? Dentro deste contexto, pode-se afirmar que a legislação consumerista é paternalista? Para além do paternalismo jurídico (se concluirmos que ele existe), verifica-se, ainda, no contexto brasileiro, um paternalismo pretoriano<sup>1</sup>? O modelo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas interfere na política paternalista?

As perguntas acima é que nos motivam a elaborar o presente estudo e que demonstram a sua importância.

Para tanto, no segundo capítulo, analisaremos o conceito de paternalismo e, mais precisamente, o conceito de paternalismo jurídico.

Também no segundo capítulo será abarcado o tema do paternalismo pretoriano, isto é, o paternalismo proveniente das decisões dos tribunais pátrios.

No terceiro capítulo, o foco será o estudo dos direitos fundamentais, buscando a definição se os mesmos seriam ou não direitos paternalistas. Dentro do estudo dos direitos fundamentais, e considerando o fim último do nosso trabalho que é o estudo da relação jurídica de consumo sob o prisma paternalista, se dará

---

<sup>1</sup> A expressão paternalismo pretoriano é de alcunha de SAMPAIO JÚNIOR (2007), em “A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico” para definir o paternalismo identificado nas decisões jurisprudenciais brasileiras.

especial atenção ao estudo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Neste norte, não é despiciendo mencionar que a relação de consumo, em regra, se dá no campo particular, entre fornecedor e consumidor, sujeitos de direito privado. Como exceção, pode ocorrer a relação de consumo tendo como fornecedor o Estado. Desta forma, o estudo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares toma especial importância, motivando a sua análise.

No quarto capítulo, o estudo será dedicado ao consumidor, sujeito da proteção especial da relação de consumo. Neste capítulo, com base nos estudos já efetuados nos capítulos anteriores, é que será apurado se o Código de Defesa do Consumidor é uma norma paternalista. Da mesma forma, será apontado se é justificável a existência de uma norma paternalista para proteção do consumidor.

Por fim, no quinto e último capítulo, será apresentada a conclusão deste trabalho, que se espera seja produtivo.

## PATERNALISMO JURÍDICO

### 2.1 Conceito de paternalismo

A expressão paternalismo remete à relação paterno-filial, bem como às relações análogas, soberano-súdito, patrão-empregado, médico-paciente.

FOTION (1979) destaca que a melhor maneira de se compreender o paternalismo é pela analogia com a relação entre pai e filho.

A melhor maneira de entender "o paternalismo" é vista como um conceito com base em uma analogia, em concorrência com outros conceitos à maioria dos quais também são baseados em analogias. A analogia com a qual o conceito de paternalismo chama a nossa atenção é, obviamente, com a relação especial de família entre pai e filho. Um Estado, organização ou até mesmo indivíduo é dito ser paternalista agindo com respeito a outro Estado, organização ou indivíduo quando ele está agindo como um pai age com relação a seu filho ou filhos. (FOTION, 1979, p. 191, tradução nossa)<sup>2</sup>.

Ordinariamente, o termo "paternalismo" é carregado de um caráter pejorativo, advindo da noção de protecionismo exacerbado ou mesmo de apadrinhamento dos protegidos pela relação paternalista.

Decerto, há uma fronteira tênue entre a atuação paternalista que visa à proteção do indivíduo, de uma atuação extremada, que reduz a sua livre iniciativa.

DWORKIN (2010), em seu conceito de paternalismo, enfatiza o intuito protecionista do instituto.

O paternalismo é a interferência de um Estado ou uma pessoa sobre outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada por um desejo de proteção da pessoa resguardada contra danos que possa lhe atingir. A questão do paternalismo surge a respeito de restrições impostas pelo direito, como a legislação anti-drogas, o uso obrigatório do cinto de

---

<sup>2</sup> "The best way to understand "paternalism" is to view it as a concept, based upon an analogy, in competition with other concepts most of which are also based upon analogies. The analogy to which the concept of paternalism draws our attention is concerned, quite obviously, with the special family relationship of father to child. A state, organization, or even an individual is said to be acting paternalistically with respect to another state, organization, or individual when it is acting as a father acts with respect to his child or his children".

segurança, e em contextos médicos, a retenção de informações relevantes sobre a situação do doente pelos médicos. No plano teórico, levanta questões sobre como as pessoas devem ser tratadas quando são incapazes de raciocínio total. (DWORKIN, 2010, tradução nossa)<sup>3</sup>.

É necessário, contudo, antes de adentrar o estudo valorativo do termo paternalismo – ou seja, se o paternalismo é justificado ou injustificado – aprofundar o estudo descritivo do termo.

ALEMANY GARCÍA (2005a) afirma que a elucidação do conceito de paternalismo deve partir do estudo do “modo” e da “finalidade” da implantação da relação paternalista.

### *2.1.1 O modo de exercício do paternalismo*

O exercício do paternalismo pressupõe o exercício de um poder. Somente haverá uma relação paternalista entre *A* perante *B*, se *A* possui algum poder perante *B*.

Imagine a relação paternalista clássica entre pai e filho. Há uma nítida relação de sujeição, ainda que meramente afetiva ou moral, que possibilita ao pai tomar atitudes que ele entende que são em benefício ou no melhor interesse do filho, mesmo que o filho pense de forma contrária ao pai.

A adoção de tais medidas pelo pai, evidencia um poder que o pai invoca e o filho, seja por questões morais, afetivas ou, em um primeiro momento da vida, na tenra infância, pela simples ausência de autodeterminação, se sujeita.

Para elucidar a questão, relato um caso presenciado recentemente.

Em plena campanha de vacinação contra a influenza H1N1, presenciei uma mãe impondo o seu poder sobre sua filha, que, apesar de já ter alcançado a maioridade e, portanto, juridicamente responsável pelos seus atos, se negava a receber a vacina por medo da injeção. A trivialidade do fato chama atenção, pois a mãe fez valer sua autoridade como mãe, considerando exclusivamente os vínculos

---

<sup>3</sup> “Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm. The issue of paternalism arises with respect to restrictions by the law such as anti-drug legislation, the compulsory wearing of seatbelts, and in medical contexts by the withholding of relevant information concerning a patient's condition by physicians. At the theoretical level it raises questions of how persons should be treated when they are less than fully rational”.

afetivos e morais, pois, juridicamente, já não havia a possibilidade de uma imposição do comportamento.

A vacinação não é um dever impositivo. Nem mesmo o Estado obrigou os brasileiros em determinada faixa etária a se vacinarem, como, por certo, não poderia a mãe, do ponto de vista exclusivamente jurídico, obrigar sua filha a adotar este comportamento.

ALEMANY GARCÍA (2005a), citando ensinamentos de ZIMMERLING<sup>4</sup>, afirma que há quatro pontos determinantes para a caracterização do paternalismo:

Há quatro idéias nos ensinamentos de Zimmerling que me parecem importantes para o tema do paternalismo: o exercício do poder se orienta a obter intencionalmente (I) um comportamento de outro (II); é possível exercer o poder por meio do exercício da influência (III); e o exercício do poder implica responsabilidade por parte de quem o exerce, ainda quando o poder se exerce por meio de exercer a influência (IV). (ALEMANY GARCÍA, 2005a, p. 269, tradução nossa)<sup>5</sup>.

Seguindo o raciocínio esposado, o mencionado autor enfatiza que a ação paternalista é sempre uma ação intencional. O que se deseja pela intervenção paternalista é que um determinado indivíduo ou a sua coletividade B deixe de praticar atos que, na concepção do indivíduo A, são maléficos ou danosos para B. Pretende-se, portanto, uma modulação do comportamento de B.

A modulação do comportamento de B somente é obtida por meio do poder, ainda que o instrumento de poder não seja a coação, mas sim a influência que A detém sobre B. O paternalismo se funda no exercício de um poder capaz e suficiente de retirar, ou, ao menos, limitar a autodeterminação do indivíduo B.

De fato, curvando-se aos ensinamentos de WEBER (2004), pode-se afirmar que o paternalismo pressupõe uma dominação de A sobre B. Segundo o autor alemão, três seriam os tipos de dominação legítima.

§ 2. Há três tipos *puros* de dominação legítima. A vigência de sua legitimidade pode ser, primordialmente:

1. de caráter *racional*: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou

<sup>4</sup> Zimmerling, Ruth: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, ed. Kluwer, 2005.

<sup>5</sup> Hay cuatro ideas en la aproximación de Zimmerling que me parecen importantes para el tema del paternalismo: el ejercicio del poder se orienta a obtener intencionalmente (I) un comportamiento de otro (II); es posible ejercer el poder por medio de ejercer influencia (III); y el ejercicio de poder conlleva responsabilidad por parte de quien lo ejerce, aun cuando el poder se ejerce or medio de ejercer influencia (IV).



2. de caráter *tradicional*: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representa a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim,

3. de caráter *carismático*: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática).

No caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas. No caso da dominação tradicional, obedece-se à pessoa do *senhor* nomeada pela tradição e vinculada a esta (dentro do âmbito de vigência dela), em virtude de devoção aos hábitos costumeiros. No caso da dominação carismática, obedece-se ao *líder* carismaticamente qualificado como tal, em virtude de confiança pessoal em revelação, heroísmo ou exemplaridade dentro do âmbito da crença nesse seu carisma. (WEBER, 2004, p. 141).

Considerando a divisão dos três tipos puros de dominação, pode-se, de antemão, afirmar que, no que diz respeito ao paternalismo jurídico, a dominação está fundada no caráter racional, ou seja, na crença do dever de obediência ao poder legalmente instituído.

Ao se conferir tamanho poder a A sobre B, transfere-se a A a responsabilidade pelo comportamento de B, uma vez que este é fruto da vontade de A imposta sobre B. Há, aqui, um dilema moral, pois o paternalismo, que é uma atitude benevolente de A sobre B, abre a possibilidade de responsabilização de A pelo comportamento de B.

É importante destacar que o exercício do paternalismo não implica necessariamente a responsabilização do indivíduo A sobre o resultado do comportamento imposto a B. Pode-se exemplificar tal questão através da norma de utilização compulsória do cinto de segurança em veículos automotores. A imposição estatal de tal norma para os condutores e passageiros de veículos não implica a responsabilização do Estado pelos resultados advindos de tal comportamento. Assim, se, após um acidente, a vítima falece por não ter conseguido sair do veículo em decorrência de ter ficado presa no cinto de segurança ou mesmo se o falecimento decorre de ferimentos advindos diretamente do uso do cinto de segurança (como ocorreu com jogador de futebol Dener, estrangulado pelo cinto de segurança) não haverá necessariamente uma responsabilização do Estado.

Conclui-se, pois, que o paternalismo é caracterizado pelo exercício de poder, de um ser sobre o outro. Busca-se, com o exercício do paternalismo, a adequação de um comportamento, baseado na crença de um indivíduo naquilo que entende ser

o melhor para o outro. O exercício de tamanho poder pode implicar, não há aqui um determinismo, a assunção de responsabilidade do indivíduo A sobre B.

Definido o *modo* do paternalismo, resta então apurar qual a sua finalidade.

### 2.1.2 A finalidade do paternalismo

Como já dito, o paternalismo implica a conformação do exercício de um comportamento de um ser, através do uso do poder. Mas, qual a intenção da orientação do comportamento de B? A impõe seu poder perante B, ainda que o exercício do poder seja advindo de uma influência de A sobre B, sem um objetivo específico?

Por certo que não!

O exercício de poder no paternalismo tem por finalidade evitar danos a B ou, de forma mais avançada, conseguir que B se comporte de forma a evitar danos a si mesmo.

No entanto, os danos que o paternalismo busca evitar não são danos de qualquer natureza, como enfatiza ALEMANY GARCÍA (2005a). Para o Autor, quanto à finalidade, duas questões chaves devem ser fixadas. Primeiro, o paternalismo busca evitar danos e não beneficiar o indivíduo. Segundo, os danos a serem evitados são de ordem física, psíquica e/ou econômica e não danos de qualquer natureza, como, em particular, os danos à moral.

#### **2.1.2.1 A distinção entre “beneficiar” e “evitar danos”**

A confusão entre “beneficiar” e “evitar danos” é evidente. Não há dúvida que, quando se evita um dano, estar-se-ia, em certa medida, trazendo um benefício para o indivíduo.

Por outro lado, a concepção de “beneficiar” não está limitada a se evitar um dano. Ao contrário, como sói claro, o “beneficiar” pode trazer um *plus*, um ganho extra para o indivíduo.

Desta forma, de imediato, afirma-se que o termo “beneficiar” pode ser interpretado em sentido lato, hipótese que abrangeria o termo “beneficiar” em sentido estrito e “evitar danos”.

Pode-se dizer, em um primeiro momento, que “evitar dano” seria impedir a redução de um *status* já alcançado pelo indivíduo. O dano traria para o indivíduo um prejuízo, um decréscimo de um estado de potencialidade já alcançado.

Já “beneficiar” resultaria em um acréscimo no status do indivíduo, que já estaria em um nível de satisfação razoável. O que se pretende com o “beneficiar” é alcançar um nível superior que é engrandecedor, mas não essencial.

A distinção entre os termos é tênue e muitas vezes nebulosa.

A dificuldade de separação se mostra mais evidente quando se imagina que a perda de um benefício pode significar um prejuízo. Neste sentido, pense em um empregado “x” que é dispensado, deixando de solicitar o seguro desemprego, mas que, por possuir uma reserva financeira apropriada, não tem reduzido o seu nível de vida, no período que estava desempregado. É certo que este empregado deixou de se beneficiar com o seguro desemprego, mas não sofreu nenhum dano.

Por outro lado, se um empregado “y”, que já se encontrava em uma situação de penúria quando empregado, deixa de contar com o seguro desemprego no período que estava desempregado, (por ignorância do próprio instituto), estar-se-á diante da perda de um benefício ou de uma ocorrência de dano?

Parece certo que, no segundo exemplo, está-se diante de um caso de concretização de um dano ou, pelo menos, de um agravamento deste.

Diante dos exemplos acima, pode-se concluir, como o fez ALEMANY GARCÍA (2005b), que evitar a omissão de alcançar um benefício pode, em determinados casos, se assemelhar a evitar um dano.

Do anterior resulta que evitar a omissão de aproveitar um benefício, quando esse “benefício” é promover um interesse primordial importância cujo nível de satisfação está abaixo do normal é equivalente a evitar um dano. Dito de outra forma, que qualquer intervenção destinada a impedir que as necessidades básicas, interesses de bem-estar ou bens primários de B permaneçam (ou não caiam) abaixo de uma base plausível para a sua satisfação é uma intervenção que pode ser corretamente descrita como “evitar danos à B”. (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 476, tradução nossa)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> De lo anterior se deriva que evitar la omisión de aprovechar un beneficio, cuando este “beneficio” consiste en avanzar un interés de extraordinaria importancia cuyo nivel de satisfacción está por debajo de lo normal es equivalente a evitar un daño. Dicho de otra manera, que cualquier intervención orientada a evitar que las necesidades básicas, intereses del bienestar o bienes primarios de B permanezcan (o no caigan) por debajo de

A idéia de evitar danos compreende, por conseguinte, assegurar ao indivíduo não só suas necessidades básicas, mas como atingir uma vivência de bem estar. Sobre este duplo foco “necessidades básicas” e “interesse de bem estar” são construídas as políticas públicas ditas paternalistas, como no Brasil notabiliza-se a “bolsa família”<sup>7</sup>.

### **2.1.2.2 A distinção entre paternalismo e perfeccionismo**

É necessário, contudo, fazer a distinção entre as ações paternalistas e as ações denominadas “perfeccionistas”.

Tanto o perfeccionismo, quanto o paternalismo se caracterizam por serem o exercício de um “poder benevolente”. Contudo, o perfeccionismo se caracteriza pela maximização de benefícios e moralismo, enquanto, o paternalismo é minimizador de danos e orientá-se na busca do bem estar.

Para ilustrar esta distinção, ALEMANY GARCÍA (2005a) traz alguns exemplos:

“fazer obrigatória a educação geral básica seria paternalista enquanto que impor uma educação esmerada em, por exemplo, belas artes seria perfeccionista; impor uma reabilitação para curar uma lesão física seria paternalista enquanto que fazer obrigatória a prática de esportes pode ser considerado perfeccionista...” (ALEMANY GARCÍA, 2005a, p. 269, tradução nossa)<sup>8</sup>.

É importante evidenciar, como fez ALEMANY GARCÍA (2005b), que o paternalismo e perfeccionismo coincidem-se quanto à forma, mas se distinguem quanto à finalidade.

---

una plausible línea de base de satisfacción de los mismos es una intervención que puede ser correctamente descrita como de “evitar daños a B”.

<sup>7</sup> Segundo o site do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à fome o bolsa família é “um programa de transferência direta de renda com condicionalidades, que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza. O Programa integra o Fome Zero que tem como objetivo assegurar o direito humano à alimentação adequada, promovendo a segurança alimentar e nutricional e contribuindo para a conquista da cidadania pela população mais vulnerável à fome”. Fonte: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/>. Acesso em 17 de Julho de 2010.

<sup>8</sup> “hacer obligatoria la educación general básica sería paternalista mientras que imponer una educación esmerada en, por ejemplo, bellas artes sería perfeccionista; imponer una rehabilitación para curar una lesión física sería paternalista mientras que hacer obligatoria la práctica del deporte podría ser considerado perfeccionista...”

“A conclusão é que o paternalismo e o perfeccionismo coincidem na forma mas se distinguem na finalidade da intervenção. (...), enquanto que o paternalismo se orienta para evitar danos e somente danos do tipo físico, psicológico e econômico, o perfeccionismo se orientaria a beneficiar (perfeccionismo) e os benefícios são do tipo moral (a realização das virtudes morais). Ambas as intervenções têm em comum a preocupação sobre o indivíduo que suporta a intervenção.” (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 481, tradução nossa)<sup>9</sup>.

Portanto, a busca exacerbada de benefícios não é uma característica do paternalismo, mas sim do perfeccionismo. Porquanto ambos podem ser considerados práticas “benevolentes”, estes, contudo, não se confundem, como já demonstrado.

### **2.1.2.3 Danos físicos, psíquicos e econômicos.**

ALEMANY GARCÍA (2005b), baseando-se nas lições de FEINBERG e GARZÓN VALDÉS, limita os danos a serem evitados pelo paternalismo jurídico aos danos de ordem física, psíquica e/ou econômica e não danos de qualquer natureza, como em particular os danos à moral.

A pretensão do autor ao classificar os referidos danos, mais do que limitar a esfera de atuação do paternalismo jurídico, é afastar o paternalismo jurídico do moralismo jurídico, ou seja, impedir que o paternalismo jurídico invada a intimidade de B, modelando as idéias e o caráter do mesmo.

Com efeito, ao se afastar à proteção paternalista dos “daños morales” não se está aqui abarcando a figura típica do dano moral<sup>10</sup>, mas sim uma figura que podemos denominar de “dano à moral”.

“Seguindo as propostas de Joel Feinberg e Ernesto Garzón, se passou a considerar a finalidade da intervenção paternalista consiste especificamente em evitar danos de certa natureza, isto é, danos de tipo físico, psíquico ou econômico. Esta restrição deixa de fora os denominados “danos à moral”

---

<sup>9</sup> “La conclusión es que paternalismo y perfeccionismo coincidem en la forma pero se distinguen por la finalidad de la intervención. (...), mientras que el paternalismo se orienta a evitar daños y sólo daños de tipo físico, psíquico y económico, el perfeccionismo se orientaría a beneficiar (al perfeccionamiento) y los beneficios son de tipo moral (el logro de virtudes morales). Ambas intervenciones tendrían en común que la preocupación es por el mismo individuo que suporta la intervención.”

<sup>10</sup> Sobre a definição de dano moral no direito brasileiro, traz-se lição de Humberto THEODORO JÚNIOR: “De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”)”. (THEODORO JÚNIOR, 1998).

que, seguindo a caracterização que o fez Joel Feinberg, seriam danos ao caráter do indivíduo, entendido este com um conjunto de disposições a atuar de certa maneira. Algumas destas disposições as consideramos “virtudes” como, por exemplo, a coragem ou a franqueza e outras “defeitos” como, por exemplo, a preguiça ou a insinceridade.

O paternalismo moralista tentar impedir os indivíduos de realizar ações que resultem na degradação do seu caráter. Este seria o caso, por exemplo, da interferência orientada a evitar que os indivíduos consumam pornografia, pressupondo que esse consumo tem como consequência a degradação de seu caráter moral, tornando-os mais destemperado, mais egoístas, etc.” (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 478, tradução nossa)<sup>11</sup>.

A figura do dano moral, como notabilizada no direito brasileiro, é alvo sim da proteção paternalista, caracterizando-se pelo resguardo ao dano de ordem psíquica, na classificação de ALEMANY GARCÍA.

Por outro lado, os danos de ordem física e econômica completam o quadro de danos protegidos pela intervenção paternalista.

O importante, como enfatizado acima, é que o paternalismo não seja utilizado como uma prática de politização ideológica ou religiosa. O paternalismo puro não privaria o indivíduo da autodeterminação ou da livre manifestação de consciência.

Contudo, não se pode fechar os olhos à realidade de que inúmeras vezes o paternalismo (e temos que lembrar que existem várias esferas de atuação do paternalismo, como na relação pai-filho, governante-governado, patrão-empregado) é desvirtuado para a modelação do pensamento do ente protegido.

Para trazer somente um exemplo deste contexto, imagine a questão religiosa, e como é comum que o pai tente afastar o filho do convívio com outras crenças, baseado na concepção do pai que a sua crença é a correta e a outra representaria o demônio, usando aqui a personificação do mal da cultura judaico-cristã.

---

<sup>11</sup> “Siguiendo las propuestas de Joel Feinberg y Ernesto Garzón, he partido de considerar que la finalidad de la intervención paternalista consiste específicamente en evitar daños de cierta naturaleza, esto es, daños de tipo físico, psíquico o económico. Esta restricción deja fuera los denominados “daños morales” que, según la caracterización que los mismos hace Joel Feinberg, serían daños al carácter de un individuo, entendido este como un conjunto de disposiciones a actuar de cierta manera. Algunas de estas disposiciones las consideramos “virtudes” como, por ejemplo, la valentía o la franqueza y otras “defectos” como, por ejemplo, la pereza o la insinceridad.

El paternalismo moralista trataría de evitar que los individuos lleven a cabo acciones que tienen como consecuencia la degradación de su carácter. Éste sería el caso, por ejemplo, de la interferencia orientada a evitar que los individuos consuman pornografía, presuponiendo que tal consumo tiene como consecuencia la degradación de su carácter moral haciéndoles menos moderados, más egoísta, etc”

A adoção de tal medida não caracterizaria uma intervenção paternalista pelo conceito apresentado e defendido, pois o dano a ser resguardado seria “dano à moral”, ou seja, um dano à livre concepção de idéia, caráter ou crença. Ainda que se admita tal prática como paternalista (utilizando o termo no seu sentido genérico), a mesma, em hipótese alguma, poderia ser concebida como paternalismo jurídico ou estatal, pois não compete a esta seara do paternalismo a intervenção na manifestação de consciência do seu governado, apesar de, frise-se, ser notória a existência de estados concebidos sobre o pilar religioso, como o Irã.

Transpassados o *modo* e a *finalidade* do paternalismo, pode-se defini-lo como o exercício de um poder de A sobre B, com a finalidade de conformação do comportamento de B, para que este não execute ações ou omissões que lhe tragam dano ou o exponham ao perigo de sofrer o dano, sendo estes danos entendidos como os danos físicos, psíquicos ou econômicos.

## **2.2 O paternalismo jurídico**

Constatado que o paternalismo se caracteriza pelo exercício de um poder, pode-se rapidamente concluir que o paternalismo jurídico caracteriza-se pelo exercício de um poder jurídico de A sobre B.

A conclusão acima, apesar de correta, não encerra, contudo, o estudo do paternalismo jurídico.

A primeira questão que se deve esclarecer é o quê se pode entender por poder jurídico.

Seguindo a classificação de dominação legítima de WEBER (2004) exposta alhures, pode-se afirmar que este poder é de caráter racional, fundado na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando dos que emanam a ordem, ou seja, de A.

Desta forma, somente existe paternalismo jurídico porque B aceita e confere direito de mando a A.

