

Balcão do Consumidor e as relações de consumo



UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Rui Getúlio Soares

Reitor

Eliane Lucia Colussi

Vice-Reitora de Graduação

Hugo Tourinho Filho

Vice-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

Adil de Oliveira Pacheco

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários

Nelson Germano Beck

Vice-Reitor Administrativo

José Carlos Carles de Souza

Diretor da Faculdade de Direito

UPF Editora

Simone Meredith Scheffer Basso

Editora

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Augusto Nienow

Altair Alberto Fávero

Ana Carolina B. de Marchi

Andrea Poletto Oltramari

Angelo Vítório Cenci

Cleiton Chiamonti Bona

Fernando Fornari

Graciela René Ormezzano

Luis Felipe Jochins Schneider

Renata H. Tagliari

Sergio Machado Porto

Zacarias M. Chamberlain Pravia

Liton Lanes Pilau Sobrinho
Rogerio da Silva
(Org.)

Balcão do Consumidor e as relações de consumo

2010



Copyright © Editora Universitária

Maria Emilse Lucatelli
Editoria de Texto

Sabino Gallon
Revisão de Emendas

Jeferson Cunha Lorenz
Luis Hoffman Jr.
Produção da Capa

Sivlete Regina da Silva
Projeto gráfico e diagramação

Este livro no todo ou em parte, conforme determinação legal, não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização expressa e por escrito do autor ou da editora. A exatidão das informações e dos conceitos e opiniões emitidos, bem como as imagens, tabelas, quadros e figuras, são de exclusiva responsabilidade dos autores.

ISBN – 978-85-7515-454-0

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

EDITORA UNIVERSITÁRIA

Campus I, BR 285 - Km 171 - Bairro São José

Fone/Fax: (54) 3316-8373

CEP 99001-970 - Passo Fundo - RS - Brasil

Home-page: www.upf.br/editora

E-mail: editora@upf.br

Editora UPF afiliada à



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Sumário

Apresentação	7
A construção do movimento consumerista	9
<i>Rogério Silva</i>	
Comunicação, constituição e a informação nas relações de consumo	37
<i>Liton Lanes Pilau Sobrinho</i>	
O princípio da informação nas relações de consumo	56
<i>Jorge Irajá Sodre</i>	
Relação de consumo e modernidade: consequências dessa interação sobre os riscos ao meio ambiente	66
<i>Agostinho Oli Koppe Pereira</i> <i>Henrique Mioranza Koppe Pereira</i>	
A autonomia municipal na instituição de códigos municipais de defesa do consumidor	94
<i>Giovani Corralo</i>	
Contratos imobiliários e o código de defesa do consumidor.....	114
<i>Jorge Renato dos Reis</i>	

O conflito de direitos na suspensão do fornecimento de energia elétrica diante da inadimplência e da irregularidade 129

Claudia Fragomeni

Ramiro Schnorr Grando

Instâncias extrajudiciais (8/7/9) 150

José Álvaro de Vasconcelos Weisheimer

Observação de segunda ordem como alternativa para a efetivação do direito consumerista 174

Paulo Roberto Ramos Alves

O (re)pensar do direito pelo paradigma da preservação ambiental: uma confrontação de matrizes teóricas sistêmica autopoietica do direito versus análise econômica do direito 197

Luiz Fernando Del Rio Horn

Apresentação

O homem sentiu a necessidade de trazer um regramento para as relações de consumo, principalmente depois que começaram a surgir conflitos em demasia e por demais específicos e que o direito civil não os alcançava diretamente.

Com a existência de monopólios no mercado altamente liberal que acabavam trazendo desequilíbrio nas relações de consumo, em contrapartida houve a necessidade de o Estado intervir de forma protetiva perante os envolvidos.

O legislador, ao identificar a vulnerabilidade do consumidor perante grandes estabelecimentos e monopólios econômicos, se viu na necessidade de estabelecer a sua defesa e proteção.

E assim surge o Código de Defesa do Consumidor, o qual foi introduzido no Brasil pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Trata-se de um instrumento indispensável e inseparável do cotidiano do cidadão brasileiro.

Vislumbra-se que a necessidade