O primeiro ponto então é que A tem legitimidade conferida por B para exercer um poder sobre ele. Se não houvesse esta relação de superioridade hierárquica entre A e B, não haveria que se falar em paternalismo jurídico.

Logo, como já dito inúmeras vezes, o paternalismo caracteriza-se pelo exercício de um poder de A sobre B, estando B apenas sujeito ao cumprimento deste poder, que foi exercido, na lógica paternalista, no seu melhor interesse, a fim de lhe evitar um dano ou exposição a tal risco.

Em outras palavras, o sujeito passivo do paternalismo jurídico B é o foco da proteção. O poder é exercido dentro da finalidade já estudada do paternalismo, para que B não sofra nenhum dano ou não se exponha ao dano.

Desta forma, pode-se concluir que o poder jurídico paternalista está ligado a um direito potestativo, isto é, a imposição de poder de A sobre B que está inarredavelmente sujeito à vontade de A. Não se pode afirmar que todo o direito potestativo seja um direito paternalista. Longe disso! O direito do empregador dispensar o seu empregado não possui nada de paternalista e é, sem dúvida alguma, um direito potestativo<sup>12</sup>.

Contudo, todo o exercício de um direito paternalista, como se afeiçoa pela imposição de vontade, tendo como consequência a sujeição do destinatário da norma, possui, evidentemente, natureza potestativa.

ALEMANY GARCÍA (2005a), ao discorrer sobre o poder no paternalismo jurídico, utiliza-se da distinção entre os poderes jurídicos públicos e privados, afirmando que somente nas relações de poderes públicos poderia estar presente o paternalismo jurídico.

“Os atos jurídicos caracterizam-se por serem realizados conforme a norma jurídica que conferem poderes. Os poderes jurídicos são geralmente divididos em públicos (geralmente chamado de "competências") e privados (geralmente chamado de "capacidades"). Ambas as competências e capacidades, são o exercício de poderes, mas enquanto se é "capaz de modificar a situação jurídica própria, ao contrário, se é competente para alterar a da outra pessoa". As competências se caracterizam porque o titular das mesmas pode intencionalmente alterar a situação jurídica da outra, sem contar com a aceitação do mesmo, enquanto que as capacidades ou bem se esgotam seus efeitos sobre a pessoa que executa ou bem estendem seus efeitos para terceiros voluntários. O exemplo clássico de um exercício de capacidade é o negócio jurídico (que pode ser visto como promessas recíprocas) e de competência pode ser o ato administrativo. Tão somente os poderes públicos podem ser descritos como o exercício do poder (jurídico) de A (o titular do poder) sobre B (o sujeito juridicamente ao poder de A).

---

<sup>12</sup> Sobre direito potestativo, Francisco Amaral (2006) afirma que: “Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir”. (Francisco Amaral, 2006, p. 200-201).



Seguindo esta última idéia, pode-se dizer que o paternalismo jurídico consiste no *exercício de uma competência jurídica*. Dado que no paternalismo o objetivo de A é impedir que B leve a cabo atos que prejudicarão a si mesmo, o que implique em um aumento do risco de dano, é plausível sustentar que o paternalismo jurídico, o exercício por parte de A de sua competência sobre B deve de alguma forma limitar as escolhas de B (pelo menos, limitar a B uma opção auto-infligir dano, de aumentar o risco de dano).” (ALEMANY GARCÍA, 2005a, p. 279, tradução nossa)<sup>13</sup>.

A descrição de competência feita por ALEMANY GARCÍA (2005a) enquadra-se na conceituação de direito potestativo, demonstrando o caráter de imposição/sujeição contido no poder jurídico do paternalismo jurídico.

Contudo, diferentemente do defendido por ALEMANY GARCÍA<sup>14</sup> (2005a), entende-se que o paternalismo jurídico não está adstrito ao exercício do poder público. Na esfera privada, pode-se imaginar atos de imposição/sujeição, como os determinados pelo poder público. Neste sentido, imaginem a adoção de medidas paternalistas aprovadas por uma assembleia geral em uma companhia ou mesmo em um condomínio. Aos acionistas e condôminos nada mais resta do que se sujeitarem às deliberações (desde que legais) da assembleia, pois esta é o órgão soberano para tanto.

Aliás, no que diz respeito às companhias, têm-se tornado mais intensos os apelos de medidas paternalistas no melhor interesse dos minoritários. Quando tais medidas são fruto de determinações legais, está-se diante do exercício paternalista originário do poder público, como descrito acima. Quando, por outro lado, a própria

---

<sup>13</sup> “Los actos jurídicos se caracterizan por haber sido realizados conforme a normas jurídicas que confieren poderes. Los poderes jurídicos se suelen dividir en poderes públicos (generalmente, llamados “competencias”) y privados (generalmente, llamados “capacidades”). Ambas, competencias y capacidades, son el ejercicio de poderes, pero mientras que se es “capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas”. Las competencias se caracterizan porque el titular de las mismas puede intencionalmente modificar la situación jurídica de otro sin contar con la aceptación del mismo, mientras que las capacidades o bien agotan sus efectos en la persona que las ejecuta o bien extienden sus efectos a terceros voluntarios. El ejemplo clásico de ejercicio de una capacidad es el negocio jurídico (que puede ser visto como promesas recíproca) y de una competencia puede ser el acto administrativo. Tan sólo los poderes públicos que son competencias pueden ser descritos como el ejercicio de un poder (jurídico) de A (el titular del poder) sobre B (el sujeto jurídicamente al poder de A).

Seguindo com esta última idea, cabría decir que el paternalismo jurídico consiste en el *ejercicio de una competencia jurídica*. Dado que en el paternalismo el objetivo de A es evitar que B lleve a cabo actos que le dañan a sí mismo, que le suponen un incremento de riesgo de daño, es plausible sostener que en el paternalismo jurídico el ejercicio por parte de A de su competencia sobre B debe limitar de alguna manera las opciones de B (al menos, limitará a B una opción de auto-infligirse un daño, de aumentar los riesgos de daños)”.

<sup>14</sup> A idéia de que ALEMANY GARCÍA limita o paternalismo jurídico ao paternalismo jurídico estatal pode ser ainda comprovada no item 2.3.2. *Los sujetos de la relación paternalista*, pág. 457/460, do texto do mesmo autor: *El Concepto y la justificación del paternalismo*, 2005b, citado nas referências bibliográficas.

companhia, através da assembleia, órgão soberano, adota tais medidas, presenciando uma ação paternalista no âmbito privado, perfeitamente aceitável.

Um exemplo de dispositivo de caráter paternalista é o art 254-A<sup>15</sup> da Lei 6.404/76, Lei de Sociedade por ações, (Brasil, 1976) que institucionaliza o que a doutrina denominou *tag along*<sup>16</sup>. Tal norma assegura aos minoritários a possibilidade de venda de suas ações, no caso de venda do controle acionário da companhia, pelo valor mínimo de 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação integrante do bloco de controle da companhia.

Há, no caso, manifesta intervenção paternalista na esfera privada, reduzindo o risco de dano econômico aos minoritários, ao lhes assegurar a venda de suas ações pelo valor mínimo de 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação integrante do bloco de controle da companhia ou, ao menos, como determina o parágrafo quarto do mesmo artigo, o recebimento de um prêmio pela diferença de valor de mercado das ações.

Apesar do exemplo acima se tratar de uma intervenção na esfera privada, ele se caracteriza por ser uma prática paternalista advinda do poder público. É o Estado A que impõe aos minoritários B, uma modulação do comportamento, de modo que tenham assegurado o direito de venda de suas ações por um preço mínimo ou, se permanecerem na companhia, que recebam um prêmio, que lhes assegure o ganho econômico da transação do controle acionário da mesma. A ação paternalista aqui visa evitar um dano econômico ao sujeito B, ou seja, o minoritário.

Se, por outro lado, o direito *tag along* for ampliado por disposição da assembleia de acionistas, estabelecendo, por exemplo, o direito dos minoritários de negociarem suas ações pelo mesmo valor, ou seja, 100% (cem por cento) do preço

---

<sup>15</sup> “Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutive, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (...)”

§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle”.

<sup>16</sup> Sobre o direito *tag along*, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2007) traz a seguinte lição: “Com o passar do tempo, veio a preponderar uma posição de parcela da doutrina, então dividida, no sentido de que o acionista minoritário das companhias abertas também contribuía com seus recursos para o sucesso da empresa, e, por isto, deveria ser contemplado com uma parcela dos ganhos que o controlador viesse a obter na venda do controle. Daí o estabelecimento do princípio do *tag along*, ou seja, o direito de acompanhar o controlador na venda do controle, com o pagamento pelo adquirente de 80% do valor de negociação das ações de controle”.

de venda das ações do bloco controlador, ter-se-á a adoção de uma prática paternalista proveniente do âmbito privado.

Outro exemplo de paternalismo na esfera privada é a adoção de prática de troca de peças no comércio em decorrência de fato do consumidor, seja ele o adquirente da peça ou o presenteado com a mesma, não gostou da mesma ou ainda ela não correspondia ao tamanho adequado. Ora, como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor somente exige do fornecedor a substituição de peças com vício ou defeito. O desacordo da peça com as pretensões do seu destinatário não é causa de sua substituição, salvo quando esta for adquirida fora do estabelecimento comercial e tal fato ocorra em até 7 (sete) dias, como estabelece o art. 49<sup>17</sup> do Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990). Contudo, é fato notório e, salvo melhor juízo, prática uníssona a substituição de peças em perfeito estado pela simples vontade do beneficiado.

Portanto, ao contrário do defendido pelo ALEMANY GARCÍA (2005a), a “competência” caracterizadora do poder jurídico do paternalismo jurídico não é exclusividade do Poder Público. Pode-se, como demonstrado nos exemplos acima, identificar tal poder na esfera privada. O que caracteriza o poder jurídico do paternalismo jurídico não é o pólo de emanção da norma jurídica, isto é, ser público ou privado, mas sim que este pólo tenha condição de impor o direito (direito potestativo), condicionando o comportamento de B, que se sujeita à ordem.

Aclara-se, assim, que o paternalismo jurídico pode ser exercido em diferentes etapas ou esferas de competência. ALEMANY GARCÍA (2005a) sintetiza de forma apropriada a possibilidade de exercício do paternalismo em diferentes etapas:

“Ao considerar o paternalismo legal como o exercício do poder legal também torna-se manifesto que o paternalismo pode ser exercido em diferentes fases. Em primeiro lugar, teríamos um poder constituinte (no caso de um sistema constitucional) que pode exercer o paternalismo, por exemplo, definindo o direito constitucional à assistência jurídica como um direito e dever. Em segundo lugar, teríamos um legislador que pode seguir o mesmo exemplo, na legislação processual estabelece a obrigação de assistência judiciária. Em terceiro lugar, encontrar um juiz que declara que o

---

<sup>17</sup> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

réu não tem direito de se defender sem advogado. Finalmente, gostaríamos de, em alguns casos, um funcionário público que executa as disposições do juiz ." (ALEMANY GARCÍA, 2005a, p. 281, tradução nossa)<sup>18</sup>

Elucida-se, mais uma vez, que, além das diferentes fases apresentadas por ALEMANY GARCÍA (2005a), todas concentradas no poder público, entende-se que, também na esfera privada é possível a adoção de práticas de paternalismo jurídico, ressaltando, contudo, que, por certo, se darão em menor número se comparadas com as práticas públicas.

### **2.3 Os sujeitos tutelados pelo paternalismo jurídico**

Verificado que o paternalismo jurídico se caracteriza pelo exercício do poder jurídico de A sobre B. Verificado, ainda, que o poder jurídico paternalista é um direito potestativo, que pode ser emanado tanto do poder público, quanto na esfera privada, resta saber quem é o destinatário, ou melhor dizendo, o tutelado do paternalismo jurídico.

O estudo do sujeito passivo da relação paternalista passa pelo estudo da distinção entre paternalismo forte ou exacerbado e paternalismo fraco ou débil, assim como o estudo do paternalismo puro e impuro.

#### *2.3.1 A distinção entre paternalismo forte (exacerbado) e paternalismo débil (fraco ou moderado).*

---

<sup>18</sup> “Al considerar el paternalismo jurídico como el ejercicio de un poder jurídico también se pone de manifiesto que el paternalismo se puede ejercer en diferentes etapas. En primer lugar, tendríamos un poder constituyente (si se trata de un sistema constitucional) que puede ejercer el paternalismo, por ejemplo, configurando el derecho constitucional a la asistencia letrada como un derecho-deber. En segundo lugar, tendríamos un poder legislativo que puede, siguiendo con el mismo ejemplo, establecer en las leyes procesales la obligación de la asistencia letrada. En tercer lugar, encontraríamos un juez que declara que cierto acusado no tiene derecho a defenderse a sí mismo sin contar con la asistencia letrada. Por último, tendríamos, en algunos casos, un funcionario público que ejecuta las disposiciones del juez”.

De maneira geral, até mesmo pelos opositores do paternalismo jurídico, há um consenso quanto à sua importância e até mesmo necessidade quando os sujeitos tutelados são os menores.

A condição de proteção aos menores leva a duas direções. Primeiro, os adultos, por serem diferentes dos menores, devem ser tratados de forma distinta. Segundo, os adultos, na medida em que se igualam aos menores, devem ser tratados da mesma maneira.

Da conclusão acima se pode ampliar o conceito de proteção do paternalismo jurídico amplamente aceito não somente aos menores, mas aos incapazes. Quando um adulto possui o discernimento prejudicado, seja transitório ou definitivamente<sup>19</sup>, na proporção desta incapacidade, terá ele o mesmo tratamento dispensado ao menor.

Por sua vez o menor, ainda que possua uma condição de discernimento ampliada, terá como marco para sua incapacidade um critério objetivo, a sua idade. No caso do direito brasileiro, os marcos são as idades de 16 (dezesesseis) anos, passagem da incapacidade absoluta para incapacidade relativa, e de 18 (dezoito) anos, fim da incapacidade relativa e início da vida adulta.

A distinção entre paternalismo jurídico forte e paternalismo jurídico fraco passa justamente pelo destinatário do paternalismo jurídico, isto é, se o destinatário estaria limitado aos incapazes ou se o paternalismo também se prestaria a proteção daqueles capazes civilmente que possuem discernimento para adequação do seu comportamento.

Neste sentido, ALEMANY GARCÍA (2005b) traz valiosa lição:

---

<sup>19</sup> Sobre a capacidade dos agentes, transcrevem-se os artigos 3º e 4º do Código Civil, que regulamentam a matéria no direito brasileiro:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Deste ponto de vista, sendo coerente com o meu conceito de paternalismo, proponho compreender a distinção entre o paternalismo forte e fraco da seguinte forma: o paternalismo forte seria a doutrina que considera que a incompetência é o estado normal da maioria dos indivíduos, enquanto o paternalismo débil seria a doutrina que considera que a incompetência é um estado excepcional para todos os indivíduos, em alguns dos seguintes sentidos: a) "excepcional" no sentido de essencialmente transitório (como no caso da minoridade ou do estado transitório de alienação), b) "excepcional", na acepção de anormal para o funcionamento normal da consciência (como no caso de doença mental grave) ou c) "excepcional" no sentido de que elas afetam a capacidade indivíduos apenas em relação a determinadas tarefas. Dito de outra forma, o paternalismo forte considera justificado o Estado assumir o papel de pai, enquanto o paternalismo fraco apenas aceitaria a justificação de ações específicas paternalista. (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 488/489, tradução nossa)<sup>20</sup>.

Também neste sentido, Michael J. TREBILCOCK (1997) acentua a distinção entre o paternalismo forte e paternalismo fraco, enfocando que a diferença das duas modalidades está nos agentes a serem protegidos.

Paternalismo forte aprovaria a intervenção legal para proteger os adultos competentes, contra sua vontade, de conseqüências danosas de suas escolhas, mesmo se as escolhas e as compreensões são totalmente voluntárias. Paternalismo fraco, em contrapartida, sustenta que o Estado tem o direito de impedir a auto-determinação de comportamentos prejudiciais quando, mas só quando, esse comportamento é substancialmente não voluntário ou quando a intervenção temporária é necessária para determinar se ela é voluntária. (TREBILCOCK, 1997, p. 149/150, tradução nossa)<sup>21</sup>.

É importante destacar que é difícil se verificar a segmentação rígida de paternalismo dentro de um governo. Em outras palavras, é difícil determinar que um Estado tenha adotado unicamente uma política paternalista forte ou uma política paternalista fraca.

---

<sup>20</sup> “Desde este punto de vista, siendo coherente com mi concepto de paternalismo, propongo entender la distinción entre paternalismo fuerte e débil de la siguiente manera: el paternalismo fuerte sería la doctrina que considera que la incompetencia es el estado normal de la mayoría de los individuos, mientras que el paternalismo débil sería la doctrina que considera que la incompetencia es un estado excepcional para todos los individuos, em alguno de los siguientes sentidos: a) “excepcional” em el sentido de esencialmente transitorio (como en el caso de la minoridad o de los estados de enajenación transitorios), b) “excepcional” en el sentido de anormal com respecto al funcionamiento normal de la especie (como en el caso de las enfermedades mentales graves) o c) “excepcional” en el sentido de que afectaría a las capacidades de los individuos sólo en relación con ciertas tareas. Dicho de otra manera, el paternalismo fuerte considera justificado que el Estado asuma el rol de padre, mientras que el paternalismo débil sólo aceptaría la justificación de concretas acciones paternalistas”.

<sup>21</sup> “Hard paternalism would countenance legal intervention to protect competent adults, against their will, from harmful consequences of their choices, even if the choices and undertakings are fully voluntary. Soft paternalism, in contrast, holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct when, but only when, that conduct is substantially non-voluntary or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary”.

De fato, há uma zona intermediária entre as duas espécies de paternalismo, como será destacado adiante.

### *2.3.2 O deslocamento da figura de proteção do paternalismo do indivíduo para o grupo.*

Para além da figura protetiva focada no indivíduo, o que se verifica, recentemente, é o deslocamento da proteção paternalista para determinadas categorias em determinadas situações, como acentua SAMPAIO JUNIOR (2007), com base nos ensinamentos de CAMERER:

Atualmente, porém, “o foco do paternalismo se deslocou das categorias de pessoa para determinadas situações. Em outras palavras, o paternalismo se fundamentaria na hipótese de que mesmo os mais sagazes, em determinadas situações, não tomariam a melhor decisão”<sup>22</sup>.

Esta nova concepção de desenvolvimento da política paternalista supera os limites estritos do paternalismo fraco, passando o foco a incidir nos indivíduos capazes, no sentido de que não se enquadrariam em nenhuma das situações descritas nos artigos 3º e 4º do Código Civil (Brasil, 2002), mas que, em determinadas situações, deveriam ser protegidos, como os consumidores e empregados, quando na relação de consumo ou na relação de trabalho<sup>23</sup>.

Apesar do risco da adoção destas medidas paternalistas para a liberdade do indivíduo, as mesmas são feitas na concepção de proteção para o indivíduo e que a liberdade de escolha de ação, nestes casos, por força da desproporção de poder entre os indivíduos envolvidos: “fornecedor-consumidor” e “empregador-empregado”, implicaria a impossibilidade de utilização dos direitos assegurados aos protegidos. Em outras palavras, a política paternalista é desenvolvida dentro da crença de que, se não houvesse referida política, por certo o empregador impor a sua vontade ao empregado e o fornecedor a sua vontade ao consumidor.

---

<sup>22</sup> CAMERER, Colin. Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”: preferences and rational choice: news perspectives and legal implications. *University of Pennsylvania law review*, v. 151, n. 3, p. 1.211-1.244, jan. 2003.

<sup>23</sup> Afigura-se aqui o conceito de incompetência básica que será melhor tratado adiante.

Diante de tal quadro, espera-se, no mínimo, que as escolhas sejam feitas levando em consideração levantamentos e estudos para melhor atenderem ao indivíduo foco da proteção paternalista e não fruto de casuísmos e de emoções.

### *2.3.3 Paternalismo puro e paternalismo impuro*

Outra importante classificação do paternalismo é a sua classificação em paternalismo puro e paternalismo impuro.

O paternalismo puro seria a interferência no comportamento da pessoa protegida paternalisticamente. Em outras palavras, como há uma intenção de proteção de B, ocorre uma restrição em sua liberdade de escolha, direcionando o seu comportamento para aquele que é entendido como apropriado para o caso.

Por sua vez, no paternalismo impuro, a norma restritiva é direcionada para um terceiro agente, C, que não é o ente a ser tutelado. Há, assim, uma restrição de comportamento de C, para o melhor interesse de B.

DWORKIN (2010) traz um exemplo esclarecedor sobre a distinção entre o paternalismo puro e impuro.

Suponha que nós impeçamos as pessoas de fabricarem cigarros, porque nós acreditamos que eles são prejudiciais para os consumidores. O grupo que estamos tentando proteger é o grupo de consumidores, não dos fabricantes (que podem sequer serem fumantes). Nossa razão para interferir com o fabricante é que ele está causando dano a outrem. No entanto, a justificativa básica é paternalista, pois intervimos no consentimento do consumidor (assumindo que a informação relevante esteja disponível para ele) para afastar o dano. Não é como o caso em que impede os fabricantes de poluírem o ar. No paternalismo puro, a classe a ser protegida é idêntica com a classe a ser interferida, por exemplo, impedir que nadadores nadem quando salva-vidas não estão presentes. No caso do paternalismo impuro, a classe de pessoas que intervimos é maior do que a classe que está sendo protegida. (DWORKIN, 2010, tradução nossa)<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Suppose we prevent persons from manufacturing cigarettes because we believe they are harmful to consumers. The group we are trying to protect is the group of consumers not manufacturers (who may not be smokers at all). Our reason for interfering with the manufacturer is that he is causing harm to others. Nevertheless the basic justification is paternalist because the consumer consents (assuming the relevant information is available to him) to the harm. It is not like the case where we prevent manufacturers from polluting the air. In pure paternalism the class being protected is identical with the class being interfered with, e.g. preventing swimmers from swimming when lifeguards are not present. In the case of impure paternalism the class of persons interfered with is larger than the class being protected.



Com base no exemplo de DWORKIN (2010), pode-se afirmar que a legislação protecionista do consumidor caracterizaria um exemplo de paternalismo impuro, pois há uma restrição ao comportamento do fornecedor (agente C), no melhor interesse de B (consumidor).

#### 2.3.4 A crítica ao paternalismo.

Muitas são as críticas ao paternalismo, em especial ao paternalismo forte. GARZÓN VALDÉS (1988) aponta que três são os principais argumentos contra o paternalismo, não só ao paternalismo forte: (i) o argumento utilitarista, (ii) o argumento de respeito à autonomia da pessoa e (iii) o argumento da violação ao princípio da igualdade.

##### 2.3.4.1 O argumento utilitarista.

O argumento utilitarista, segundo GARZÓN VALDÉS (1988), desenvolvido por MILL<sup>25</sup>, poderia ser resumido da seguinte maneira:

- a) Ninguém é melhor juiz de si mesmo sobre o que prejudica ou não prejudica os seus próprios interesses: <<...o homem ou mulher mais comum tem (a respeito) meios de conhecimento que superam imensamente aqueles que podem ter qualquer outra>> (1978, 207).
- b) <<A interferência da sociedade, para anular seus juízos e seus propósitos que competem exclusivamente ao indivíduo são baseados em presunções gerais, que podem estar todos errados, e se estiverem corretos, é provável que sejam aplicadas de forma incorreta aos casos individuais>> (1978, 207).
- c) <<Todos os erros que o indivíduo possa cometer contra o conselho e a advertência são compensados pelo mal de permitir que os outros o obriguem a fazer o que eles vêem como que é o seu bem >> (1978, 207).
- d) <<A Humanidade sai ganhando se permitir que todos possam viver como parece bom e não os obrigar a viver como parece bom ao resto>> (1978, 138). (GARZÓN VALDÉS. 1988, p. 158, tradução nossa)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> John Stuart Mill. *On liberty*, Glasgow, 1978

<sup>26</sup> “a) Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses: <<...el hombre o la mujer más común tiene (al respecto) medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquéllos que puede poseer cualquier otros>> (1978, 207).

Para GARZÓN VALDÉS (1988) todas as premissas apresentadas por MILL, que pretendem ser universalmente válidas, são, de fato, falsas, pelas seguintes razões.

Primeiro, pois não é correto afirmar que indivíduo sempre sabe o que é melhor para si. A afirmação retro é sustentada pelo autor com base no exemplo de um indivíduo que renuncia a sua liberdade, assinando um contrato de escravidão, em troca de grande quantia de dinheiro a ser destinada a salvar seu filho da miséria ou da fome.

O exemplo não seria, contudo, suficientemente forte para justificar a premissa contestada. Apesar de o indivíduo ter consciência da perda da sua liberdade, ele o faz, sabedor que não seria a melhor atitude para si mesmo, mas o faz em ato de desprendimento maior, em benefício do seu filho.

Portanto, não seria o caso de desconhecimento do que seria melhor para o indivíduo, mas sim na opção em favor de, na concepção do indivíduo, um bem maior, o bem estar do seu filho.

Apesar de não se concordar com o exemplo, podem-se apontar outros dois que seriam mais adequados. O primeiro, do indivíduo que opta por gastar o seu salário em jogos de azar, não reservando o suficiente para sua subsistência. O segundo, do indivíduo que excede ao limite de velocidade, pelo simples prazer da velocidade, expondo-se ao risco de sofrer um dano ou causá-lo a terceiros.

Há, nos dois casos, a opção por uma escolha que não representa o melhor para o indivíduo, o que resulta na intervenção estatal para, em ambos os casos, modelar o seu comportamento, que tem consciência dos seus atos – frise-se – para que não adote uma atitude contrária ao seu próprio interesse, seja proibindo os jogos de azar, seja limitando a velocidade de acordo com a via.

Com relação à tese “b”, “o argumento das presunções gerais”, estaria sujeito às seguintes objeções por GARZÓN VALDÉS, i) é paradoxal, porque pressupõe um conhecimento suficiente de como a pessoa foi influenciada em seus interesses por

---

b) << Las interferências de la sociedad para anular su juicio y sus propósitos en aquello que únicamente le compete al individuo tienen que estar basadas en presunciones generales, que pueden ser todas equivocadas y, si son correctas, es probable que sean mal aplicadas a los casos individuales>> (1978, 207).

c) << Todos los errores que el individuo puede cometer en contra del consejo y la advertencia están contrarrestados por lejos por el mal de permitir a otros que lo obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien>> (1978, 207).

d) << La humanidad sale ganando si permite que cada cual viva como la parezca bien y no lo obliga a vivir como le parece bien el resto>> (1978, 138)”.

ações passadas e ii) caberia perguntar se o princípio do dano não se baseia também em presunções gerais: *“porque se supõe que uma ação A prejudique a terceiros é proibida com carácter geral, ainda quando em um caso particular a suposição seria falsa”* (GARZÓN VALDÉS, 1988, p. 159, tradução nossa) <sup>27</sup>.

Por fim, quanto às últimas duas teorias, GARZÓN VALDÉS (1988) sustenta que se não conhecemos bem os interesses de cada um, também se torna muito difícil um cálculo do bem estar geral, como perseguido pelo utilitarismo. E, ademais, não é tão certo que a humanidade saia ganhando sempre que permite que o indivíduo viva ao seu bel prazer.

#### **2.3.4.2 O Argumento do respeito à autonomia da pessoa.**

Além do argumento utilitarista acima tratado, GARZÓN VALDÉS (1988) reflete ainda sobre o argumento do respeito à autonomia da pessoa. Para tanto, duas formas distintas de concepção da autonomia da pessoa desenvolvidas pelo autor merecem destaques.

A primeira, seria a autonomia como oportunidade do agente exercer sua capacidade de eleição. Citando HUSAK<sup>28</sup>, GARZÓN VALDÉS (1988) assim define esta forma de capacidade: *“Uma pessoa é autônoma neste sentido na medida em que se há eliminado todos os impedimentos para que na oportunidade do caso possa exercer a sua liberdade de ação”* (GARZÓN VALDÉS, 1988, p. 160, tradução nossa) <sup>29</sup>.

A questão é exemplificada pelo autor argentino através da restrição imposta por uma camisa de força, cujo uso restringe o exercício da capacidade de eleição. Logo, ainda que o indivíduo tenha a capacidade de eleição, o mesmo estará fadado a não exercê-la, pela restrição imposta pela camisa de força.

Para o autor, existem poucos casos que se enquadram em tamanha restrição no paternalismo jurídico.

<sup>27</sup> “porque se supone que una acción A daña a terceros es prohibida con carácter de generalidad, aun cuando en un caso particular la suposición sea falsa”.

<sup>28</sup> HUSAK, Douglas N. *Paternalism and Autonomy*. Philosophy and Public Affairs. 1981, vol. 10. N. 1, p. 27-46.

<sup>29</sup> “Una persona es autónoma en este sentido en la medida en que se han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso pueda ejercer su libertad de acción”.

A segunda forma seria a autonomia como capacidade de eleição. Neste caso, a pessoa perderia a própria a capacidade de eleição e não, como no exemplo da camisa de força, a capacidade de exercício da eleição tomada.

O autor argentino refuta este argumento citando mais uma vez os ensinamentos de HUSAK. Para este, *“se uma intervenção paternalista é eficaz para proteger o bem estar físico do agente, sua capacidade de eleição está na realidade sendo preservada pela interferência”* (GARZÓN VALDÉS, 1988, p. 160, tradução nossa)<sup>30</sup>.

A posição acima é sustentada pelo exemplo do viciado em drogas. A pessoa viciada perderia a capacidade de eleição, o que resultaria, até mesmo para os defensores absolutos da proteção à autonomia da capacidade de eleição, a aceitação de medidas razoáveis para proteger este indivíduo, medidas estas que teriam o caráter paternalista.

Há aqui um ponto crucial a ser esclarecido, o exemplo de GARZÓN VALDÉS (1988) do viciado em drogas justifica o paternalismo fraco, ou seja, a proteção do indivíduo que perdeu a capacidade de eleição, mas não seria base para justificar o paternalismo forte, que supre a capacidade de ação do indivíduo plenamente capaz.

#### **2.3.4.3 O Argumento da violação ao princípio da igualdade.**

Sobre a violação ao princípio da igualdade pela atuação paternalista, esta é sustentada pela premissa de que todo o paternalismo pressupõe uma relação de superioridade e subordinação, que resultaria na violação ao princípio da igualdade.

Primeiro, o princípio da igualdade não é absoluto. Por certo não há como sustentar que o Estado e o indivíduo são iguais, logo, não poderia haver o exercício de uma atitude paternalista de um para com o outro.

Segundo, é que para GARZÓN VALDÉS (1988), até mesmo na relação entre iguais pode existir uma intervenção paternalista, como no exemplo do marido e da esposa que reciprocamente intervêm um em relação ao outro para evitar que ambos sucumbam à gula, vez que ambos têm tendência à obesidade.

---

<sup>30</sup> “Si una intervención paternalista es eficaz para proteger el bienestar físico del agente, su capacidad de elección está en realidad preservada por la interferencia”.

Com relação ao segundo argumento apresentado por GAZÓN VALDÉS (1988), discorda-se do autor argentino. Entende-se que não é possível a intervenção paternalista, na concepção pura do termo, sem o exercício do poder. O exemplo dado pelo autor, envolvendo marido e mulher, representa uma prática de benevolência entre ambos, mas não uma intervenção paternalista que pressupõe sempre o uso do poder.

A não concordância com o segundo argumento, contudo, não valida a crítica à violação ao princípio da igualdade, pois, de fato, tal princípio não é absoluto, sendo razoável e até mesmo esperado que o detentor de um poder, em face de uma superioridade sobre o outro indivíduo, o exerça.

### 2.3.5 A justificativa do paternalismo.

O paternalismo é concebido na proteção do indivíduo B, a fim de evitar um dano de ordem psíquica, física e/ou econômica, tendo em vista a incapacidade de B de se autodeterminar. A justificação do paternalismo, portanto, não é difícil, qual seja a proteção de B em face da sua incapacidade. O cerne da questão é definir os limites desta incapacidade e qual a medida de interferência se justificaria no caso concreto.

ALEMANY GARCÍA (2005b) acentua de forma lúcida a questão:

O paternalismo fraco, como doutrina, enunciaria um princípio moral secundário de acordo com o qual está justificado que um indivíduo A exerça poder sobre um indivíduo B para evitar que B realize atos ou omissões que lesem ou que representem um risco aumentado de danos (sendo estes danos do tipo físico, psicológico ou econômico) sempre e quando B é incompetente (em uma concepção razoável de incompetência).

Este princípio simples coloca um problema moral não no sentido de que contraria qualquer princípio de igual ou maior grau, mas no sentido de que é controvertido para determinar o âmbito de aplicação do mesmo. Pode-se dizer que a justificação do princípio paternalista em si não é problemática, mas sim a justificação dos casos concretos da interferência paternalista. Assim, muitos autores concordam que não cabe uma regra geral do paternalismo, tendo que se analisar a questão, caso a caso.” (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 492, tradução nossa)<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> “El paternalismo débil, como doctrina, enunciaría un principio moral secundario de acuerdo con el cual está justificado que un individuo A ejerza poder sobre un individuo B para evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan o le suponen un incremento de riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico,

Apesar da dificuldade de justificações genéricas do paternalismo, alguns autores se aventuraram nesta seara.

### **2.3.5.1 O consentimento.**

O primeiro argumento apresentado GARZÓN VALDÉS (1988) que justificaria o paternalismo é baseado na idéia de “consentimento” desenvolvida por DWORKIN<sup>32</sup>.

Por esta idéia, os indivíduos dariam “consentimento” ao desenvolvimento de práticas paternalistas. Este consentimento é dado em premissa, antes mesmo da intervenção paternalista se fazer necessária, pois, por certo, a capacidade de consentir, quando necessária uma intervenção paternalista, estará prejudicada.

Em outras palavras, o desenvolvimento de uma política paternalista em relação ao combate às drogas é feito no presente para que possa beneficiar o indivíduo no futuro. Se desta política resultar o entendimento de internação forçada do indivíduo viciado, por certo, este, quando da internação, não aceitaria tal intervenção. Contudo, pela teoria de DWORKIN, o consentimento teria sido dado previamente, o que justificaria a intervenção paternalista.

A idéia do consentimento como premissa para a política paternalista segue, assim, a lógica da Saga de Ulisses. Ulisses, temeroso pelos encantos das sereias, determina que sua tripulação o amarre junto ao mastro e que não o desamarre, mesmo que ordene o contrário.

A idéia da saga de Ulisses é um prévio consentimento à medida paternalista, pois, ao se deparar com as sereias, Ulisses sabia que seria encantado pelo canto das mesmas e não mais desejaria estar amarrado.

---

psíquico o econômico), siempre y cuando B sea incompetente (sobre una razonable concepción de la incompetencia).

Este sencillo principio plantea un problema moral no en el sentido de que contradiga algún principio de igual o superior rango, sino en el sentido de que es controvertido determinar el ámbito de aplicación del mismo. Podría decirse que la justificación del principio paternalista em sí no es problemática, pero sí lo es la justificación de los casos concretos de interferencia paternalista. De ahí que muchos autores hayan coincidido en que no cabe una condena general del paternalismo y que haya que plantearse la cuestión caso por caso”.

<sup>32</sup> Em Gerald Dworkin ver: “Paternalism” e “Paternalism: some second thoughts”.

Neste diapasão, o paternalismo é fixado previamente, pois no momento de incompetência é possível que o protegido não mais aceite a norma paternalista que fora fixada.

### **2.3.5.2 A competência.**

Outro argumento desenvolvido para justificação do paternalismo é o da competência.

Para tanto, primeiro se faz delimitar o entendimento de competência.

GARZÓN VALDÉS (1988) desenvolve o tema apresentando a definição de competência básica e competência maior. A competência básica seria a competência mínima, a necessária e suficiente para compreensão de questões da vida cotidiana. Por sua vez, a competência maior se mostra na capacidade especializada do indivíduo para compreender determinados fatos e atos. Por exemplo, um médico tem uma capacidade acurada para entender o verdadeiro estado clínico de um indivíduo. Da mesma forma, um advogado tem maior compreensão das leis que um não bacharel em direito. Por isso, seguindo esta premissa, entende-se que a presença de um advogado em determinados atos é condição de validade do próprio ato, para segurança dos envolvidos no caso.

Para GARZÓN VALDÉS (1988), a falta de competência básica seria uma condição necessária ainda que não suficiente para justificar medidas paternalistas. A seu juízo, ao menos nos seguintes casos, poderia se afirmar que uma pessoa carece de competência básica:

- a) quando ignora elementos importantes da situação em que tem de agir (como no caso de quem desconhece os efeitos de certos medicamentos ou drogas, ou que está se preparando para atravessar uma ponte e não sabe que está quebrada, para usar o exemplo de Mill);
- b) quando sua força de vontade é tão pequena ou está tão afetada que não pode realizar as suas próprias decisões (no caso de Ulisses, e alcoólicos ou drogados que menciona o parágrafo 14 do Código Civil alemão ou da fraqueza que tratava Hume);
- c) quando suas faculdades mentais estão temporária ou permanentemente reduzidas (estes casos dizem respeito à disposição legal que proíbe duelos, ou relativas à tutela dos deficientes mentais);
- d) quando agindo sob coação (por exemplo, sob hipnose ou ameaças);
- e) quando alguém que aceita a importância de um determinado bem e não quer pôr em perigo a ele, se recusa a usar os meios necessários para

protegê-lo, pode facilmente dispor deles. A inconsistência de resultados de querer X, saber que Y é uma condição necessária para alcançar X, dispondo de Y, não tendo nada contra Y e não utiliza-lo é um claro sintoma da irracionalidade (...) Isso permite incluir a pessoa na categoria dos que carecem de uma competência básica (é o caso da obrigação de usar cintos de segurança nos automóveis e capacetes para motociclistas). (GARZÓN VALDÉS. 1988, p. 165-166, tradução nossa)<sup>33</sup>.

O paternalismo jurídico se justificaria, segundo GARZÓN VALDÉS (1988), com o somatório dos seguintes elementos: primeiro, ele deve se destinar a proteger os desprovidos de capacidade básica, seja esta restrição permanente ou provisória, seja para todos os atos ou para algumas práticas específicas; segundo, o paternalismo pressupõe uma prática benevolente, ou seja, a adoção de uma intervenção paternalista deve ser direcionada a evitar que os incapazes básicos sofram ou se ponham em situação de sofrer algum dano.

O somatório destes elementos, (i) incapacidade básica e (ii) intuito benevolente de proteção ao incapacitado é que determinam e autorizam a adoção de práticas paternalistas, na definição de GARZÓN VALDÉS (1988).

### **2.3.5.3 A justificativa do paternalismo de Macário Alemany García.**

Baseado nas idéias de GARZÓN VALDÉS, ALEMANY GARCÍA (2005b) desenvolve sua teoria de justificação do paternalismo que pode ser resumida da seguinte maneira:

---

<sup>33</sup> “a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que se tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);  
 b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, e de los alcohólicos y drogadictos que menciona el parágrafo 14 del Código civil alemán, o el de la flaquez del que hablaba Hume);  
 c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);  
 d) cuando se actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o amenazas);  
 e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un sintoma claro de irracionalidad (...) Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas)”.



A exerce paternalismo sobre B por meio de X, de forma justificada se e somente se:

- 1) X é uma medida idônea e necessária, no sentido de evitar que B lese a si próprio ou aumentar o risco de sofrer danos (sendo os danos do tipo físico, psicológico ou econômico) e não há uma alternativa não paternalista de custo razoável para evitar esses danos, e
- 2) a tendência para a produção de tais danos ou risco de lesão tem sua origem em um estado de incompetência básica do sujeito B, e
- 3) se pode presumir racionalmente que B daria o seu consentimento a possibilidade geral de ser tratado paternalisticamente por A em certas ocasiões com o conteúdo específico de X, se não estivesse em uma situação de incompetência básica. (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 492-493, tradução nossa)<sup>34</sup>.

O primeiro requisito é a análise da idoneidade e necessidade da medida paternalista X para se evitar o risco de danos. O juízo de idoneidade e necessidade se compõe da análise de que algo é um dano para B e que X é uma medida adequada para se evitar o dano.

A definição de que algo é um dano para B não é simples e demanda conhecimento das vontades e necessidades de B. Quanto maior o conhecimento dos interesses de B, mais certo é a definição do que seja um dano para o mesmo.

Neste sentido, ALEMANY GARCÍA, baseado nas idéias de DOUGLAS<sup>35</sup>, apresenta a distinção entre paternalismo cooperativo e paternalismo conflitivo. O paternalismo cooperativo tem como exemplo a família, caracterizando-se por uma alta probabilidade de que o agente A atue exclusivamente para o bem de B e também por uma alta probabilidade que os interesses subjetivos de B sejam conhecidos por A.

De outra forma, o paternalismo conflitivo tem como marco a relação com o Estado. Caracteriza-se o paternalismo conflitivo por uma baixa probabilidade de que A atue movido exclusivamente pelo melhor interesse de B e razoável dúvida de que A de fato conheça os interesses de B.

---

<sup>34</sup> “A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

- 1) X es una medida idônea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitar esos daños, y
- 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incompetencia básica del sujeto B, y
- 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalisticamente por A en ciertas ocasiones com al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica”.

<sup>35</sup> DOUGLAS, Jack D. Cooperative Paternalism versus Conflictual Paternalism, em Sartorius, Rolf (ed): *Paternalism*, 1987, p. 171-200.

Feita a distinção entre as espécies de paternalismo, esclarece ALEMANY GARCÍA (2005b) que quanto mais próximo estivermos de uma atuação de paternalismo cooperativo, mais preciso será o juízo do que seja um dano para B e de qual a medida X é necessária e idônea para tanto.

Assim, por exemplo, um pai sabe que sujeitar um filho a um tratamento doloroso de quimioterapia é feito pela certeza de que este tratamento (medida X) é necessário e apropriado para o bem de B, a cura da doença. Evitar que o filho se sujeite ao tratamento é evitar um dano imediato (a dor do tratamento), mas agravar um dano mediato, qual seja a progressão da doença. Portanto, dentro deste contexto, a medida X (tratamento doloroso) é idônea e necessária para o bem de B.

No paternalismo conflitivo, como é o paternalismo estatal, a definição do que seja dano, e mais, de qual a medida idônea e necessária para evitá-lo, se torna mais difícil e conflituosa.

A definição do que seja o dano, passa pela análise das necessidades básicas e interesse de bem estar da população, definindo-se a política orientada para se evitar tais danos, isto é, a medida X.

Portanto, por exemplo, dentro da relação paternalista estatal, pode-se definir que o combate às drogas atende ao interesse de bem estar da população, para tanto se adota uma série de medidas (como a internação compulsória do viciado ou a criminalização do uso de drogas), que deverão ser idôneas e necessárias para se atender o interesse da população.

Não há dúvida de que tanto a definição das necessidades básicas e interesse do bem estar da população, quanto a definição das medidas adotadas para tanto são sujeitas a críticas e muitas vezes rejeição por parte da população. Contudo, a construção da definição das necessidades básicas e da política para sua consecução dentro do Estado Democrático de Direito, através da discussão legislativa, a legitima, implicando a sujeição dos indivíduos.

O segundo ponto da teoria de ALEMANY GARCÍA funda-se na concepção de que os danos evitados, através de medidas paternalistas, são originados do estado de incompetência básica de B.

O cerne do problema está em definir o que seja estado de incompetência básica.

A definição de competência pode ser sintetizada na capacidade para desempenhar uma determinada tarefa. Neste sentido, ALEMANY GARCÍA (2005b),

com base na teoria de GARZÓN VALDÉS, partindo da definição de competência básica, afirma que *“seriam competentes todos aqueles que têm a capacidade mínima necessária para enfrentar as tarefas e desafios que implicam na consecução do bem estar individual”*<sup>36</sup> (p. 498, tradução nossa).

Em contraposição à definição de competência básica, surge a necessidade de definir a incompetência básica, ou seja, definir os indivíduos que necessitariam de uma intervenção paternalista. Para tanto, ALEMANY GARCÍA (2005b) apresenta uma classificação fundada em dois critérios. (1) fatores de incompetência que afetam os aspectos volitivos e cognitivos e (2) fatores de incompetência que são conseqüências de elementos internos ou externos. O entrelaçamento dos critérios implicaria em quatro modelos de incompetência, conforme a tabela abaixo:

	Origem interna	Origem externa
Aspectos cognitivos	I	III
Aspectos volitivos	II	IV

Os tipos I e II referem-se à incompetência básica absoluta, enquanto que os tipos III e IV dizem respeito às incompetências básicas relativas, sendo que quanto ao tipo IV a incompetência somente persiste enquanto existir a causa externa.

A incompetência do tipo I refere-se à ausência ou debilidade de conhecimento de uma questão, afetando na tomada de decisão. Para sua caracterização é necessário que a ignorância seja relevante (como a ignorância quanto aos efeitos da droga) ou se baseie em crenças errôneas relevantes (a crença que determinada erva beneficia o tratamento de uma doença, quando na verdade ela é prejudicial).

A incompetência do tipo I é destacada em algumas enfermidades mentais (depressão ou esquizofrenia), em indivíduos desprovidos de maturidade (menores), indivíduos deficientes graves de educação (analfabetos), indivíduos que possuem crença motivada pela esperança (a mulher maltratada que acredita que seu companheiro vai deixar de maltratá-la no futuro), entre outros.

---

<sup>36</sup> “serían competentes todos aquellos que tienen la capacidad mínima necesaria para afrontar las tareas y desafíos que plante ala consecución del bienestar individual”.

Por sua vez, a incompetência do tipo II se caracteriza por atingir os aspectos volitivos do processo de tomada de decisão. Os indivíduos possuem o conhecimento necessário para tomada de decisão, mas têm sua capacidade de decisão prejudicada para o caso.

São exemplos comuns de incompetência do tipo II, os viciados, alguns deficientes mentais ou doentes psiquiátricos (os neuróticos por fobias, os obsessivos-compulsivos, os hipocondríacos), os imaturos.

A incompetência do tipo III tem a mesma manifestação da incompetência do tipo I, mas com sua causa externa ao indivíduo, em face do ocultamento de informação ou do engano.

Já a incompetência do tipo IV tem a mesma manifestação da incompetência do tipo II, mas desenvolvida por uma causa externa ao indivíduo. São exemplos desta incompetência os indivíduos coagidos ou ameaçados.

Por fim, o último ponto da teoria de ALEMANY GARCÍA (2005b) para justificação do paternalismo é o consentimento hipotético racional de B para adoção da medida X por A, em seu interesse. Em outras palavras, ALEMANY GARCÍA (2005b) sustenta que há uma presunção que B aceitaria ser tratado paternalisticamente por A, se não estivesse em uma condição de incompetência.

Para adoção da regra do consentimento hipotético racional, ALEMANY GARCÍA (2005b) desenvolve a teoria da regra máxima de decisão. De acordo com esta regra, deve-se considerar a pior situação possível e, em segundo lugar, considerar a melhor opção ante a possibilidade de adoção de uma política paternalista.

A questão é melhor tratada com o exemplo da irrenunciabilidade de direito. É razoável que os cidadãos queiram ter certos direitos garantidos. Por outro lado, também é factível que se queira, em alguma situação, renunciar a certo direito. Dentro deste contexto, o que seria pior: uma regra que permita renunciar a algum dos nossos direitos porque somos coagidos, enganados ou estamos diante de uma situação de incompetência básica; ou uma regra que não nos permite renunciar a um direito, mesmo quando temos boas razões para o fazer?

Em regra, os direitos trabalhistas exemplificam bem a questão. Suscitamos o direito às férias mínimas. Se considerarmos que tal direito é passível de renúncia, por certo haverá uma coação (ainda que esta coação seja sutil, como a pergunta em uma entrevista de trabalho, no sentido se o candidato estaria disposto a renunciar a

parte dos seus dias de férias) para que tal direito seja renunciado. Assim, na proteção da coletividade, todos os trabalhadores são tratados paternalisticamente neste particular, impedindo que exerçam o direito de renunciar às férias.

ALEMANY GARCÍA (2005b), ainda no exemplo da irrenunciabilidade de direito, vai mais além e afirma que alguns dos nossos direitos, não só devem ser irrenunciáveis, como devem ser de exercício obrigatório. Como exemplo, ele cita o direito à educação, que seria um direito-obrigação.

A definição dos casos de direito-obrigação passa pela definição das necessidades básicas dos indivíduos. Definindo que a educação é uma necessidade básica, é presumível que todos defendam a obrigatoriedade do seu exercício, sendo justificáveis medidas paternalistas que a asseguram.

## **2.6 Distinção entre paternalismo jurídico e paternalismo estatal**

Apresentado a definição de paternalismo jurídico, necessário se faz pontuar sua distinção do paternalismo estatal.

O primeiro ponto que se deve evidenciar é que o Estado faz uso de inúmeras práticas nas suas políticas paternalistas, sendo o paternalismo jurídico um instrumento do paternalismo estatal. Poder-se-ia dizer que o paternalismo estatal é gênero, no qual se integra a espécie paternalismo jurídico.

Relembrando o conceito geral de paternalismo, pontuamos que este se caracteriza pelo exercício de um poder de A sobre B, no intuito de evitar que B cometa ações ou omissões que lhe exponha ou potencialize riscos.

O Estado, dentro das suas políticas públicas, adota uma série de práticas paternalistas buscando a diminuição ou cessamento de riscos para B, no caso, os seus cidadãos. Para tanto, o Estado se vale de, desde práticas coativas (como a imposição de multa para o indivíduo que trafega em motocicletas sem o uso de capacete); até práticas de persuasão ou, raramente, de conscientização.

Nesta linha de raciocínio, ALEMANY GARCÍA (2005b) enfatiza que:

Em minha opinião, deve considerar-se paternalismo estatal a qualquer ação paternalista realizada por órgão estatal, mas somente se tratará de

paternalismo jurídico estatal quando o meio direto empregado sejam as normas jurídicas. (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 458, tradução nossa)<sup>37</sup>.

Em suma, o paternalismo jurídico passa pela utilização do poder jurídico, que se notabiliza pelas normas jurídicas. Quando tal fato se evidencia, estaremos diante de um paternalismo jurídico, sendo que, se agente propagador da norma é o Estado, pode-se concluir que estaríamos nos referindo ao paternalismo jurídico estatal<sup>38</sup>.

Contudo, como elucida ALEMANY GARCÍA (2005b), existem outras formas de adoção do paternalismo estatal que não passam pela via do paternalismo jurídico.

Seria, em consequência, exemplos de paternalismo estatal não jurídico. Vejamos alguns deles. Primeiro, teríamos os casos em que o Estado oferece incentivos econômicos com fins paternalistas. Outro exemplo desse tipo de paternalismo seriam os tributos orientados para que os cidadãos abandonem estilos de vida não saudáveis: por exemplo, elevar o preço do cigarro. Em terceiro lugar, teríamos um conjunto de casos em que os meios utilizados pelo Estado para o exercício seria a persuasão. Por "persuasão" não quero dizer com "persuasão racional", mas casos em que o Estado oculta informações relevantes ou engana o público. Isto inclui uma série de exemplos que vão desde o mais inofensivo, como o falso aviso de controle de velocidade dos veículos por radar, até as mais perigosa com o falseamento de dados sobre a economia nacional. Dentro deste conjunto de casos, merece destacar aqueles em que o engano toma a forma de uma manipulação sutil de informação. Refiro-me aos casos de tendenciosa ou manipulação de informações. Daniel Wikler diz, referindo-se às políticas públicas voltadas para a adoção de estilos de vida saudáveis, que o instrumento de informação pode ser habilmente utilizado, de modo que além de fornecer informações que permitam tomar decisões racionais, produzem fenômenos de manipulação. Na Espanha, por exemplo, a política pública de prevenção do consumo de drogas não é apenas baseada na coerção penal, sendo amplamente utilizados meios de persuasão através de campanhas publicitárias em "mídia de massa". Estas campanhas são realizadas por agências de publicidade, cuja especialidade não é apresentar os melhores argumentos, mas os mais convincentes. Além disso, estas campanhas não são nem mesmo centradas retoricamente, não se baseiam em argumentos mas em imagem e som. Elas são dirigidas, em última análise, para gerar uma resposta hostil ao uso de drogas, uma espécie de reflexo condicionado para "dizer NÃO" (que foi o slogan de um destas campanhas). (ALEMANY GARCÍA, 2005b, p. 458/459, tradução nossa)<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> “Em mi opinión, debe considerarse paternalismo estatal cualquier acción paternalista llevada a cabo por un órgano del Estado, pero sólo se tratará de paternalismo jurídico estatal cuando el medio directo empleado sean las normas jurídicas”.

<sup>38</sup> Ressaltamos, aqui, mais uma vez que não limitamos como fonte de paternalismo jurídico o Estado. Para nós, também na esfera privada, poderá ocorrer o paternalismo jurídico.

<sup>39</sup> “Habría, en consecuencia, supuesto de paternalismo estatal no jurídico. Veamos algunos de ellos. En primer lugar, tendríamos aquellos supuestos en los que el Estado establece incentivos económicos con fines paternalistas. Otro supuesto de este tipo de paternalismo serían los gravámenes orientados a que los ciudadanos abandonem hábitos de vida no saludables: por ejemplo, elevando el precio del tabaco. En tercer lugar,

Portanto, não há como confundir paternalismo jurídico com paternalismo estatal. Primeiro, porque nem todo paternalismo estatal é um paternalismo jurídico, utilizando o Estado de outros instrumentos para adoção de políticas paternalistas. Segundo, porque o paternalismo jurídico não está limitado à fonte estatal, podendo, apesar de não ser comum, ser encontrado dentro da esfera privada, sem qualquer imposição estatal.

A última afirmação nos leva à conclusão de que na espécie paternalismo jurídico há duas subespécies, quais sejam: o paternalismo jurídico estatal e o paternalismo jurídico privado, cuja diferença primordial é a origem do agente propagador do poder jurídico.

## 2.7 Paternalismo pretoriano

Como demonstrado até este ponto, o paternalismo jurídico pressupõe o exercício de um poder jurídico de A sobre B, no intuito de evitar a ocorrência de danos a B.

Este espírito preventivo que possui o paternalismo jurídico, ou seja, cria-se a regra, para modulação do comportamento de B, baseado na crença que este comportamento melhor atende aos interesses de B é destacado no processo legislativo.

---

tendríamos um conjunto de casos en los que el medio empleado por el Estado para ejercer el sería la persuasión. Por “persuasión” no me refiero a la “persuasión racional”, sino a los casos en los que el Estado oculta información relevante o engaña a los ciudadanos. Aquí se incluiría un abanico de ejemplos que van desde lo más inócuo, como la falsa advertencia de que se controla la velocidad de los automóviles por radar, hasta lo más peligroso, com el falseamento de los datos sobre la economía nacional. Dentro de este conjunto de casos, merecería la pena destacarse aquellos en los que el engaño adopta la forma de una manipulación sutil de la información. Me refiero a los supuestos de información sesgada o manipulada. Daniel Wikler sostiene, refiriéndose a las políticas públicas orientadas a la adopción de hábitos de vida saludables, que el instrumento de la información puede ser hábilmente utilizado, de manera que más allá de proveer información al objeto de adoptar una decisión racional, se producen fenómenos de manipulación. En España, por ejemplo, la política pública de prevención del consumo de drogas no sólo se basa en la coacción penal, sino que utiliza profusamente el medio de la persuasión, a través de campañas publicitarias en los “*mass media*”. Estas campañas se encargan a agencias de publicidad, cuya especialidad no es presentar los mejores argumentos sino los más persuasivos. Además, estas campañas ni siquiera son centralmente retóricas; no se basan en los argumentos más que en la imagen y el sonido. Están dirigidas, en definitiva, a generar una respuesta hostil al consumo de drogas, una especie de reflejo condicionado a “decir NO” (que fue el eslogan de una de estas campañas).

Pode-se, para uma melhor precisão técnica, ao invés de se utilizar a expressão “processo legislativo”, utilizar-se da expressão “processo normativo”. Melhor explicando, como se defende que o paternalismo jurídico não está afeto à relação estatal, também, na esfera particular ou privada, estranha ao direito público e ao processo legislativo propriamente dito, pode-se encontrar hipóteses de paternalismo jurídico (v.g. ampliação do direito *tag along* e possibilidade de troca de peças não defeituosas ou viciadas, ambas citadas em tópicos anteriores) a expressão “processo normativo” seria mais adequada, pois abarcaria tanto o processo legislativo, como o processo de elaboração de normas privadas.

Entretanto, paralelo ao paternalismo jurídico tem se notabilizado no Brasil a figura do paternalismo pretoriano, como destaca SAMPAIO JÚNIOR:

Há, porém, que se fazer uma ressalva no tocante ao paternalismo que revela na jurisprudência, aqui designado pretoriano, que se refere à conduta do magistrado que, examinando o caso concreto, é tomado do mesmo espírito de humanidade que notabilizou o bom juiz Magnaud. (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 4827).

O paternalismo pretoriano se caracteriza pela intervenção do juiz, no intuito de evitar um dano para uma das partes do litígio, baseado na crença do juiz que esta parte é digna de uma proteção paternalista.

THEODORO JÚNIOR (2004) enfatiza as distorções percebidas nos tribunais pátrios, verificando que a intervenção judicial nos contratos é, muitas vezes, fruto de princípios ético-sociais do juízo, alheios e até mesmo contrários à previsão legal.

A revisão do contrato, pelos tribunais, em nome dos princípios ético-sociais não pode ser discricionária nem tampouco paternalista. Em seu nome não pode o juiz transformar a parte frágil em superpoderosa, transmudando-a em ditadora do destino da convenção. Isto não promoveria um reequilíbrio, mas, sim, um desequilíbrio em sentido contrário ao inicial. Se se pudesse cumular a parte débil com uma desproporcionada proteção judicial, quem se inferiorizaria afinal seria o contratante de início forte. Solucionar-se-ia um mal, uma injustiça com outra injustiça. Evidentemente não se concebe em nome da justiça contratual se realize tamanha impropriedade. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 19).

Inúmeras vezes, há como enfatizado, um julgamento casuístico e contrário ao disposto em lei, baseado exclusivamente na crença de que seria a melhor medida para o caso em questão, sem que haja uma preocupação na repercussão que este julgamento isolado poderá trazer para todo o sistema jurídico.



A necessidade de se proceder a uma análise econômica do Direito tem sido objeto de profundo estudo nos Estados Unidos da América, com destaque para nomes como POSNER<sup>40</sup>, COASE<sup>41</sup> e CALABRESI<sup>42</sup>. Também, no Brasil, tal preocupação tem sido objeto de análise pela doutrina, como se infere do excerto de OLIVEIRA:

[...] o magistrado passa a preocupar-se com os efeitos externos de suas decisões, além dos efeitos no caso concreto. Pondera sobre a possibilidade de influir nas ações futuras dos agentes econômicos (consumidores e fornecedores, por exemplo), ao se adotar uma ou outra forma de interpretar a lei. Preocupa-se em fazer com que sua decisão possa, a partir dessa capacidade de influenciar condutas, permitir o acesso ao consumo, alçando o maior número de pessoas à condição de consumidores e controlando a concentração de riquezas, auxiliando no difícil processo de distribuição equânime delas.

Os julgadores passam, assim, a atentar para as conseqüências econômicas de suas decisões, percebendo o contexto global dos conflitos, não devendo se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificando qual das soluções conduz à maximização da riqueza social. (OLIVEIRA, 2005, p. 341).

No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR (2004) alerta sobre a propagação de decisões paternalistas, em especial nas relações de consumo, a ponto de prejudicar a segurança jurídica esperada dos contratos.

Depois da perplexidade dos primeiros tempos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em que se notava uma acentuada timidez dos órgãos judiciais para aplicar os novos princípios tutelares da parte vulnerável das relações de consumo, passou-se, nos últimos anos, a uma certa euforia na concessão de favores indiscriminados aos consumidores, nas ações de revisão e rescisão contratual.

Nesta linha, vários julgados têm, v.g. reconhecido a promissários-compradores inadimplentes o direito de impor a restituição ao promitente-vendedor do imóvel negociado, para forçar a recuperação das prestações pagas, ao simples pretexto de dificuldades pessoais do adquirente para cumprir as obrigações avençadas, como desemprego, doença, congelamento ou redução de salário, desvalorização do imóvel, etc.

A indagação que se faz é se a tutela prevista no CDC seria tão ampla a ponto de anular as garantias tradicionais do contrato, despindo-o, por completo, de seu principal atributo, que é a força obrigatória, para relegar sua sorte, quase que exclusivamente, à vontade unilateral do consumidor. Qual seria, enfim, a dimensão do verdadeiro impacto da legislação protetiva do consumidor sobre o regime jurídico do contrato? (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 2).

---

<sup>40</sup> POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

<sup>41</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of law & economics*, v. 3, n. 1, p. 1-44, oct. 1960.

<sup>42</sup> CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and law of torts. *The Yale law journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

A busca dos juízes pelo paternalismo pretoriano é notabilizada por um duplo esforço do juiz. Primeiro, esforça-se o juiz a atribuir a uma parte o título de “incompetente”, o que justificaria a intervenção paternalista. Neste sentido, verifica-se um grande esforço em inúmeros julgados para ampliação do conceito de consumidor<sup>43</sup>, pois se justificaria a política paternalista a esta categoria, em face do reconhecimento de sua incompetência básica para determinados atos.

GRAU (2001) enfatiza esta característica do Judiciário em tutelar como incompetentes aqueles que não teriam tal natureza.

[...] infelizmente nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições. (GRAU, 2001, p. 73-74).

Num segundo momento, o juiz se esforça em conceder ao “incompetente básico” uma série de prerrogativas e direitos que sequer fazem parte do rol de direitos e prerrogativas assegurados pela política paternalista desenvolvida para o tutelado.

Voltando para o exemplo da relação do consumo, há, em diversos casos, um esforço hercúleo dos juízes para classificar uma parte da demanda como consumidora, quando de fato esta não teria as características para tanto. Por outro lado, independentemente da parte ser ou não digna de classificação como consumidora, passam os juízes a conceder benefícios e direitos que não foram assegurados ao consumidor.

A questão que se põe é saber se é desejável que o juiz seja o catalisador das políticas paternalistas, adotando-se um paternalismo jurídico *pretoriano*.

Definitivamente, entende-se que o paternalismo jurídico deve ser desenvolvido dentro do processo legislativo, no qual se espera que os legisladores estejam de posse de todos os dados relevantes para orientação da política e não, casuisticamente, na análise de um processo, sem a devida preocupação com a repercussão que a decisão isolada pode trazer para todo o sistema jurídico.

---

<sup>43</sup> Sobre o conceito de consumidor trataremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

SAMPAIO JUNIOR (2007) exemplifica a questão com base no estudo feito nos Estados Unidos sobre cláusula padrão de contratos de seguro. Conta-nos o autor que nos Estados Unidos realizaram-se duas pesquisas, uma em Nova Jersey e outra na Pensilvânia, envolvendo seguro de automóveis. Em Nova Jersey ofereceu-se um seguro com limitação ao direito do segurado, que deveria pagar um valor extra para adquirir o seguro total. Na Pensilvânia, por sua vez, ofereceu-se o seguro total, optando-se adquirir um seguro limitado, com desconto do preço. A conclusão foi que, em Nova Jersey, somente 20% dos clientes escolheram adquirir o seguro total, enquanto que, na Pensilvânia, 75% dos clientes o mantiveram. A diferença de gasto entre os dois estados era de aproximadamente 200 milhões de dólares americanos<sup>44</sup>.

Por fim, conclui o professor mineiro que se presume que o legislador, no momento em que fixou a política de cláusula base do contrato de seguro, levou em consideração os estudos feitos sobre a matéria. *“Portanto, uma decisão que desconsidere a lei a propósito de proteger uma das partes é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica como, ainda, é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor”* (SAMPAIO JUNIOR. 2007, p. 4828).

Outro ponto fundamental e que merece destaque é que o paternalismo pretoriano fere o binômio liberdade-responsabilidade, trazendo mais insegurança jurídica, como acentua SAMPAIO JUNIOR:

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *ex post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência. O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrependem-se do caminho trilhado sem nenhum ônus. (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 4831).

---

<sup>44</sup> JOHNSON, Eric et al. Framing, probability distortions and insurance decisions. Journal of risk and uncertainty, v. 7, n. 1, p. 35-51, aug. 1993.

Portanto, o paternalismo pretoriano se mostra de todo indesejável, sendo, em inúmeros casos, contrário à própria política paternalista fixada pelo legislador. Assim, ao se preocupar com a proteção individualizada, objeto da lide em análise, o juiz acaba, com a reiteração de decisões protecionistas, por trazer um malefício à categoria que busca proteger, passando o risco das decisões judiciais serem compartilhados por toda a categoria.

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS PATERNALISTAS

### 3.1 Premissas

No capítulo anterior foi estudada a figura do paternalismo e suas diferentes espécies, destacando o paternalismo jurídico.

Neste tópico, o foco será o estudo dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à defesa do consumidor, cerne do presente trabalho.

A primeira questão que se impõe é demonstrar que os direitos fundamentais são direitos paternalistas. A consagração dos direitos fundamentais implica a adoção de proteção paternalista aos indivíduos.

A comprovação de tal premissa passa pela revisão do conceito de paternalismo, qual seja: o exercício de um poder de A sobre B, com a finalidade benevolente de resguardar B de ações ou omissões que lhe tragam dano ou o exponham ao perigo de sofrer o dano, sendo estes danos entendidos como os danos físicos, psíquicos ou econômicos.

Neste sentido, os direitos fundamentais consubstanciam na base protetiva do indivíduo perante o Estado, numa concepção clássica e, numa visão mais moderna, num instrumento de propagação de direitos historicamente consagrados por um Estado.

MENDES (2003) destaca a dupla função dos direitos fundamentais: direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2003, p. 92).

Verifica-se, pois, que quanto à primeira função, que pode ser denominada de dimensão subjetiva do direito fundamental, existe uma conexão com a função clássica protetiva dos direitos fundamentais. A outra função, dimensão objetiva dos direitos fundamentais, funda-se na idéia de valores supremos que devem se propagar por todo o ordenamento jurídico, inclusive na órbita das relações particulares.

Também JULIO ESTRADA chega a mesma conclusão:

Esta dupla qualificação, no qual os dois elementos coexistem em uma relação de tensão, é o resultado da introdução da chamada teoria objetiva, resultado da expansão do conteúdo dos direitos fundamentais, que não se limitam a agir em relação do indivíduo com o Estado, mas sim, como valores supremos que regem todo o sistema legal, também informam as relações recíprocas entre particulares, e limitam a autonomia privada, ao mesmo tempo que servem como mandatos de atuação e deveres de proteção para o Estado. (JULIO ESTRADA, 2000, p.66, tradução nossa).<sup>45</sup>

Como enfatiza BOBBIO (1992), os direitos fundamentais são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana. Como fruto de uma realidade histórica, os direitos fundamentais, ao longo dos tempos, vêm sofrendo alterações e ampliações.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (BOBBIO, 1992, p. 18).

A evolução história e a ampliação dos direitos fundamentais são destacadas por STEINMETZ (2004), ao sintetizar as quatro gerações de direitos fundamentais:

---

<sup>45</sup>“Esta doble cualificación, en la cual los dos elementos coexisten en una relación de tensión, es el resultado de la implantación de la denominada teoría objetiva, que redunde en una ampliación del contenido de los derechos fundamentales. Los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que, como valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, también informan las relaciones recíprocas entre particulares, y limitan la autonomía privada, al mismo tiempo que fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.”

A progressiva ampliação dos direitos fundamentais também se materializou pelo acúmulo de gerações – ou de dimensões, como preferem alguns autores – dos direitos fundamentais. Foram quatro gerações. A primeira geração foi a dos direitos civis e políticos, ou simplesmente chamados direitos de liberdade; a segunda, a dos direitos sociais; a terceira, a dos direitos difusos e coletivos (*e.g.* direito ao meio ambiente saudável, direito ao desenvolvimento, direito ao patrimônio público e social, direito à proteção das relações de consumo); e, por fim, os direitos de quarta geração, como posições jurídicas subjetivas básicas ante os progressos da ciência (*e.g.* biologia e ciências e tecnologias afins, ciência da computação e ciências e tecnologias afins). (STEINMETZ, 2004, p. 93-94).

É importante destacar que a divisão dos direitos fundamentais em categorias ou gerações é um importante instrumento de didática para compreensão dos direitos fundamentais, mas tal fato não deve ser compreendido como a estagnação de uma geração perante a outra, como salienta MELLO:

Com efeito, as classificações históricas valeram-se da categoria de gerações de direitos para explicar a evolução dos direitos fundamentais, concepção que poderá ser útil à historiografia do constitucionalismo, mas que passa a errada impressão de que uma geração de direitos substitui ou sucede a anterior, quando todo o fenômeno dos direitos fundamentais na história consiste num permanente acrescentar novas espécies jusfundamentais às já reconhecidas. A história dos direitos fundamentais é uma história de densificação e ampliação, não de sucessão. (MELLO, 2001, p. 239).

Da mesma forma, cumpre enfatizar que o número de gerações ou categorias de direitos fundamentais não é uníssono, sendo que há uma acentuada divisão dos autores entre a classificação por três ou, como faz STEINMETZ (2004), por quatro gerações.

Verifica-se que na concepção dos direitos de terceira geração, como feita por STEINMETZ (2004) está impresso o direito à proteção das relações de consumo. Sendo, pois, a proteção à relação de consumo um direito fundamental, deve-se questionar como esta proteção terá aplicação nas relações entre particulares.

A questão se mostra preocupante, pois a relação de consumo se dá no âmbito privado. Logo, a norma paternalista de proteção do consumidor, (agente B), que foi instituída pelo Estado (agente A), dirige-se a um terceiro elemento, qual seja o fornecedor de produto ou serviço<sup>46</sup> (agente C), caracterizando o paternalismo impuro.

---

<sup>46</sup> É sabido que o Estado pode ser fornecedor de produto ou serviço para caracterização da relação de consumo. Contudo, em regra, a relação de consumo se dá sem a presença do Estado, limitada à figura dos particulares.

Assim, a previsão constitucional de proteção ao consumidor, norma paternalista criada pelo Poder Constituinte, dirige-se a regulamentação da relação fornecedor-consumidor, relação esta que se origina no campo privado.

Para tanto, justifica-se o estudo dos modelos de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, com especial ênfase a relação consumerista, foco do presente trabalho. O estudo dos modelos de aplicação dos direitos fundamentais tem ainda por objetivo o estudo de como a adoção de um ou outro modelo influenciará no paternalismo jurídico e na acentuação do paternalismo pretoriano.

### **3.2 A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares**

A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares tem sido objeto de ampla discussão no Brasil. Cada vez mais a doutrina brasileira tem se debruçado sobre o tema, nacionalizando esta discussão que, há alguns anos, já se fazia presente em outras nações, em especial na Alemanha, com ênfase para nomes como DÜRIG e NIPPERDEY.

A ampliação da discussão do tema no Brasil ganhou impulso com recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo como destaque o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Discutiu-se, no referido recurso, a legalidade da exclusão de um associado da UBC - União Brasileira de Compositores, uma sociedade civil sem fins lucrativos, sem que lhe fosse oportunizado fazer prévia defesa das acusações que lhe foram imputadas e, por conseguinte, resultaram na sua expulsão da entidade.

O teor da ementa, que se transcreve na íntegra, já dimensiona o foco que foi dado à discussão.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito



privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL, RE n. 201819, 2005).

O julgado acima não foi um caso isolado no Supremo Tribunal Federal, tendo a corte maior brasileira enfrentado o tema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares em outros recursos, como no Recurso Extraordinário n. 158215/RS, que igualmente tratou da aplicação do devido processo legal e da ampla defesa na relação entre um associado e sua cooperativa e, no Recurso Extraordinário n. 161243/DF, no qual se discutiu a extensão de benefícios trabalhistas para um empregado brasileiro que somente eram concedidos

a empregados nacionais da empresa contratante, no caso a Compagnie Nationale Air France, empresa francesa de viação aérea comercial.

Não resta dúvida, portanto, que o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares se mostra relevante e merecedor de trabalho de amplo estudo.

Neste sentido, merece destaque o estudo dos modelos propostos para a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, tema este que foi enfrentado por alguns autores brasileiros, destacando-se SILVA (2005) e STEINMETZ (2004).

Efetivado o estudo dos diferentes modelos para aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, realizar-se-á um estudo analítico sobre o modelo que se entende mais apropriado para adoção dos direitos fundamentais à relação jurídica de consumo.

### **3.3 Modelos de relação entre os direitos fundamentais e sua aplicação às relações entre particulares.**

O estudo da aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídica entre particulares passa pelo estudo dos modelos propostos para esta aplicação. Podem ser apontados, segundo SILVA (2005), quatro modelos para a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

O primeiro modelo seria, na verdade, a negação da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, entendendo-se que estes teriam aplicação restrita à relação entre os cidadãos e o Estado.

O segundo seria a imputação dos atos particulares ao Estado ou a equiparação dessas ações a ações estatais.

Por fim, os dois últimos modelos seriam os mais discutidos e aceitos, quais sejam: o de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares e o de aplicação indireta dos direitos fundamentais.

### 3.3.1 Negação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas

A defesa da negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas passa por fundamentos históricos e funcionais.

Os defensores desta linha de pensamento enfatizam que a função dos direitos fundamentais, historicamente conquistados pelos cidadãos, é a proteção dos indivíduos contra a força estatal. Os direitos fundamentais seriam um escudo contra a força vertical imposta pelo Estado, do alto do seu poder, em especial do poder coercitivo e sancionador, sobre o indivíduo.

A base deste argumento, que tenta se fundar em justificativas históricas da exclusividade da aplicação dos direitos fundamentais às relações com o Estado, peca pelo próprio estudo histórico, segundo SILVA (2005). O autor enfatiza que já se nota a preocupação de respeito aos direitos fundamentais nas relações entre os particulares em textos como a Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Uma breve leitura da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, especialmente em seu art. 3º, e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobretudo em seu art. 2º, pode dar uma idéia do quanto a segurança dos cidadãos em suas relações entre si eram fortes elementos da teoria e da prática dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005, p. 138).

Neste sentido, ainda, SARMENTO (2008) sustenta que, desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, sendo esta uma das razões para a existência do Estado. Segundo o autor brasileiro, o Estado teria sido criado pelo Contrato Social com o dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio.

Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos

naturais valiam *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado. (SARMENTO, 2008, p. 12).

Verifica-se, ainda, a existência do argumento da igualdade nas relações privadas. Em outras palavras, os direitos fundamentais teriam como escopo a instrumentalização de direitos mínimos aos cidadãos quanto à força do Estado, não sendo aplicável, portanto, na relação paritária do direito privado.

A existência desta igualdade na relação privada, contudo, é fantasiosa, como destaca BILBAO UBILLOS (2007):

Frente a concepção unidirecional dos direitos de liberdade, no Estado social de direito se abre espaço para uma nova compreensão das relações Estado-sociedade, que acaba expondo a ficção que ligava o gozo da liberdade na esfera social a afirmação do princípio da igualdade jurídica. Hoje como ontem a realidade nega a existência de uma paridade na maioria das ligações entre os agentes privados. O direito privado também conhece o fenômeno de autoridade, de poder, como a capacidade de determinar ou condicionar juridicamente de fato as decisões de outros, de influir eficazmente no comportamento dos outros, para impor a vontade própria. Basta olhar ao redor e observar atentamente a realidade que nos rodeia. É um fato fácil de se constatar a progressiva multiplicação de centros de poder privados e a enorme dimensão que eles tenham adquirido. Representam na realidade uma ameaça nada insignificante para as liberdades. O poder não está mais concentrado no aparelho do Estado, está disperso, disseminado na sociedade. (BILBAO UBILLOS, 1997, p 166/167, tradução nossa)<sup>47</sup>.

Outro argumento que é utilizado pelos defensores da impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares é a autonomia do direito privado com relação ao direito público, o que afastaria a sujeição daquele sobre este.

Segundo SILVA (2005), essa seria a posição adotada por DIEDERICHSEN, ao sustentar a concorrência – e não a sujeição – entre os valores de direito privado e os valores de direitos fundamentais. DIEDERICHSEN desenvolve o conceito de

---

<sup>47</sup> “Frente a la concepción unidireccional de los derechos de libertad, en el Estado social de derecho se abre paso un nuevo entendimiento de las relaciones Estado-sociedad, que acaba desenmascarando la ficción que vinculada el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del principio de igualdad jurídica. Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar juridicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.”

superioridade argumentativa, pelo quais os sistemas normativos (privado e público) concorrem para impor seus valores a uma relação jurídica com base em uma superioridade argumentativa.

SILVA (2005) assim sistematiza a idéia de DIEDERICHSEN:

Para reforçar seu argumento, Diederichsen lembra que, da mesma forma que muitos hoje encaram como ponto pacífico a supremacia dos valores constitucionais em confronto com o direito privado, no século XIX o cenário era o oposto e eram os valores do direito privado que eram tidos como superiores. Tudo não passaria, assim, de variações argumentativas e valorativas, que não têm relação necessária com a hierarquia formal entre constituição e legislação ordinária. Se assim não fosse, ou seja, se houvesse de fato uma relação hierárquica entre direitos fundamentais e direito privado, necessariamente todos os conflitos deveriam ser resolvidos a favor dos primeiros. Que isso não é assim simples, já foi demonstrado por meio de alguns exemplos ao longo deste trabalho. Diederichsen recorre, entre outros, à cláusula, presente em todos os contratos de locação, que obriga o locatário a permitir que o proprietário-locador possa visitar seu imóvel. A despeito de pretensa superioridade hierárquica da inviolabilidade do domicílio, prevista constitucionalmente, tais cláusulas não são consideradas automaticamente nulas. (SILVA, 2005, p. 73).

A conclusão de DIEDERICHSEN é que a aplicação de direitos fundamentais nas relações de direito privado não é algo impositivo e imediato, sendo que, quando ocorrer, deverá ser precedido de uma análise comparativa entre os sistemas normativos de nível igual (valores constitucionais e valores privados).

### 3.3.2 *Ações privadas e o Estado: Equiparação e Imputação*

Outro modelo proposto para aplicação dos direitos fundamentais é a imputação ou equiparação dos atos dos particulares a atos estatais. Esta equiparação ou imputação de atos particulares a atos estatais consiste em artifício jurídico utilizado para negar a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, imputando ou equiparando os atos particulares a atos estatais, o que redundaria na possibilidade da aplicação clássica dos direitos fundamentais verticalmente aos atos particulares.

Na Alemanha, o principal precursor da teoria da imputação é SCHWABE<sup>48</sup> e, nos Estados Unidos, a teoria da equiparação tem sua construção atribuída à doutrina da *state action*.

### **3.3.2.1 State action.**

A tradição doutrinária e jurisprudencial dos Estados Unidos da América é negar a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, sendo que tais direitos seriam somente oponíveis ao Estado, na relação clássica entre o Estado e o particular.

A doutrina da *state action* tenta quebrar este paradigma, através de uma construção jurisprudencial que visa definir, ainda que de forma assistemática e casuística, quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública, hipótese em que seria cabível a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada.

Ocorre que, de fato, aí está a principal crítica da doutrina da *state action*, esta equiparação é, como já dito, artificial e casuística, não havendo na jurisprudência americana um critério firme para precisar quando ocorrerá esta equiparação.

O caso *Shelley v. Kramer*, citado por SILVA (2005), ilustra com clareza esta imprecisão e artificialidade da construção da aplicação do direito fundamental a uma relação entre particulares na jurisprudência americana. A discussão do referido caso gira em torno da constitucionalidade de uma cláusula contratual que proibia a venda de imóveis de um condomínio a indivíduos não-brancos.

A corte estadual entendeu que seria legítima a referida cláusula, não se aplicando entre os particulares a proibição de discriminação racial. Tal decisão foi reformada na Suprema Corte, sob o fundamento de violação ao direito de igualdade pela Corte Estadual ao reconhecer a legalidade da referida cláusula que, frontalmente, feria um direito fundamental.

Foi ressaltado na decisão da Suprema Corte que os direitos fundamentais não se aplicam nas relações entre particulares, portanto, por conclusão lógica, a

---

<sup>48</sup> As principais obras de referência sobre o tema de Jürgen Schwabe são *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechtei* (1971) e *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (1977).

cláusula seria válida. A violação ao direito fundamental não estaria na cláusula (firmada dentro de um contexto entre particulares), mas no reconhecimento de legalidade da cláusula pela Corte Estadual.

É evidente o “contorcionismo” feito pela Suprema Corte Americana para negar ideologicamente a aplicação do direito fundamental na relação entre os particulares, e, na prática, o aplicar, afastando a legalidade da cláusula discriminatória de pessoas não-brancas.

Verifica-se, assim, que há na prática uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pela Suprema Corte Americana. Contudo, tal aplicação é justificada pela equiparação da relação privada a um ato estatal. Desta forma, para que houvesse a aplicação do direito fundamental na doutrina da *state action*, primeiro o ato impugnado deveria ser equiparável a um ato estatal e, somente nestes casos, poder-se-ia aplicar o direito fundamental.

De fato, tal construção é um mero pretexto. A prática tem mostrado que, ao invés de haver primeiro uma equiparação do ato particular a um ato estatal para, só então, aplicar o direito fundamental na relação privada, o que ocorre é a constatação da necessidade de se aplicar o direito fundamental em determinado caso (por isso a construção casuística), justificando-se esta aplicação através de uma equiparação deste ato privado a uma prática estatal.

### **3.3.2.2 Teoria de Schwabe.**

A teoria de Schwabe funda-se na imputação de responsabilidade ao Estado pelos atos praticados pelos particulares em contrariedades com as garantias perpetradas pelos direitos fundamentais, caso o Estado tenha sido omissivo no seu dever de legislar infraconstitucionalmente a proteção ao direito fundamental na relação privada.

CRUZ (2007) assim define a teoria de Schwabe:

A proposta de Schwabe, na chamada teoria da convergência estatista, vê todos os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, nos moldes do positivismo clássico. Assim, qualquer ação de um particular que lese ou ameace o direito de outrem pode ser imputável ao Estado, seja porque o legislador não o tenha previsto adequadamente, seja porque o

*staff* administrativo do Estado não o impediu de praticar. Em outras palavras, todas as relações particulares acabam sendo literalmente publicizadas. (CRUZ, 2007, p. 347).

Ao contrário da teoria da *state action*, que equipara o ato particular a um ato estatal para que se possa aplicar o direito fundamental na relação privada, na teoria de Schwabe tal equiparação não ocorre, sendo que o ato particular continua sendo entendido e compreendido como um ato particular. Entretanto, se este ato é ofensivo, caberia ao Estado, preventivamente, tê-lo rechaçado através de proibição infraconstitucional, sendo que a sua omissão é que será reconhecida para aplicação do direito fundamental.

MARTINS (2009) enfatiza, ainda, que a teoria da imputação se mostra incompatível com o princípio da autonomia privada.

A adoção da teoria da imputação acarretaria uma inflação legislativa, decorrente do dever e necessidade estatal em disciplinar todas as relações jurídico-privadas possíveis, no intuito de evitar que lhe seja imputada a responsabilidade por lesões aos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, sem contar a manifesta incompatibilidade da teoria da imputação com o princípio da autonomia privada, haja vista que não seria possível ao Estado garantir ao particular o exercício da autonomia privada, pois ao assim agir, seria responsabilizado por toda e qualquer restrição ou violação a direito fundamental ocorrida no âmbito das relações jurídicas privadas. (MARTINS, 2009, p. 7304).

A principal crítica de tal teoria está na artificialidade de sua construção, impondo ao Estado uma obrigação de premonição (digna de um oráculo) de todas as matérias e práticas particulares, sob pena de responder pela omissão em legislar ou regulamentar tais práticas.

### 3.3.3 Aplicabilidade direta (imediata) dos direitos fundamentais

A teoria da aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas prima pela defesa da desnecessidade de qualquer intermediação para aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Em outras palavras, da mesma forma que não é necessária uma regulamentação infraconstitucional para se aplicar um direito fundamental na relação vertical entre o



Estado e o indivíduo, também, nas relações horizontais, ou seja, entre particulares, tal intermediação não seria necessária.

Esta teoria teve em NIPPERDEY<sup>49</sup> seu grande precursor. Sustenta o autor alemão que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, não necessitando de prévia intermediação legislativa para sua efetivação, aplicando-se diretamente às relações privada, como ressalta JULIO ESTRADA.

Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, rejam o direito privado não se requer nenhuma intermediação, nenhum 'ponto de infiltração', como pretende ser as cláusulas gerais. Pelo contrário, o efeito jurídico é direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direitos imperativos ou dispositivos, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, trata-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação. (JULIO ESTRADA, 2000, p.106, tradução nossa).<sup>50</sup>

O autor alemão enfatiza que com a intensificação das relações sociais e desenvolvimento do capitalismo, não só o poder estatal representaria um risco aos direitos fundamentais, mas também outros grupos sociais que, sendo detentores de poder social, seriam capazes de afrontar os direitos fundamentais dos indivíduos em suas relações jurídicas privadas. Logo, reconhecendo-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, o mencionado autor sustenta a necessidade de sua aplicação direta no âmbito das relações jurídicas privadas, como forma de proteger os indivíduos.

Ao contrário dos defensores da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, NIPPERDEY enfatiza que o ordenamento jurídico é uma unidade e todo o direito, inclusive o privado, somente é válido se em consonância com a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis aos particulares não seria necessária a mediação das chamadas "cláusulas gerais", como sustentam os defensores da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

---

<sup>49</sup> As principais obras de referência sobre o tema de Hans Carl Nipperdey são *Die Würde des Menschen* (1954) e *Grundrechte und Privatrecht* (1962).

<sup>50</sup> "Para que los derechos fundamentales, a modo de normas objetivas, rijam el derecho privado, no se requiere ningún 'medio', ningún 'punto de infiltración', como lo pretenden ser las cláusulas generales. Antes bien, el efecto jurídico es uno directo y normativo, que modifica o regenera las normas juridico-privadas existentes, sean derecho imperativo o dispositivo, cláusulas generales o normas jurídicas determinadas, trátese de prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, derechos de protección o causas de justificación."

O caso emblemático da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais foi o discutido no Tribunal Federal do Trabalho Alemão, à época que NIPPERDEY era seu presidente, que tratou da possibilidade de se estabelecer salários diferenciados entre homens e mulheres. Entende-se que o princípio da igualdade entre homens e mulheres deveria ser aplicado diretamente na relação entre os particulares, ainda que não existisse qualquer norma infraconstitucional que definisse a questão.

Sobre este mesmo exemplo, SILVA (2005) amplia a discussão ao mencionar a possibilidade que, no futuro, trabalhadores de diferentes nações, prestando serviço a uma mesma empresa, mas com filiais em países distintos, discutam, dentro de um bloco econômico como a União Européia, sobre a legalidade de salários diferenciados.

Esta discussão, dentro da realidade brasileira, convida a importantes reflexões.

No Brasil, a relação privada entre trabalhadores e empregadores é regulamentada, em sua maior complexidade e amplitude, pela CLT. Dispõe o art. 461 da CLT que “*sendo idêntica a função, a todo o trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade*”. Verifica-se, pois, que a legislação infraconstitucional tratou da igualdade entre funcionários, mas desde que prestem serviço de igual função na mesma localidade<sup>51</sup>.

Retomando o exemplo mencionado anteriormente, imaginem dois funcionários, prestando serviço em igual função para o mesmo empregador “x”, mas em localidades diferentes. Imagine que um trabalhe em São Paulo, tendo o valor do seu salário maior que o segundo, que, por sua vez, presta serviço em uma localidade no norte brasileiro. Apesar da empresa “x” visar precipuamente o mercado do sudeste brasileiro, justifica-se a manutenção de uma filial no norte brasileiro em razão da diferença salarial. Contudo, se não houvesse a regulamentação infraconstitucional da matéria e se aplicasse diretamente o direito fundamental da igualdade entre os funcionários que exerçam a mesma função, tal como imaginado no caso envolvendo uma mesma empresa em diferentes países da

---

<sup>51</sup> O artigo 461 da CLT traz outras variantes para equiparação salarial, tal como o tempo de exercício na mesma função. Contudo, estas variantes não são relevantes para a discussão proposta.

União Européia, ter-se-ia como conseqüência a equiparação salarial entre o funcionário residente em São Paulo e o residente no norte brasileiro.

Esta equiparação que, numa reflexão rápida poderia ser algo positivo, em razão da ampliação da riqueza do funcionário residente no norte brasileiro, poderá, em um curto espaço de tempo, resultar no encerramento das atividades da empresa “x” naquela localidade pelo desequilíbrio econômico financeiro.

Há, ainda, um risco mais extremado de que se entenda que o direito fundamental da igualdade salarial entre trabalhadores, previstos nos artigos 5º e 7º, XXX, da Constituição Federal, tenha sido violado pela distinção salarial em razão da localidade, como previsto no art. 461 da CLT, afastando a referida norma, para se aplicar diretamente um direito fundamental na relação privada, de igualdade salarial entre profissionais que exerçam a mesma função.

Caso semelhante ocorreu na discussão travada no Supremo Tribunal Federal sob a legalidade da norma do art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009/90, que prevê a possibilidade do fiador responder com seu imóvel residencial, em caso de inadimplência no pagamento dos deveres locatícios pelo locatário. O cerne da disputa foi se o direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º, da Constituição Federal, estaria sendo violado pela possibilidade de constrição do imóvel residencial do fiador do locatário.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter firmado o entendimento quanto à constitucionalidade da norma infraconstitucional<sup>52</sup>, como se infere da ementa abaixo transcrita, destacando inclusive que essa norma funcionaria como uma impulsionadora do direito fundamental à moradia, ao viabilizar o maior número de

---

<sup>52</sup> Sobre o entendimento que prevaleceu na Corte e sobre a discussão da aplicação dos direitos fundamentais ao caso, esclarecedor o voto do Ministro Joaquim Barbosa, cujo trecho se transcreve: “A norma é muito clara: o fiador que oferece o único imóvel de sua propriedade para garantir contrato de locação de terceiro pode ter o bem penhorado em caso de descumprimento da obrigação principal pelo locatário. Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição. Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. A fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. Por via de conseqüência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição federal”.

contratos de locação, o certo é que parte da Corte, entre eles o Ministro Eros Grau<sup>53</sup>, se posicionou sobre o afastamento da norma infraconstitucional, desconsiderando o sopesamento do direito fundamental à moradia feito pelo legislador ordinário para, no seu entender, aplicar diretamente o direito fundamental à moradia no caso concreto.

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (BRASIL, RE n. 407688, 2006).

Estes exemplos demonstram a complexidade da adoção da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A adoção da aplicação direta dos direitos fundamentais implica uma séria violação à autonomia privada, impossibilitando que os particulares contornem as disposições dos direitos fundamentais, como explicitado nos exemplos acima.

Outro ponto é a insegurança jurídica advinda da aplicação dos direitos fundamentais diretamente nas relações jurídicas, em especial pela dificuldade de se definir a extensão da proteção dos direitos fundamentais em uma relação jurídica privada por meio de um sopesamento de direitos fundamentais.

É importante destacar que os direitos fundamentais caracterizam-se pela viabilidade de sua amplitude interpretativa, ou seja, dentro de um conceito vago como “direito fundamental à dignidade humana” pode-se abrir brecha para qualquer interpretação, afastando o pactuado entre os particulares, como corriqueiramente

---

<sup>53</sup> Do voto do Ministro Eros Grau se extrai os seguintes excertos que fundamentam sua posição: “A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal. Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar os aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.”

ocorre quanto à discussão de reajustes de planos de saúde. Sob o pretexto de proteção à dignidade humana e ao amplo acesso à saúde, o judiciário<sup>54</sup> afasta a correção prevista e autorizada pelas agências regulamentadoras para os planos de saúde.

Neste sentido, AZEVEDO (2002) traz importante lição que sintetiza o risco da amplitude interpretativa embasada em conceitos indeterminados, como os que fundamentaram a Revolução Cultural da China, ordem pública, função social, interesse público e boa-fé:

Com esses quatro conceitos, o juiz poderia decidir o que bem entendesse, ou seja, podia declarar: Isso não pode valer, porque vai contra a ordem pública, ou Esse contrato entre “a” e “b” fere a função social. Entretanto, ninguém definia ordem pública, função social, boa-fé, nem interesse público: e este último seria o pior, porque continua a vigorar até hoje com o mesmo caráter vago. Leio muito em petições advogados, até em artigos de doutrina, que o interesse público prevalece sobre o privado. A frase não diz absolutamente nada, porque não é verdade. Às vezes a dignidade humana, que é interesse privado, tem de prevalecer sobre o interesse público. Então, não é tão simples assim. (AZEVEDO, 2002).

Por fim, como destaca STEINMETZ (2004), citando HESSE, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes, incorporando o Judiciário a função de definir a extensão

---

<sup>54</sup> Neste sentido, cita-se a seguinte ementa, extraída do site [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br): “EMENTA: PLANO DE SAÚDE. ULBRA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE CONTEMPLAM O REAJUSTE DO VALOR DAS MENSALIDADES COM BASE NO IGP-M E MAJORAÇÃO EM RAZÃO DO IMPLEMENTO DA IDADE. ÍNDICES VEDADOS PELA LEI 9.656/98. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO IDOSO, DO CDC E DA JURISPRUDÊNCIA. Incontroversa a aplicação da Lei nº 9.656/98 ao contrato do autor, posto que firmado em data posterior à edição da lei, devendo ser respeitadas as regras ali expressas. Levando em consideração que o índice aplicado pela ré não é aceito pela ANS, órgão legalmente investido de competência para a fixação dos índices de revisão dos contratos de planos de saúde, Lei nº 10.850/2004 - deve ser ele afastado o IGP-M, com incidência de percentuais compatíveis ao caso, ou seja, estipulados pela Agência Reguladora. O reajustamento desarrazoado da contraprestação em razão da faixa etária pelo implemento da idade de 60 anos, circunstância que, de forma concreta, deixa estampada a abusividade da cláusula contratual que praticamente inviabiliza a permanência do consumidor, como se fosse possível, com o avançar da idade e quando mais se revela necessária à utilização do serviço, valer-se de estratégia que desvende inconfessada intenção discriminatória em relação ao idoso, cuja roupagem, apenas esta, se revela lícita, porque o seu fim, às escâncaras, faz tábula rasa, a um só tempo e sem qualquer cerimônia, dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e de Amparo aos Idosos (artigos 1º, inciso III e 230, da Constituição Federal), assim como do disposto no artigo 51, inciso IV, do CDC. Tal cláusula é abusiva pela onerosidade excessiva, pois inviabiliza o plano sob o ponto de vista econômico ao consumidor, afastando-o da cobertura quando mais se encontra suscetível, via de regra, às doenças. Aplicável à espécie a adoção de solução de cunho protetivo ao idoso e também consumidor, notadamente porque esta encontra suporte da Constituição Federal, em especial nos artigos 230 (Princípio de Amparo aos Idosos), 5º, inciso XXXII e 170, V (os dois últimos dizendo respeito à proteção ao consumidor), fazendo-se, então, incidir, o Código de Defesa do Consumidor. Assim, é indevido o uso de um critério exclusivamente financeiro, sem considerar, além do equilíbrio econômico, a proteção constitucional ao idoso e o princípio constitucional da dignidade”. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso Cível Nº 71000743732, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 21/03/2006).”

da eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, tarefa essa que incumbiria ao legislativo. O exemplo acima relatado quanto à aplicação do direito fundamental à moradia em contraposição ao direito à autonomia privada de livremente se obrigar com sua propriedade, em caso de concessão de fiança em contrato de locação, demonstra o risco da sobreposição do Judiciário ao Legislativo que, previamente, sopesou a aplicação destes dois direitos e entendeu por resguardar o direito à moradia, através da facilitação do acesso a imóveis dados em locação.

### 3.3.4 Aplicabilidade indireta (mediata) dos direitos fundamentais

A teoria da aplicabilidade indireta ou mediata dos direitos fundamentais tem como pressuposto o respeito a um direito fundamental dos cidadãos, qual seja: a liberdade. Reconhecendo este direito fundamental de primeira geração, reconhece-se que não podem os indivíduos, nas suas relações particulares, sujeitarem-se, indiscriminadamente, à aplicação dos direitos fundamentais. Assegura-se, assim, a liberdade dos particulares de afastar a aplicação direta dos direitos fundamentais às suas relações privadas, sendo que a ingerência de tais direitos somente ocorrerá quando estes forem canalizados pela legislação infraconstitucional.

É importante, antes de se aprofundar mais na teoria da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais, diferenciar esta aplicação nas relações jurídicas privadas, da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais ao legislador.

Como já visto no tópico anterior, a doutrina da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares parte da premissa que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto, o que afastaria a necessidade de intervenção legislativa para os assegurarem nas relações entre particulares.

Para a doutrina da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais, a ingerência destes nas relações entre os particulares somente é possível através da mediação legislativa. Caberá ao legislador realizar a tarefa da ponderação dos valores impressos nos diferentes direitos fundamentais, sopesando a importância e o grau de aplicação de cada um para a matéria legislada. Em razão disso, sugere a definição de aplicação *indireta* ou *mediata*, pois, necessariamente, haverá a legislação prévia para aplicação dos direitos fundamentais aos particulares.

Contudo, diferentemente da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, ocorre a aplicação dos direitos fundamentais sobre o legislador. A atividade constitucional do legislador sofre a ingerência *direta* dos direitos fundamentais, mesmo quando legislando sobre o direito privado. Em outras palavras, pode-se afirmar que a vinculação do legislador às normas de direitos fundamentais é direta, sem que haja qualquer mediação. O legislador deve simplesmente, no exercício de sua atividade, se atentar para as normas de direitos fundamentais expressas no texto constitucional e, ao criar a legislação ordinária, primar pelo respeito e engrandecimento dos direitos fundamentais.

Desta forma, mesmo na doutrina da aplicação indireta dos direitos fundamentais, quando se tiver por foco a aplicação destes direitos no exercício do dever legislativo, a aplicação será direta.

Feita esta primeira ponderação, volta-se o estudo para aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares e como esta aplicação, para DÜRIG<sup>55</sup>, precursor da teoria dos efeitos indiretos, deve se dar.

SILVA (2005), ao apresentar a doutrina de DÜRIG, afirma que este propõe uma concepção dualista dos direitos fundamentais. De um lado, estariam assegurados pelos direitos fundamentais os direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado. Já, do outro lado, nas relações entre particulares, a máxima seria a liberdade dos indivíduos e o respeito à autonomia do direito privado.

No entanto, ao contrário do que pode parecer, DÜRIG não propõem uma distinção absoluta entre os dois lados, pois, se assim o fosse, não haveria a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O que propõe DÜRIG é que os direitos fundamentais influenciem as relações privadas por meio da produção legislativa do próprio direito privado.

Os direitos fundamentais infiltrariam nas relações particulares por meio de um sistema de valores que teria como porta de entradas no campo privado as cláusulas gerais previstas na normatização infraconstitucional.

SILVA (2005) esclarece que um dos avanços no campo dos direitos fundamentais foi o seu reconhecimento como sistema de valores, válido para todo o ordenamento.

---

<sup>55</sup> A obra de referência sobre o tema de Günther Dürig é *Grundrechte und Zivilrechtsprechung* (1956).

Mas uma outra mudança de paradigma no âmbito dos direitos fundamentais, também ocorrida na segunda metade do século XX, teve importância ainda mais decisiva no desenvolvimento de novas dimensões para os direitos fundamentais: a superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, seja a uma abstenção (liberdades públicas), seja a uma prestação (sobretudo os direitos sociais). Direitos fundamentais, nesse novo paradigma, desempenhariam uma função adicional: eles expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico. (SILVA, 2005, p. 77).

A concepção de um sistema de valores pretende ser mais do que uma simples “declaração de intenções” do poder constituinte em relação à atividade legislativa. Um sistema de valores funciona como uma força vinculante, que obriga o legislador infraconstitucional a ampliar a própria força normativa da constituição sobre a atividade legislativa, ainda que seja a atividade legislativa do direito privado.

A incorporação deste sistema de valores à legislação privada se fará especialmente pelas chamadas cláusulas gerais. Essas cláusulas, que requerem um preenchimento valorativo na atribuição de sentido, pois são conceitos abertos, servirão como porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas.

STEINMETZ (2004) assim define a importância das cláusulas gerais para a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais:

Para a teoria da eficácia mediata, como já exposto, na ausência de regulações legislativas específicas, cabe ao juiz dar eficácia a normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais próprias do direito privado. As cláusulas gerais são “pontos de irrupção” (Einbruchstellen, conforme Dürig) dos direitos fundamentais, como valores ou princípios objetivos, no direito privado. Com isso, mantém-se o conflito no campo do direito privado, isto é, não há a conversão de um conflito jurídico-civil (ou jurídico-laboral, ou jurídico-comercial) em um conflito jurídico-constitucional. (STEINMETZ, 2004, p. 161).

No Brasil, em especial no Código de Defesa do Consumidor, objeto de análise mais pormenorizada neste trabalho, inúmeros são os exemplos de cláusulas gerais. A título de ilustração citamos: o art. 4º, inciso I, que dispõe sobre o “reconhecimento da *vulnerabilidade* do consumidor no mercado de consumo”; art. 6º, VIII, que trata dos direitos básicos do consumidor, em especial “a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor (...) quando for ele *hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiências”; art. 28, que regula a desconsideração da personalidade jurídica, ao prever que: “(...) A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de



insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por *má administração*”.

A adoção do sistema de aplicação indireta dos direitos fundamentais não é, contudo, isenta de críticas, como sustenta SILVA (2005), ao citar HABERMAS e sua análise sobre a insegurança advinda ao recurso da utilização do sistema de valores. Afirma HABERMAS que um sistema de valores implicaria na substituição do sistema deontico (“o que deve ser”) essencial para formação do direito, por um sistema axiológico (“o que é bom”), ameaçando a certeza do direito.

Tal crítica se mostra ainda mais preocupante ao se verificar que na jurisprudência, inúmeras vezes os juízes confundem os sistemas de valores que devem ser adotados nas relações particulares: são aqueles advindos de valores constitucionalmente assegurados e não de valores particulares (moralmente aceitos pelos julgadores), como salienta SILVA (2005):

Essa valoração não pode ser, contudo, ao contrário do que muitos pensam, uma valoração baseada em valores morais extra ou supralegais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, no sistema de valores consagrados pela constituição. (SILVA, 2005, p. 78/79).

Outra importante crítica é a possibilidade, para não se dizer certeza, que não haja cláusulas gerais suficientes a assegurarem todos os direitos fundamentais que necessitariam de regulamentação nas relações privadas, como salienta TEPEDINO (2009):

O reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e dos preceitos internacionalmente recebidos pelo Estado brasileiro torna-se método indispensável para abertura do horizonte de proteção dos direitos humanos, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, em cujo domínio seria impossível ao legislador disciplinar todas as situações em que a pessoa humana demanda proteção específica na sociedade tecnológica. (TEPEDINO, 2009, p. 46)

Por fim, talvez a crítica mais contundente à aplicação horizontal dos direitos fundamentais de forma indireta é que a pretensa segurança jurídica que adviria da prévia ponderação de valores feita pelo legislador para adequação dos direitos fundamentais às normas de direito privado, ao se estabelecer as cláusulas gerais, não traz a certeza jurídica esperada. É que, como enfatiza STEINMETZ (2004), as cláusulas gerais não trazem a determinação necessária a assegurar a certeza jurídica.

Esse argumento suscita dúvidas. Do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais “preenchidas” pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais? Ora, se, de um lado, os enunciados lingüísticos que veiculam normas de direitos fundamentais são imprecisos (“vagueza semântica”), de outro, as cláusulas gerais, por definição, também são enunciados legislativos, ou parte deles, com elevado grau de indeterminação. A rigor, dos pontos de vista lingüístico, estrutural e dogmático, as cláusulas gerais são tão vagas quanto as disposições de direitos fundamentais. Assim, as tarefas complexas de interpretação e aplicação existem tanto no âmbito dos textos de direitos fundamentais como no das cláusulas gerais. (STEINMETZ, 2004, p. 162).

A crítica apresentada se mostra coerente ao se analisar dispositivos legislativos como o Código Civil Brasileiro. Contudo, há na própria legislação brasileira, dispositivos que, como enfatiza SAMPAIO JÚNIOR (2008), ao citar a Lei 8.069/90, carregam os “parâmetros hermenêuticos, que orientam o julgador”, retirando ou, ao menos, mitigando, a possibilidade de interpretações casuísticas dos juízes. Assim, “não estamos entregues completamente de mãos amarradas, em uma espécie de cheque em branco dado ao juiz, por meio de conceitos indeterminados”, como salienta AZEVEDO (2002).

A despeito das críticas apresentadas que, indubitavelmente, são pertinentes, entende-se que, ainda assim, a adoção da legislação infraconstitucional como moderadora da aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares seja o modelo mais conveniente. Este entendimento passa pela comparação com o modelo de aplicação direta. Se se entende que há o risco de insegurança jurídica com a adoção do sistema de valores conjugado com as cláusulas gerais, como sugerido por DÜRIG, maior será o risco se não houver nenhum sistema intermediador e os direitos fundamentais forem aplicados diretamente nas relações privadas, sem um prévio sopesamento da sua conveniência.

Em comparação de um sistema com o outro, é que se defende que a legislação infraconstitucional deve ser a moderadora da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Deve-se, contudo, trabalhar para que cada vez mais a legislação seja contundente e clara nos limites da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mitigando a insegurança jurídica, como salientada por HABERMAS.

### **3.4 Análise dos diferentes modelos de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares frente à doutrina do paternalismo jurídico e do paternalismo pretoriano.**

Por tudo estudado, verifica-se a íntima ligação entre os direitos fundamentais e o paternalismo jurídico.

Como defendido no início do capítulo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são direitos paternalistas, desenvolvidos para proteção do indivíduo nas suas diferentes relações.

Como sustenta GALUPPO, os direitos fundamentais são os direitos humanos concretizados no ordenamento jurídico:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (GALUPPO, 2003, p. 233).

Esta concretização dos direitos humanos em direitos fundamentais implica na escolha de uma política paternalista. Em outras palavras, há o reconhecimento de que o agente A deve intervir em prol do agente B para a proteção contra danos físicos, psíquicos ou econômicos.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais seriam direitos potestativos de natureza paternalista. Como direitos potestativos, eles são impostos, sem que haja do outro um dever contraposto ou correlato; o outro apenas deve se sujeitar ao direito potestativo.

Os direitos fundamentais seriam, assim, a garantia mínima das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas. Os direitos fundamentais seriam o direito paternalista mínimo e primário.

Na qualidade de direito mínimo, questiona-se a quem eles seriam oponíveis. Seriam os direitos fundamentais oponíveis somente ao Estado ou seriam eles oponíveis a todos, inclusive aos particulares nas suas relações privadas?

A resposta ao questionamento é que os direitos fundamentais são oponíveis a todos, indistintamente. Não estão os direitos fundamentais limitados à relação Estado-indivíduo.

Contudo, a afirmação de que os direitos fundamentais se aplicam a todos, não implica, necessariamente, no reconhecimento de que se aplicariam de forma direta.

No que toca à relação vertical dos direitos fundamentais, isto é, na relação Estado-indivíduo, entende-se que a aplicação se dá de forma direta. Não há a necessidade de qualquer intermediação legislativa para o indivíduo reclamar o gozo de um direito fundamental na sua relação com o Estado.

Pensamento diverso poderia levar ao enfraquecimento dos direitos fundamentais como proteção mínima contra o Estado. Em outras palavras: entendendo por necessária a intermediação legislativa para efetivação de direitos fundamentais face o Estado, poder-se-ia chegar à absurda situação do Estado terminar por retirar uma garantia mínima do cidadão ao omitir-se em sua função legislativa

Com relação à aplicação dos direitos fundamentais à relação jurídica privada a questão se mostra mais complexa.

É certo que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares parece ser consenso na doutrina, divergindo esta, contudo, quanto à forma de aplicação destes direitos nas relações entre particulares.

Neste sentido, o embate maior se verifica entre a corrente de aplicação direta dos direitos fundamentais e a corrente de aplicação indireta dos direitos fundamentais.

Ao longo deste trabalho foram demonstrados pontos positivos e negativos de ambas as correntes, tendo se demonstrado a predileção pela defesa da aplicação indireta dos direitos fundamentais. A adoção deste posicionamento não significa o desconhecimento das críticas à corrente de aplicação indireta dos direitos fundamentais, críticas estas, em sua grande maioria, pertinentes.

Contudo, apesar das falhas existentes na corrente de aplicação indireta dos direitos fundamentais, entende-se que a adoção desta técnica possui duas qualidades essenciais que a qualificam a ser adotada pela jurisprudência brasileira.

A primeira qualidade é a adoção de prévio estudo dos direitos fundamentais pelo legislativo que ponderará pela conveniência ou não de resguardá-los em uma

prática entre particulares. Em outras palavras, haverá uma forte distinção entre os poderes legislativo e judiciário, cabendo àquele o dever de sopesamento dos direitos fundamentais que deverão ser tutelados em determinada relação jurídica privada, mitigando a possibilidade de decisões casuísticas do judiciário.

Em complemento a este entendimento, apresenta-se o posicionamento de que o paternalismo jurídico deve ser fruto de estudos prévios, feitos pelo legislador (entendido este como o criador da norma).

A escolha de uma política paternalista deve ser construída considerando a repercussão de tal decisão para toda a sociedade e não uma escolha casuística e míope, focada em um caso concreto, sem considerar a repercussão deste posicionamento.

A segunda qualidade, intimamente ligada à primeira, é a maior segurança jurídica das relações entre os particulares, através do prévio sopesamento dos direitos fundamentais e sua consolidação na legislação infraconstitucional. Contudo, a segurança jurídica somente será alcançada se adotarmos técnicas modernas de formação das cláusulas gerais, dando ao interprete diretrizes hermenêuticas para aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares. A adoção de instrumentos legais modernos canalizará toda a discussão do direito privado para o campo infraconstitucional, afastando da Corte Constitucional discussões afetas aos particulares.

Neste sentido, é importante enfatizar que, mais importante do que a defesa de aplicação indireta dos direitos fundamentais às relações privadas através de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, é a defesa da adoção de técnicas modernas de formação das cláusulas gerais, sob pena da insegurança jurídica temida pela aplicação direta dos direitos fundamentais ser reproduzida na aplicação das cláusulas gerais ao caso concreto.

Sobre o risco da insegurança jurídica das cláusulas gerais, TIMM, dissertando sobre a função social do contrato, traz importante lição:

Nesse sentido, com base na função social dos contratos, alguns juízes têm revisado contratos sob o argumento político de proteger o fraco contra o forte, a coletividade (por exemplo, o mutuário) frente à individualidade (por exemplo, a instituição financeira). Com o mesmo argumento, parte do Judiciário tem proibido o corte de no fornecimento de água, luz e tudo mais que disser respeito à dignidade da pessoa humana, ainda que o corte esteja permitido nas respectivas leis de água, de luz, e nos contratos entabulados entre as partes. (TIMM, 2008, p. 71).

Decerto, caso se defenda a aplicação direta dos direitos fundamentais, estar-se-á dando azo à ditadura do judiciário e ao paternalismo pretoriano, pois, em suma, qualquer idéia, valor ou compreensão particular de um juiz poderá ser “respaldado” por um direito fundamental, em face da sua vagueza conceitual. O que ocorreria é que a convicção ideológica do juiz embasaria sua decisão, sendo que um direito fundamental qualquer somente revestiria de legalidade o ato.

Desta forma, a política paternalista, que deve ser fundamentada na proteção do indivíduo, poderá, a longo prazo, ser prejudicada por decisões que, *a priori*, no caso concreto, são consideradas favoráveis ao indivíduo, mas dentro de um contexto macro, será prejudicial no futuro. O paternalismo pretoriano e adoção indiscriminada de direitos fundamentais de forma direta devem ser repudiados, prevalecendo o entendimento que os direitos fundamentais nas relações entre privados e o paternalismo jurídico como um todo devem ser estudados e desenvolvidos dentro de uma política de Estado, sendo esta sempre refeita sempre quando necessário e desenvolvida para o alcance de todos os indivíduos que indiscriminadamente se encontrem em posição semelhante.

## O CONSUMIDOR COMO SUJEITO TUTELADO PELO PATERNALISMO JURÍDICO

### 4.1 Premissas

Até o presente momento foi destacado o conceito de paternalismo jurídico e os desmembramentos deste conceito, inclusive os desmembramentos desvirtuados, como o paternalismo pretoriano.

Verificou-se que a relação paternalista é uma relação de poder, onde A propõe adotar medidas protecionistas em favor de B, com a finalidade benevolente de resguardar B de danos físicos, psíquicos e econômicos. A intervenção paternalista é justificada pela incapacidade de B, o que o qualifica como um sujeito carente de proteção jurídica.

No capítulo anterior demonstrou-se que os direitos fundamentais seriam, em princípio, os primeiros direitos paternalistas dentro de um ordenamento jurídico. Seja na sua aplicação na relação vertical, estado-cidadão, ou na sua aplicação horizontal, na relação particular-particular, os direitos fundamentais são direitos protecionistas.

Neste sentido, analisando a Constituição Federal Brasileira, constatou-se que, em seu art. 5º, inciso XXXII, (“*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”), o Consumidor recebeu o *status* de ente especialmente tutelado, digno de proteção e intervenção paternalista.

Cabe então, definir o que seria consumidor e, ao final, verificar se tal ente, dentro da perspectiva paternalista, seria digno de tutela especial.

### 4.2 Definição de Consumidor.

O primeiro ponto para se conceituar o que seja “consumidor” é esclarecer que a definição que se busca no presente trabalho é a definição jurídica do termo.

Não se pretende adentrar na árdua pesquisa da conceituação sociológica ou mesmo econômica do termo “consumidor”, mas sim definir este juridicamente.

Ressalte-se, entretanto, que, apesar de a conceituação sociológica e econômica do termo “consumidor” não ser objeto de estudo, não se ignora que as definições trazidas pela Sociologia e pelas Ciências Econômicas influenciam na conceituação jurídica do termo.

Desta forma, unicamente a título exemplo, sem que se adentre em uma análise mais profunda, cita-se a lição da Professora DONATO (1994) sobre o estudo do consumidor pela sociologia:

Os sociólogos analisam o consumidor de acordo com suas escolhas, seu comportamento, seu nível cultural ou, ainda mais amplamente, de acordo com as variações de país a país, em termos internacionais. Constatam, enfim, que a sua conceituação não é uma tarefa das mais fáceis, podendo, por vezes, o ato de aquisição encontrar-se unido ao ato de consumo, e noutras vezes, o comprador não se identificando ao consumidor. (DONATO, 1994, p. 44).

A mesma professora, traz, também, breve análise sobre a definição de consumidor para os economistas:

Conceituam-no [consumidor], os economistas, como sendo o destinatário da produção de bens, seja ou não adquirente, seja ou não, por sua vez, produtor de rendas. Ou então, como adquirentes de bens e serviços que são os produtos finais do ciclo econômico. (DONATO, 1994, p. 45-46).

Salienta-se, mais uma vez, que o presente trabalho não busca a análise ou a conceituação dos sujeitos da relação jurídica, no caso o consumidor, com foco nas ciências econômicas ou sociais, mas sim do ponto de vista jurídico. Sabe-se, contudo, que o isolamento absoluto da definição jurídica de todas as conceituações oferecidas pelas demais ciências é fato irrealístico e, por não dizer, falacioso.

### **4.3 Conceito Jurídico de Consumidor.**

Como dito anteriormente, o presente trabalho presta-se à definição jurídica do consumidor. A importância desta definição, por óbvio, é crucial para todo o



estudo do direito do consumidor. Pela definição de consumidor passa a delimitação da esfera de atuação do direito especial que lhe é resguardado.

A busca do direito pela conceituação do consumidor é um fenômeno recente. Como ensina BENJAMIN (1988), a expressão *consumidor* ganhou contornos mais nítidos para o Direito somente no século XX, especialmente dos idos dos anos 60 em diante.

Apesar de razoavelmente recente, o estudo jurídico do consumidor se disseminou por todo o mundo, sem, contudo, haver uma unicidade quanto a sua conceituação ou mesmo quanto aos critérios para esta conceituação. Neste sentido, BENJAMIN evidencia a diversidade de critérios para o tratamento legal do conceito de consumidor:

Quanto à *legislação estrangeira*, primeiramente, é importante ressaltar que seis posicionamentos podem ser identificados quanto ao tratamento legal para o conceito de consumidor: a) ausência absoluta de definição; b) definição positiva, direta e geral; c) definição positiva, direta e específica para cada lei especial; d) definição negativa e direta (“não é consumidor...”); e) definição mista (positiva e negativa ao mesmo tempo), direta e geral; f) definição indireta (quer seja através do conceito de ato de consumo, quer de negócio de consumo). (BENJAMIN, 1988, p. 73).

O autor português ALMEIDA (1982), estudando os diversos conceitos de consumidor oferecidos pelas legislações mundiais, aponta a existência de elementos comuns a todas as definições, a saber: elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento teleológico.

Concentraria a disputa do elemento subjetivo em saber se o conceito de consumidor se estenderia à pessoa jurídica, pois, quanto às pessoas físicas, para o autor português, não haveria dúvida por sua inclusão como consumidoras.

No que toca ao elemento objetivo, o consumidor é qualificado pelo uso de coisas (bens) ou serviços. Neste sentido, para a definição de consumidor, importaria saber se o objeto da relação é um bem móvel ou imóvel, se seria um serviço público ou privado.

A importância do elemento objetivo na definição de consumidor é ressaltada por BENJAMIN (1988):

O conceito de consumidor pode ser restrito não somente pela ótica dos sujeitos da relação de consumo como, ainda, pela natureza de seu objeto. Para algumas legislações, consumidor a merecer tutela especial seria apenas o que adquirisse produtos. Outras, ao revés, incluem serviços.

Umas excluem bens imobiliários, seguros e operações bancárias. Outras não. Ademais, a destinação que se dê ao bem – para uso próprio ou para revenda – também serve de critério na identificação ou não de consumidor. (BENJAMIN, 1988, p. 74).

Por fim, quanto ao elemento teleológico, ALMEIDA (1982) esclarece que a destinação dada ao bem ou serviço também é um critério presente nas diversas conceituações de consumidor. Neste sentido, o uso profissional do produto ou serviço é, para algumas legislações, critério negativo para qualificação do consumidor.

Todos os elementos acima citados estariam presentes, de uma forma ou de outra, na conceituação de consumidor, podendo, desta forma, serem considerados elementos comuns. É importante esclarecer-se que há unicidade quanto à presença dos três elementos (elemento subjetivo, elemento objetivo e elemento teleológico) em todas as definições de consumidor, mas não na definição de cada elemento, variando a definição de legislação para legislação.

Além dos elementos comuns às conceituações de consumidor, ALMEIDA (1982) apresenta dois elementos que, em determinadas legislações, se fazem presentes na conceituação de consumidor. São eles: a) elementos (de relação) negocial e b) elementos (de relação) inter-subjectiva.

Verifica-se a inclusão dos elementos (de relação) negocial na conceituação do consumidor nos textos legais que se prendem as relações jurídicas de consumo como àquelas estritamente contratuais, bem como em textos que ampliam as relações jurídicas de consumo às relações jurídicas negociais *pré* e *extra*-contratuais.

O autor português enfatiza que a limitação jurídica do conceito de consumidor às fontes contratuais, somente se justifica em textos legais que tratem especificamente destas relações, pois, caso contrário, estar-se-ia restringindo demasiadamente a tutela jurídica do consumidor.

A menção do contrato como fonte dos actos de consumo é, de certo, demasiado restritiva e só é de aceitar nos textos cujo objecto próprio e específico se não alongue para além das relações contratuais. Os bens e serviços de consumo não são necessariamente fornecidos ou prestados no quadro contratual. Daí que seja mais correcta a referência a uma aquisição ou a uma transacção, sendo que aquela é um efeito do acto jurídico e a segunda uma forma imprecisa de designar a expressão que nos parece mais adequada – negócio jurídico.

Pela via do negócio jurídico se podem explicar muitas das relações de consumo para além daquelas que derivam da celebração de contratos.

Estamos a pensar na proposta contratual, na oferta ao público, no negócio a favor de terceiro e noutras soluções que a doutrina recente, com maior ou menor aceitação, tem vindo a usar para explicar certos direitos dos consumidores, que a doutrina clássica enquadra dentro dos limites apertados da responsabilidade extracontratual (por ex.: responsabilidade por danos causados pelos produtos, garantias do produtor, responsabilidade derivada da mensagem publicitária e da promoção comercial). (ALMEIDA, 1982, p. 214).

Com relação aos elementos (de relação) inter-subjectiva, constata ALMEIDA (1982) que há variações quanto à definição das pessoas que podem ser consumidores (pessoas físicas ou jurídicas), bem como das pessoas que necessariamente se relacionam com os consumidores (empresas ou profissionais).

O estudo feito por ALMEIDA (1982) dos elementos caracterizadores do conceito de “consumidor” encontra correspondência no mesmo estudo de BENJAMIN (1988), conforme se infere do seguinte trecho:

Os diversos conceitos jurídicos de consumidor têm em comum um elemento *subjutivo ativo* no que toca à tutela (consumidor é sempre uma pessoa), um elemento *subjutivo passivo* contra quem a tutela é exercida (consumidor adquire bens e serviços de produtor, distribuidor ou intermediário), um elemento *objetivo* (consumidor de bens ou de serviços) e um elemento *teleológico* ou *finalístico* (a destinação a ser dada aos bens e serviços deve ser para uso pessoal ou privado dos consumidores). Por vezes acrescenta-se um elemento *quantitativo* (bens e serviços até um certo valor). Embora o vocábulo *consumidor* não esteja assentado com um conceito claro, já se podem identificar algumas áreas de disputa conceitual: a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoa natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nos casos de relações jurídicas extracontratuais; c) quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos. (BENJAMIN, 1988, p. 71).

Verifica-se, pois, de todo o estudo apresentado que a sistematização e a conceituação do termo consumidor não é matéria tranqüila, sendo inúmeras as variantes encontradas, seja pelos estudiosos do tema, seja pelas normatizações da matéria.

Diante da amplitude do termo, pode-se variar a sua definição de um pólo extremo, onde todos os adquirentes de produtos ou serviços, independentemente de sua destinação, sejam considerados como consumidor, quanto, partindo para outro pólo, somente o seriam aqueles que adquirissem produtos alimentícios e

farmacêuticos, fato este que justificaria a intervenção do Estado na proteção de sua saúde e segurança.

Em face da possibilidade de definição extremada de consumidor, ora demasiadamente reduzida, ora demasiadamente ampliada, entende-se que a conceituação de consumidor deve se prender especialmente ao seu critério teleológico, sob pena de desvirtuação da necessidade de proteção de uma tutela específica. Ora, se todos forem consumidor em todas as relações contratuais, não há a necessidade de uma proteção específica do consumidor, bastando adotar a proteção que já é chancelada pelo direito privado civil, regra geral aplicável.

O primeiro passo para conformação do consumidor é que o bem ou serviço seja adquirido para o deleite deste consumidor, não havendo uma intenção lucrativa, ainda que indireta, com a aquisição do bem. Neste sentido, afastar-se-ia da definição de consumidor o “profissional”<sup>56</sup>, pois este, indubitável e necessariamente, adquire bens e serviços com o propósito de incremento de sua atividade, mesmo que o produto ou o serviço não se incorpore diretamente ao produto ou serviço por ele oferecido ao mercado.

Desta forma, não é determinante para a exclusão do profissional do conceito de consumidor, que o bem adquirido seja incorporado diretamente ao produto final por ele comercializado. É irrelevante que o bem seja o aço para a fabricação do carro ou a toalha de papel para o vestiário de seus funcionários: todos estes produtos, quando adquiridos pelo profissional, possuem uma destinação lucrativa, incorporando ao custo do produto final por ele comercializado, o que incompatibiliza tais relações com a guarida especial destinada ao consumidor.

Como esclarece BENJAMIN (1988), a “aquisição que visa a um fim profissional não é ato de consumo na acepção jurídica”.

Coaduna-se com DONATO, ao assim conceituar consumidor:

Pretendemos abranger com esse conceito todos aqueles, indistintamente – pessoas física, jurídica (inclusive os entes despersonalizados) – que adquiram produtos ou utilizem serviços, bem como aqueles que venham a fruir esses produtos ou serviços visando ao seu uso próprio. Ou seja, que não o adquiram ou utilizem visando a sua circulação econômica ou a obtenção de lucros diretos com o produto ou o serviço, mas sim, na qualidade de consumidores finais. Ademais, deve o produto ou serviço ter

---

<sup>56</sup> A utilização do termo “profissional” abarca no presente trabalho tanto o empresário, como definido no art. 966 do Código Civil, como também aquele não sendo empresário, como determina o parágrafo único do mesmo artigo, explora qualquer atividade com fim lucrativo.

tido colocado à disposição do consumidor por quem exerça atividade econômica ou em caráter profissional. (DONATO, 1994, p. 54).

A definição da autora traz importantes elementos de reflexão, em especial na parte final, ao destacar que a relação jurídica de consumo é uma relação *ratione personae*, ou seja, o conceito de consumidor passa pelo conceito de fornecedor.

Não se define a relação jurídica de consumo pela matéria objeto desta relação, mas sim pelas pessoas nela envolvidas. Neste sentido, um contrato de compra e venda de um carro pode caracterizar uma relação jurídica de consumo, se as partes forem fornecedor e consumidor, como pode ser uma relação civil pura, dois particulares negociando o carro ou, ainda, uma relação empresarial específica, se envolver dois empresários.

No exemplo acima, somente no primeiro caso se justificaria a intervenção das normas regulamentadoras da relação de consumo, sendo que, nos demais casos, aplicar-se-iam as normas cíveis ou, quando muito, o direito de empresa.

Em suma, somente há que se falar em consumidor se do outro lado da relação jurídica estiver o fornecedor. A relação jurídica de consumo se forma pelo binômio consumidor-fornecedor.

Demonstrada a amplitude que se pode dar ao termo “consumidor” e também a ausência de uniformidade de sua definição, cabe mais uma vez enfatizar o que é o principal ponto de distinção deste sujeito, o elemento finalístico, ou seja, a destinação não profissional dada ao produto ou serviço adquirido.

A destinação do produto ou serviço é o grande ponto controvertido na definição do consumidor, alvo de discussão de duas correntes no direito brasileiro, a teoria finalista e a teoria maximalista. O estudo destas correntes e o surgimento de uma nova corrente, a teoria finalista aprofundada será objeto de estudo no próximo tópico.

#### **4.4 O Conceito Jurídico de Consumidor no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.**

O Código de defesa do Consumidor traz, em quatro dispositivos, definições do termo consumidor, a saber:

- a) Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
- b) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
- c) Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.
- d) Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Cada uma das definições será tratada separadamente:

#### *4.4.1 Definição de Consumidor no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.*

O *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor traz a conceituação do consumidor “padrão” ou “standard”, denominação esta apresentada por DONATO (1994), ou consumidor *stricto sensu*, como batizado por MARQUES (2002).

Retomando as lições do autor português ALMEIDA (1982), podemos identificar na conceituação de consumidor apresentada pelo *caput* do art. 2º, do CDC, a presença dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico.

No elemento subjetivo, a definição apresentada pelo art. 2º, do CDC, aponta que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica”. No que toca ao elemento objetivo, define-se o consumidor pela aquisição ou utilização de “produto ou serviços”. Por fim, quanto ao elemento teleológico, este é evidenciado pela expressão final do dispositivo “destinatário final”.

Como destacado anteriormente, será o elemento teleológico a grande baliza para caracterizar o consumidor. Neste sentido, a pessoa física ou jurídica se

qualifica como consumidora não por uma característica pessoal, mas sim pela destinação dada ao produto ou serviço adquirido.

Da mesma forma, não há categorias distintas de produtos e serviços que o qualificam ou não como objeto de consumo. O carro comprado pelo pai de família é o mesmo carro comprado pela empresa de locação de veículos, sendo que a relação jurídica de compra do carro será considerada de consumo pela destinação dada ao produto.

Saliente-se que mesmo que o carro, citado no exemplo acima, fosse adquirido por uma empresa para uso pessoal de seu diretor, não se configuraria uma relação de consumo, dada a natureza profissional da relação jurídica.

Há quem pense ao contrário, como NUNES (2008). Para ele, a caracterização da relação de consumo independe do produto ou serviço estar sendo usado na produção de outros, ou seja, seria irrelevante a destinação do produto ou serviço. O que qualificaria a relação de consumo é o tipo de produto ou serviço, ou seja, a relação de consumo envolveria os “bens de consumo” sendo que os “bens de produção” não estariam abarcados na relação jurídica de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas por meio de dezenas de veículos de comunicação, para que alguém em certo momento adquira. Aí está o caminho indicativo para a solução. Dependendo do tipo de produto ou serviço, aplica-se ou não o Código, independentemente de o produto ou serviço estar sendo usado ou não para a “produção” de outros. (NUNES, 2008, p. 77).

O critério qualificador da relação de consumo apresentado por NUNES (2008) não se justifica. Não é o produto ou serviço que qualifica a relação de consumo, mas sim a destinação dada ao mesmo. A dificuldade de qualificar a relação de consumo pelo tipo do produto ou serviço se mostra, ainda, mais evidente se se pensar nos “tipos de serviços”. Ora, o mesmo profissional que presta o serviço de suporte de informática para minha casa é o que presta para grandes empresas. Seria o serviço de “suporte de informática” um “bem de consumo” ou um “bem de produção”?

A impropriedade da classificação da relação de consumo pela “natureza” do bem é evidente, o que pode resultar em uma ampliação absurda do conceito de

consumidor ou um enrijecimento deste mesmo conceito. Por outro lado, se se definir a relação jurídica acima citada com base no critério finalístico, não há dúvida que, em relação ao serviço prestado de “suporte de informática” para minha casa, configurada estaria uma relação de consumo, enquanto que o serviço para grandes empresas, que utilizam deste, direta ou indiretamente, para maximizar os seus lucros, não configuraria uma relação jurídica de consumo, mas uma relação obrigacional própria do direito privado civil.

Verificado que o critério finalístico é o melhor para qualificar a relação jurídica de consumo, mister, então, interpretar a expressão “destinatário final”, contida no *caput* do art. 2º, do CDC.

A interpretação da locução “destinatário final” suscitou a divisão dos estudiosos brasileiros em duas correntes: os maximalistas e os finalistas. Recentemente, além das duas correntes mencionadas, vem tomando força uma terceira corrente, denominada por MARQUES (2007) como “finalismo aprofundado”.

Os maximalista apontam o Código de Defesa do Consumidor como uma lei que regulamenta toda e qualquer atividade do mercado de consumo, como enfatiza MARQUES (2002). A caracterização da relação de consumo está condicionada a aquisição ou utilização do produto como destinatário final, não importando o resultado econômico desta aquisição ou utilização.

A conceituação da relação jurídica de consumo, independentemente da destinação dada ao produto ou serviço, amplia a abrangência do Código de Defesa do Consumidor a um sem número de pessoas, o que descaracteriza a idéia protecionista do hipossuficiente do estatuto do consumidor. Neste sentido, enfatiza FILOMENO:

Dizer-se, como querem os assim denominados pela autora retrocitada [Cláudia Lima Marques] “maximalistas”, que se aplica o Código, sem qualquer distinção, às pessoas jurídicas, ainda que fornecedoras de bens e serviços, seria negar-se a própria epistemologia do microssistema jurídico de que se reveste. (FILOMENO, 1998, p. 30).

Por sua vez, os finalistas, ao interpretarem a expressão “destinatário final”, presente na cabeça do artigo 2º, do CDC, enfatizam que o consumidor é aquele “destinatário fático e econômico” do bem ou do serviço. Não basta a retirada do bem ou serviço do mercado para caracterização do consumidor, sendo fundamental a



destinação dada ao bem, que jamais poderia ser revertido para a pontencialização de novo produto ou serviço produzido ou prestado pelo destinatário.

MARQUES sintetiza bem a questão:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final e econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço. (MARQUES, 2002, p. 253-254).

Esta, entende-se, deve ser a corrente adotada para interpretação do conceito de consumidor expresso no artigo 2º do CDC. A utilização de produtos e serviços, ainda que não diretamente na produção de outros produtos e serviços, influencia em seu preço final, desvirtuando a relação jurídica de consumo.

A relação jurídica de consumo deve primar pela ausência de intuito lucrativo. O bem adquirido, na relação jurídica de consumo, deve ser destinado ao uso e gozo e não como um instrumento de produção. Em suma, consumidor é aquele “não profissional”.

Neste sentido, BENJAMIN (1988):

Que a pequena e média empresa, com seus fins lucrativos, também necessitam de tutela especial, tal não se contesta aqui. Entretanto, reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar não implica dizer que aquele se confunde com este. O fim lucrativo os divide. Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar. (BENJAMIN, 1988, p. 77).

Além da teoria finalista e maximalista, MARQUES (2006) aponta o desenvolvimento de uma terceira corrente doutrinária, cujo surgimento foi impulsionado pelo Código Civil Brasileiro e por julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Neste sentido, cita-se o julgado do STJ, RMS 27512/BA, Relatora Min. Nancy Andrichi: “PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO. DEFICIENTE FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO.

Esta nova corrente doutrinária flexibiliza o critério para conceituação de consumidor, aceitando que aqueles que sejam “profissionais”, desde que em uma posição de vulnerabilidade em face do fornecedor, possam ser reconhecidos como consumidor.

Os critérios para extensão do conceito de consumidor aos “profissionais”, segundo MARQUES (2006), seriam: a) tratar-se de pequena empresa, que adquira produtos ou serviços como insumos para sua produção, mas fora de sua área de *expertise* ou com utilização mista, e; b) existência de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor.

O art. 4º, inciso I<sup>58</sup>, do CDC, reconhece a vulnerabilidade do consumidor como uma das premissas para o estabelecimento de uma política protecionista

---

AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. - Por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento do mandado de segurança para as hipóteses em que a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento provoca lesão ou grave ameaça de lesão a direito líquido e certo do jurisdicionado. Precedentes. - A fim de bem cumprir a exigência contida no art. 525, I, do CPC, deve a parte instruir o agravo de instrumento com cópia da cadeia completa de instrumentos de mandato, com vistas a possibilitar a identificação dos advogados que efetivamente representam as partes. Esse entendimento prestigia o princípio da segurança do processo, e não pode ser olvidado. O rigor procedimental não é prática que deva subsistir por si mesma. No entanto, na hipótese em apreciação, a aplicação do formalismo processual é requisito indispensável para o fortalecimento, desenvolvimento e caracterização da legítima representação das partes, em preciso atendimento aos elementos indispensáveis da ação. Precedentes. - A falta de peça essencial e, pois, indispensável ao julgamento do agravo de instrumento, ainda que estranha ao elenco legal das obrigatórias, impede o conhecimento do recurso. Precedentes. - A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. - Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. - Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido. (BRASIL, 2009)

<sup>58</sup>“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a

diferenciada para este. MARQUES (2007) esclarece que há quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, fática e a informacional, esta última intrínseca do consumidor.

Na vulnerabilidade técnica, o adquirente, por não possuir conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido, pode ser facilmente ludibriado pelo fornecedor, razão da sua proteção pelo Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, na vulnerabilidade jurídica, também conhecida como vulnerabilidade científica, o consumidor é carente de um conhecimento específico, neste caso, jurídico ou econômico, sobre o negócio jurídico que está sendo concretizado.

Em ambas as vulnerabilidades citadas acima existe uma presunção de sua presença no consumidor pessoa física e, em sentido contrário, pela sua ausência no consumidor “profissional”.

Quanto à vulnerabilidade fática ou socioeconômica, sua análise passa pela posição do outro parceiro contratual, que, para sua caracterização, deve ter um grande poderio econômico ou fático (como o monopólio) possibilitando impor condições ao outro contratante.

Por fim, a vulnerabilidade informacional é o *deficit* de conhecimento amplo e geral sobre o produto ou serviço, como enfatiza MARQUES:

Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar-se este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. (MARQUES, 2007, p. 75).

A presença de qualquer uma das espécies de vulnerabilidade aliada à condição do adquirente (pequena empresa) é que caracterizaria o “profissional” como consumidor, para a corrente finalista aprofundada.

Entende-se que esta nova corrente doutrinária, impregnada de subjetivismo, poderá contribuir para ampliação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a relações tipicamente empresariais. É importante frisar qual o objetivo do CDC, quais as relações jurídicas que ele se presta a regular. Neste sentido, para nós, não resta dúvida que o CDC regula a relação jurídica formada pelo binômio fornecedor-

consumidor, ausente nesta relação qualquer intuito lucrativo do adquirente do produto ou serviço.

A relação entre profissionais deve ser regulada pelo Código Civil, que não é carente de dispositivos para proteção do fragilizado.

O casuísmo sugerido pela corrente finalista aprofundada para análise do conceito de consumidor poderá contribuir para banalização do uso do estatuto do consumidor, negando a “própria epistemologia do microsistema jurídico”, como enfatizado por FILOMENO. (1998).

#### 4.4.2 Definição de Consumidor no parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

O parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor apresentado no *caput*. Enquanto que no *caput* do mencionado dispositivo, o consumidor é tratado individualmente, no parágrafo único o alvo é a coletividade de consumidores, sobretudo quando indeterminados.

FILOMENO aponta com clareza o objetivo da referida norma:

Desta forma, além dos aspectos já tratados em passos anteriores, o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do Código do Consumidor é a *universalidade, conjunto* de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo *grupo, classe ou categoria deles*, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se *previna*, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim abstratamente as referidas universalidades e categorias de *potenciais* consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, [...]. (FILOMENO, 1998, p. 31-32).

A interpretação do parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor passa pela interpretação do artigo 81 deste mesmo diploma.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.  
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos, como ensina BENJAMIM (2006), são aqueles relacionados a um número indeterminado de pessoas, vinculados por uma relação factual que merece ser acolhida no ordenamento. Também se caracterizam pela indivisibilidade, seja pela impossibilidade de precisar o titular do direito, seja pela impossibilidade de determinar a parcela que lhe é cabível.

Por sua vez, os interesses e direitos coletivos, apesar de serem indivisíveis como os direitos difusos, caracterizam-se pela possibilidade de precisão dos seus titulares, que pertencem aos mesmos grupos, categorias ou classes, vinculados por uma relação jurídica base. Como exemplo, podemos citar consumidores vinculados por uma relação contratual ou ainda vinculados a uma mesma associação.

Por fim, os interesses e direitos individuais homogêneos caracterizam-se pela origem comum, divisibilidade e disponibilidade. Há, neste caso, uma série de interesses individuais, que assim poderiam ser exercidos, mas que, pela homogeneidade da origem, podem ser tutelados coletivamente.

Verifica-se, pois, que o parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor, equiparando-o à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, mas que se sujeitam às práticas comerciais de mercado.

Desta forma, será equiparado a consumidor e, portanto, devendo ser-lhe estendido a chancela do CDC, não só ao consumidor padrão, definido na cabeça do artigo 2º do estatuto do consumidor, mas também àqueles que, ainda que indetermináveis, intervenham na relação de consumo.

#### *4.4.3 Definição de Consumidor no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.*

O artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor vem equiparar a consumidor todas as vítimas de evento originário de uma relação de consumo.

Para elucidar a questão, traz-se o seguinte exemplo. Imagine um acidente com um avião de carreira. Não há dúvida que os passageiros são consumidores e, portanto, a relação contratual firmada com a empresa aérea estaria sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Agora, imaginem que no desastre aéreo tenham sido vitimadas pessoas em terra, que não possuem qualquer vínculo com a companhia aérea. Estas pessoas, vítimas do evento, originário de uma relação de consumo, serão, para fins do artigo 17 do CDC, equiparadas a consumidor, sendo irrelevante a ausência de prévio vínculo contratual com o fornecedor.

O art. 17 do CDC iguala ao consumidor o terceiro, *bystander*, ou seja, o mero espectador que é vitimado no evento originário de uma relação de consumo. O único requisito para assunção da figura do consumidor no art. 17 é a pessoa ser vítima de um acidente de consumo, como ensina DONATO:

Mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, interessando à perquirição que ora se almeja, o conhecimento de que a pessoa foi atingida em sua incolumidade físico-psíquica ou em sua incolumidade econômica. (DONATO, 1994, p. 54).

Neste sentido, também tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, como se infere do julgamento do REsp 1000329:

AUTENTICAÇÃO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 115/STJ. CIVIL E PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Em se tratando do agravo de instrumento disciplinado nos artigos 522 e seguintes do CPC, é dispensável a autenticação das peças que o instruem, tendo em vista inexistir previsão legal que ampare tal formalismo.

2. Nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei n. 8.078/90, equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica.

3. Caracterizada a relação de consumo, aplica-se ao caso em apreço o prazo de prescrição de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 27 da Lei n. 8.078/90.

4. Respondem solidariamente todos aqueles que contribuíram para a causa do dano.

5. Considerando que a petição inicial da ação de indenização por danos materiais e morais forneceu de modo suficiente os elementos necessários ao estabelecimento da relação jurídico-litigiosa, apresentando os fatos que permitem a identificação da causa de pedir, do pedido e do embasamento legal, correto o acórdão recorrido que afastou a inépcia da exordial.
6. Em razão do manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração, a multa aplicada pela instância a quo deve ser mantida.
7. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2010).

É importante frisar que o direito do consumidor equiparado é autônomo e independente do direito do consumidor padrão.

Portanto, o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor traz, assim como o parágrafo único do artigo 2º o fez, a figura de um consumidor equiparado, ou seja, o consumidor que não fazia parte da relação obrigacional primária, mas que se assemelha ao consumidor padrão, por serem ambos vítimas do mesmo evento.

#### *4.4.4 Definição de Consumidor no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.*

Por fim, fechando as definições de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, o art. 29 do CDC equipara a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V, a saber: oferta (arts. 30 a 35), publicidade (arts. 36 a 38), práticas abusivas (arts. 39 a 41), cobrança de dívidas (art. 42) e bancos de dados (arts. 43 e 44) e no Capítulo VI, que trata da proteção contratual.

DONATO (1994) esclarece que o conceito de consumidor no art. 29, originalmente, fazia parte do conceito geral de consumidor, previsto no art. 2º do CDC, cuja redação era a seguinte: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, bem como a que se encontra sujeita ou propensa a intervir nas relações consumo”.

Todavia, por força de discussões legislativas, preferiu-se a segmentação da definição de consumidor, delimitando em quais casos se configuraria o consumidor por mera exposição a práticas comerciais.

Neste sentido, deve-se esclarecer que o conceito de consumidor do art. 29 é de um consumidor passivo, que está exposto às práticas comerciais, ao contrário do conceito de consumidor do *caput* do art. 2º do CDC, no qual é exigida do

consumidor uma atuação (adquirir ou utilizar). Como esclarece BENJAMIN (1998), “no conceito do art. 29, basta a mera *exposição* da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura do Código.”

Ao transferir o conceito de consumidor por exposição às práticas comerciais abusivas para o art. 29, o legislador pátrio evidenciou que este consumidor passivo somente teria a proteção do estatuto do consumidor caso estivesse diante de um dos casos do Capítulo V ou VI, do CDC. A regra do art. 29 do CDC não é geral, mas sim específica para casos delimitados no próprio CDC.

Questão conflitante, entretanto, é saber se a norma do art. 29 extrapola àquelas relações jurídicas de consumo, aplicando-se a qualquer relação obrigacional, mesmo que envolvendo somente particulares ou somente profissionais.

MARQUES defende que o art. 29 alcança até agentes econômicos, independentemente de serem consumidores *stricto sensu*:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política-legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo “consumidores *stricto sensu*”, poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas! (MARQUES, 2002, p. 294).

Ao contrário do defendido por MARQUES (2002), entende-se que a norma do art. 29 deve ser interpretada sistematicamente com todo o CDC, em especial com art. 2º, do mencionado digesto. O intuito do art. 29 é a proteção do consumidor padrão, mesmo quando este ainda não tenha praticado um ato de consumo (adquirido ou utilizado), mas potencialmente pode fazê-lo.

O art. 29 oferece uma norma de proteção àquele consumidor por um risco iminente, mas que pode jamais se configurar. Assim, uma oferta abusiva, que poderia ou não prejudicar o consumidor, (sempre há a possibilidade do consumidor não se seduzir pela oferta), pela mera potencialidade de dano, deve ser reprimida.

É certo que, ao proteger o consumidor, estará se protegendo o profissional, não havendo qualquer inconveniente em tal fato. Contudo, o que deve ser frisado é



que a norma objetiva é a proteção do consumidor padrão, mesmo quando não tenha ainda agido (adotado uma posição ativa) no mercado de consumo.

Desta forma, não se coaduna com a lição de MARQUES (2002), ao afirmar que a norma do art. 29 alcança indistintamente a todas as pessoas, consumidores padrão ou não. Ora, a relação entre empresários, por exemplo, não poderia se sujeitar aos princípios e regramentos do CDC, por força do art. 29, mesmo que um deles estabeleça uma regra de exoneração de responsabilidade por vício do produto, o que é vedado pelo art. 51, I, por considerar tal determinação uma cláusula abusiva.

Da mesma forma, não se pode imaginar que numa relação jurídica de compra e venda entre um produtor rural e uma indústria de alimentos, possa se aplicar o disposto no art. 47<sup>59</sup> do CDC, dando preferência de interpretação contratual aos direitos da indústria de alimentos, pois, na prática, ela é que seria a consumidora.

Seguindo também este raciocínio, DONATO afirma:

Assim, as matérias tratadas pelos caps. V e VI, ainda, que possam sugerir a idéia de aplicação genérica, só o são em relação às pessoas – físicas ou jurídicas – devendo-se, entretanto, perquirir-se acerca de suas atividades. Se, v. g., expostas a uma prática abusiva quando do desenvolvimento de uma atividade de consumo, aplica-se-lhes a norma sem qualquer restrição. Entretanto, se a atividade desenvolvida caracteriza-se como comercial ou civil, as normas constantes desses dispositivos só poderão ser aplicadas desde que omissa o regramento jurídico pertinente. (DONATO, 1994, p. 250).

Portanto, a fragmentação do conceito de consumidor feita pela transferência da parte final do *caput* do art. 2º, no projeto original do CDC, para o art. 29, contribui para delimitar a matéria de proteção do consumidor passivo, mas não amplia a sua aplicação aos profissionais, igualando-os a consumidores.

#### **4.5 A perspectiva do consumidor na doutrina paternalista.**

Até o presente momento pode se verificar que há uma grande divergência legislativa e doutrinária na conceituação de consumidor. Contudo, apesar da

---

<sup>59</sup> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

divergência quanto ao conceito de consumidor, nota-se, como esclarece ALMEIDA (1982), a presença em todas as conceituações dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico.

No Brasil, o legislador optou por criar quatro definições de consumidor, expressas no *caput* do art. 2º, no seu parágrafo único, no art. 17 e, por fim, no art. 29 do CDC.

Resta saber se as definições de consumidor se coadunam com a doutrina paternalista. Em outras palavras, a relação jurídica de consumo é uma relação paternalista?

Como visto, o paternalismo jurídico pressupõe o exercício de um poder jurídico de A sobre B, com a finalidade benevolente e protetiva de B, justificada pela incapacidade de B, para que este não execute ações ou omissões que lhe causem dano ou o exponham ao perigo de sofrer o dano, sendo estes danos entendidos como os danos físicos, psíquicos ou econômicos.

Baseado no conceito supra, pode-se afirmar que o agente A é, em regra, o Estado que regula as ações de B, no caso o consumidor, no seu melhor interesse.

Diz-se que, em regra, o agente A é o Estado, pois, nada impede, e, por vezes ocorre, ser o agente A um ente privado, o fornecedor do produto ou serviço. Neste sentido, relembra-se a ação paternalista adotada pelo comércio em geral de trocar produtos sem vício, simplesmente porque o consumidor não estaria satisfeito com o modelo, cor, ou tamanho. Não há, nestes casos, qualquer obrigatoriedade de substituição do produto, sendo a sua troca um ato de mera benevolência, ainda que resulte em outras vantagens para o fornecedor, como a fidelização do consumidor.

Os danos físicos, psíquicos ou econômicos abarcam os danos que podem ser vitimados os consumidores, sejam eles, materiais ou morais, diretos ou indiretos.

Por fim, resta saber se os consumidores são incapazes, a ponto de justificar uma intervenção paternalista.

Retomando as lições de ALEMANY GARCÍA (2005b) sobre a incompetência básica, verifica-se a sua classificação fundada em dois critérios. (1) fatores de incompetência que afetam os aspectos volitivos e cognitivos e (2) fatores de incompetência que são conseqüências de elementos internos ou externos. O entrelaçamento dos critérios implicaria em quatro modelos de incompetência, conforme a tabela abaixo:

	Origem interna	Origem externa
Aspectos cognitivos	I	III
Aspectos volitivos	II	IV

Os tipos I e II referem-se à incompetência básica absoluta, geralmente ligada a causas naturais, como a deficiência mental. Por sua vez, os tipos III e IV dizem respeito às incompetências básicas relativas, sendo que quanto ao tipo IV a incompetência somente persiste enquanto persistir a causa externa.

A incompetência dos consumidores é relativa, como já dito. O consumidor é considerado incapaz dentro do contexto de uma relação de consumo, não se abrangendo os efeitos da incapacidade para os demais atos.

Desta forma, somente se aplicaria aos consumidores a classificação dos tipos III e IV.

A incompetência do tipo III tem a mesma manifestação da incompetência do tipo I, mas com sua causa externa ao indivíduo, em face do ocultamento de informação ou do engano. Em outras palavras, a incompetência do tipo III refere-se à ausência ou debilidade de conhecimento de uma questão, provocada por uma causa externa, ainda que esta provocação seja a omissão de informação que seria relevante, afetando na tomada de decisão. Para sua caracterização, é necessário que a ignorância seja relevante, como a ignorância quanto aos efeitos nocivos de um medicamento.

A incompetência do tipo III está intimamente ligada à vulnerabilidade técnica e a informacional.

GARCIA define a vulnerabilidade técnica como a decorrente da ausência de “conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, pondendo, portanto, ser [o consumidor] mais facilmente iludido no momento da contratação” (GARCIA, 2009, p. 18). Já a vulnerabilidade informacional seria uma subespécie da vulnerabilidade técnica e se caracterizaria pelo *deficit* informacional do consumidor.

Por sua vez, a incompetência do tipo IV se caracteriza por atingir os aspectos volitivos do processo de tomada de decisão, por força de intervenções externas. Os indivíduos possuem o conhecimento necessário para tomada de decisão, mas tem sua capacidade de decisão prejudicada para o caso.

Neste sentido, a incompetência do consumidor, quanto afeta ao tipo IV, estaria ligada à vulnerabilidade fática e econômica do mesmo.

Esta, talvez, tenha sido a principal justificativa para uma intervenção paternalista na relação de consumo, isto é, a crença que o poder do fornecedor levaria a subjeção do consumidor, que não teria força para se defender contra tal poder.

Como se infere da própria exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, este foi edificado com base na premissa que o consumidor é incapaz perante o fornecedor, por força do poder econômico e de conhecimento do fornecedor<sup>60</sup>.

A nível supra-estatal, a Organização das Nações Unidas, em sua Resolução nº 39/248, aprovou, em sessão plenária de 9 de abril de 1988 de uma política de proteção ao consumidor, destinada aos estados filiados, tendo em conta os interesses e necessidades dos consumidores de todos os países e particularmente dos em desenvolvimento, reconhecendo que os mesmos consumidores enfrentam amiúde desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece ainda que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, eqüitativos e seguro. (BRASIL, 2010)<sup>61</sup>

Com base nas premissas quanto à incapacidade do consumidor, verifica-se que o art. 2º do CDC, ao definir o conceito de consumidor, deve ser interpretado, em especial sua locação final “destinatário final”, considerando o agente vulnerável, isto é, aquele que possui um *deficit* de capacidade.

Esta destinação final do produto implica sua retirada fática e econômica do mercado, o bem, produto ou serviço, não pode ser fonte para incremento da atividade econômica do adquirente.

Portanto, a aquisição de produto ou serviço pelo profissional, ainda que o produto ou serviço não esteja afeto diretamente ao produto ou serviço por ele fornecido, não implica em relação de consumo. O intuito lucrativo e econômico do adquirente do produto ou serviço o distancia da figura do consumidor, caracterizando a relação entre iguais, sem a chancela consumerista.

TARTUCE (2007) evidencia com clareza a possibilidade de uma mesma pessoa, ora ser consumidora, ora não ser considerada como tal.

<sup>60</sup> Também neste sentido, Plínio Lacerda MARTINS (2002) ressalta que a vulnerabilidade está intimamente ligado a debilidade do consumidor, como se infere do seguinte trecho: “Daí a razão do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade, previsto no art. 4, I, do Código de Defesa do Consumidor, atendendo assim às diretrizes da Resolução da ONU, nº 39/248 de 1985, que afirma no art 1 que todo o consumidor é parte mais fraca na relação de consumo, daí a necessidade da tutela da norma jurídica.” (MARTINS, 2002, p. 1).

<sup>61</sup> Fonte: site do Ministério da Justiça.

De acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto. A título de exemplo, pode-se citar o caso de um empresário muito bem-sucedido. Caso esse empresário adquira um bem de produção para sua empresa, não poderá ser enquadrado como destinatário final do produto, não sendo consumidor vulnerável. Entretanto, adquirindo um bem para uso próprio e dele não retirando lucro, será consumidor, havendo a presunção absoluta de sua vulnerabilidade. (TARTUCE, 2007, p. 110-111).

Na definição de consumidor do parágrafo único do art. 2º, do CDC, não há necessidade de desenvolvimento de maiores comentários, salientando que as conclusões feitas para o consumidor individual, “consumidor padrão”, se estende à coletividade de consumidores.

No que toca ao conceito de consumidor definido no art. 17 do CDC, diferentemente do art. 2º, mais árduo é o trabalho de se definir a incapacidade específica deste consumidor.

Como definido acima, o art. 17 trata do consumidor por equiparação, vítima de acidente de consumo.

Há que se ressaltar aqui que o consumidor é definido após a ocorrência do fato que deu origem à relação obrigacional. O consumidor do artigo 17 do CDC não está vinculado ao fornecedor por uma disposição contratual, mas sim por ser vítima de um evento de consumo.

A relação obrigacional nasce de um ilícito civil, que possui a particularidade de ter conexão a uma relação de consumo.

Desta forma, não necessitaria o consumidor vitimado da previsão específica do art. 17 do CDC para ter assegurado seu direito indenizatório, bastaria, em regra, recorrer às disposições da lei civil, considerando as particularidades do caso, se a responsabilidade seria subjetiva ou objetiva.

A única incapacidade que se pode vislumbrar para o consumidor do art. 17 do CDC seria a incapacidade fática, pautada na premissa de poder do fornecedor sobre o incapaz, vítima do evento de consumo.

No entanto, esta incapacidade, se é que existente, não teria maior relevância, senão dentro da divisão do ônus da prova, já na disputa judicial e, caso o consumidor também fosse considerado hipossuficiente<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Transcreve-se o art. 6º, VIII, do CDC, que regula a matéria de inversão do ônus da prova:

É que diferentemente do que ocorre na previsão de consumidor do art. 2º do CDC, ligada à aquisição ou utilização do bem de consumo, momento em que o consumidor poderia ser afetado pelo poder do fornecedor, impondo a aquisição ou utilização de um ou outro bem, o consumidor do art. 17 do CDC nada escolheu ou nada lhe foi imposto, sendo simplesmente vitimado pelo evento de consumo.

Equiparou-se o consumidor do art. 17 ao consumidor do art. 2º do CDC não porque em ambos se encontraria a incapacidade digna de uma proteção paternalista, mas simplesmente porque não se entende justo, diante de um único evento que afeta diferentes vítimas, considerar umas como consumidoras, ofertando-lhe o tratamento especial do CDC, e outras sem esta prerrogativa.

De fato, imaginando-se uma situação de vítima fatal em acidente de trânsito provocado por um taxista em comparação a outro acidente idêntico, porém provocado por um não profissional, conclui-se que, na prática, o resultado morte não é mais ou menos doloroso em um ou outro caso. Da mesma forma, o suposto poder econômico do fornecedor (no caso, o taxista) pode não se verificar, tendo em vista que o não profissional, causador do segundo acidente, pode ter maior capacidade econômica do que o taxista.

Portanto, considerando o critério incapacidade como necessário para justificar a intervenção paternalista, não se verifica a justificativa de equiparação a consumidor padrão e, por conseguinte, da proteção paternalista à vítima do evento de consumo.

Por fim, fechando as definições de consumidor no Código de Defesa do Consumidor, o art. 29 do CDC equipara a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V e VI, do CDC.

Entendendo que a expressão “todas as pessoas expostas” deve ser interpretada em consonância com o art. 2º, *caput* do CDC, tem-se que as incapacidades do tipo III e IV que fundamentaram a norma paternalista da relação de consumo também se aplicam para o art. 29.

A distinção do art. 29 para o art. 2º do CDC é que para aplicação do art. 29 do CDC basta que o consumidor esteja exposto a uma prática comercial abusiva, ou seja, a mera sujeição ou passividade do consumidor a esta prática, já lhe chancela

---

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

uma proteção, sendo irrelevante que ele venha de alguma forma aderir à relação jurídica de consumo.

## CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho, foram apresentados alguns questionamentos, cujas respostas, ao seu final, deveriam ser evidenciadas.

Os questionamentos seriam: Quais são as características que nos levam a afirmar que o ordenamento brasileiro é, em um ou noutro caso, paternalista? A adoção de um ordenamento paternalista é, por si só, um fato negativo ou se justifica? Dentro deste contexto, pode-se afirmar que a legislação consumerista é paternalista? Para além do paternalismo jurídico (se concluirmos que ele existe), verifica-se, ainda, no contexto brasileiro, um paternalismo pretoriano? O modelo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privada interfere na política paternalista?

Após a exposição de todo o trabalho, pode-se afirmar que há no ordenamento brasileiro, como de certo em todos os ordenamentos mundiais, normas paternalistas.

O paternalismo jurídico se caracteriza pela adoção de normas potestativas, impostas por A, em benefício de B, para que este não sofra ou tenha dirimido o risco de sofrer danos de natureza física, psíquica ou econômica.

Verificou-se, ainda, ao longo do trabalho, que o paternalismo jurídico é fundado na necessidade de proteção de B, que, em menor ou maior grau, deve ser incapaz, para que se justifique a intervenção paternalista.

Desta forma, é regra cogente para a intervenção paternalista a incapacidade de B, ou seja, se B tivesse capacidade cognitiva e volitiva para adotar a melhor medida no seu interesse, não se justificaria a intervenção paternalista.

Neste sentido, é marcante a distinção entre paternalismo forte (exacerbado) e paternalismo fraco (moderado). No paternalismo fraco, a intervenção paternalista somente se justificaria àqueles que são desprovidos de incapacidade cognitiva. No que toca ao direito brasileiro, o paternalismo moderado teria como sujeitos tutelados os absolutamente e os relativamente incapazes.



Por sua vez, o paternalismo forte se dispõe a proteger adultos competentes, contra sua vontade, de conseqüências danosas de suas escolhas, mesmo se as escolhas e as compreensões são totalmente voluntárias.

A distinção entre paternalismo forte e fraco não é absoluta, sendo difícil pontuar um Estado que tenha se pautado pela adoção rígida de um ou outro tipo de paternalismo. No entanto, pode-se afirmar com clareza que há no ordenamento brasileiro normas protecionistas a determinados agentes (consumidor ou trabalhador), razão pela qual se pode concluir pela caracterização do ordenamento brasileiro como um ordenamento paternalista.

Para além da distinção entre paternalismo fraco e forte, o que se nota é que há uma tendência a deslocar as idéias paternalistas de proteção do indivíduo para a proteção do grupo, entendendo pela incapacidade do indivíduo, quando ocupante de uma situação qualificadora do grupo.

Assim, indivíduos plenamente capazes, quando exercendo a relação de consumo, por se caracterizarem como consumidores, são tratados paternalisticamente, com o proveito de um micro-ordenamento específico, pela presunção de uma incapacidade.

A incapacidade do consumidor é fruto da sua vulnerabilidade perante o fornecedor, que levou o Estado a formular uma política protecionista para o mesmo, consubstanciada numa norma específica de proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor.

Verificou-se, pois, que o Código de Defesa do Consumidor é a consagração do direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXII, (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Tratando-se de um direito fundamental ligado à relação privada, a Constituição Federal, no que toca a relação de consumo, determinou que sua aplicação se desse de forma indireta, isto é, por meio de uma legislação própria, que canalizou as diretrizes constitucionais para a seara privada.

Neste sentido, foi demonstrado ao longo do trabalho que os direitos fundamentais são direitos paternalistas, que devem espalhar sua ingerência em todo o ordenamento e para todas as esferas, pública ou privada.

Contudo, na relação privada, apontou-se que a melhor solução para sua aplicação é por meio da forma indireta, isto é, os direitos fundamentais devem ser sopesados e aplicados na esfera privada, pela canalização de normas específicas,

tendo como ponto de conexão entre a norma privada e a diretriz constitucional, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados.

É certo que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados devem possuir balizas claras, que delimitam seu campo de atuação, permitindo a sua adoção de forma coerente e precisa, sob pena de não haver segurança jurídica nas decisões judiciais.

A aplicação direta dos direitos fundamentais leva a decisões casuísticas e fundadas em direitos imprecisos, fruto dos valores dos magistrados e não dos valores constitucionalmente consagrados.

Como dito, quase tudo pode ser tutelado ou permitido dentro do conceito de proteção à dignidade da pessoa humana, desde o custeio de tratamentos médicos não comprovados cientificamente, à manutenção de serviços públicos, (como o fornecimento de água e energia), mesmo que não haja contrapartida pelo serviço utilizado.

A aplicação dos direitos fundamentais de forma direta é um catalizador do paternalismo pretoriano, entendido este como a tomada de decisões baseadas na proteção de uma parte, ainda que esta tenha agido *contra legem*.

O paternalismo pretoriano é uma distorção do paternalismo jurídico e de todo indesejável.

Enquanto o paternalismo jurídico configura uma política de Estado, baseado em estudos e pesquisas quanto à capacidade ou incapacidade do ente tutelado, bem como as circunstâncias em que se justifica a intervenção paternalista e em qual grau. O paternalismo pretoriano é desprovido de qualquer estudo, tendo como foco o interesse único da parte envolvida no litígio, sem que se considere a repercussão da decisão para a coletividade.

Neste sentido, pode-se, mais uma vez fazer um paralelo entre o paternalismo jurídico e a aplicação indireta de direitos fundamentais. De fato, como defendido na doutrina da aplicação indireta dos direitos fundamentais, estes somente terão sua inserção na seara privada por meio da legislação infraconstitucional. Assim, ao se debater e estudar a oportunidade de consolidação de determinada legislação, estar-se-á, em última instância, debatendo e estudando em que medida esta norma deve ter o caráter paternalista e qual o grau de ingerência que a mesma terá para os indivíduos B, isto é, os indivíduos que são o alvo da proteção paternalista.

É importante enfatizar que a política paternalista, muitas vezes, interfere não só no comportamento do indivíduo a ser protegido, mas também na esfera comportamental de outros indivíduos que circundam o ente protegido, caracterizando o paternalismo impuro.

Aliás, no que toca o paternalismo jurídico de proteção ao consumidor, tem-se como regra o paternalismo impuro. Em outras palavras, na busca da proteção do consumidor é o comportamento do fornecedor que é doutrinado. O fornecedor tem reduzido substancialmente sua liberdade de ação, pois, entende-se, que a ampla liberdade do fornecedor implicaria a sujeição do consumidor ao poder do fornecedor.

É certo que a política paternalista pode se demonstrar ineficiente, como outrora foi a lei de locação de imóvel urbano, que no intuito de proteger o inquilino, desestimulou de tal maneira os proprietários a locarem seus imóveis, resultando numa diminuição de oferta de bens para a locação, agravando o problema de moradia. Contudo, mesmo quando há uma falha na adoção da política paternalista, não caberia ao Judiciário rever tal política, e sim ao Legislativo em conjunto com o Executivo, a rediscussão da matéria, realinhando a política a nova realidade.

A adoção pelo Judiciário de decisões extremamente protecionistas, contrárias até mesmo ao previsto na legislação consumerista, implica um descrédito da segurança jurídica, aumentando o risco do fornecedor e, por conseguinte, o valor de mercado do bem oferecido ao consumidor.

Em outras palavras, a adoção de política protecionista e benevolente para alguns, agrava o custo e as exigências para outros, prejudicando a coletividade.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a política paternalista é uma política desejável, desde que fundada em estudos sérios e comprometida com o bem da coletividade.

Salienta-se, mais uma vez, não caber ao Judiciário fazer as vezes do Legislador e do Executivo, aplicando de forma míope políticas paternalistas. A política paternalista é uma política de Estado e pelo Executivo e Legislativo deve ser implantada, respeitada e protegida pelo Judiciário.

Cabe ao Executivo e Legislativo avaliarem corriqueiramente a política paternalista adotada, revendo pontos falhos, para aprimorar a proteção dos necessitados, na medida da sua necessidade.

## REFERÊNCIAS

ALEMANY GARCÍA, Macario. El Concepto y la justificación del paternalismo. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, p. 266-303, 2005a. Disponível em

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34692842101236197543679/029113.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

ALEMANY GARCÍA, Macario. **El Concepto y la justificación del paternalismo**. 2005b. Disponível em

<<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=4>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 6. Ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**, Cadernos do CEJ, Brasília, v. 20, p. 103-114, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 628, p. 69-79, fev. 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito. *et al.* **Código brasileiro de defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito de consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome**. Disponível em <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em 03 out. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 24/11/2004. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(201819.NUM E.%20OU%20201819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(201819.NUM E.%20OU%20201819.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 09 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 407.688/SP**. Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 09 jan. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.512/BA**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 23/09/2009. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=27512&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=27512&b=ACOR)>. Acesso em: 03 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.000.329/SC**. Relator Ministro João Otávio Noronha, DJe 19/08/2010. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1000329&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1000329&b=ACOR)>. Acesso em: 03 out. 2010.

BRASIL. CLT. Decreto-Lei 5.452 (1943). **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2010.

BRASIL. Lei 6.404 (1976). **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2010.

BRASIL. Lei 8.009 (1990). **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2009.

BRASIL. Lei 8.078 (1990). **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2009.

BRASIL. Lei 10.406 (2002). **Institui o Código Civil.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor – Conceito e Extensão.** 7 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism.** Stanford Encyclopedia of Philosophy. 1º Jun. 2010. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

FOTION, N. **Paternalism.** Ethics, The University of Chicago Press, 1979. Disponível em <<http://www.jstor.org/pss/2380029>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-250.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetrus, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 5, nota 2, p. 73-82. Jan/Mar. 2001.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.** Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.conpedi.org/arquivos/anais/maringa/15\\_1674.pdf](http://www.conpedi.org/arquivos/anais/maringa/15_1674.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2010.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abr./maio./jun de 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n. 1, p. 1-284, abr./jun. 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. O juiz e o novo contrato. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o CC/2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71000743732. Relatora Maria José Schmitt Sant'Anna, DJ 30/03/2006. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 12 Mar. 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, v. 1, p. 4817-4836.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos; entre um sistema aberto e um sistema impositivo. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4646-4666.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002**. São Paulo: Método Editora, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

THEODORO JR. Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

THEODORO JR., Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TREBILCOCK, Michael J. **The limits of freedom of Contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, p. 154-173, 1988, Disponível em <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf)>. Acesso em 17 jul. 2010.



VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**, v. 3, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VILLELA, João Baptista. Reflexões sobre a obrigatoriedade das leis, **Revista dos Tribunais**, v. 463, p. 287-289, maio 1974.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.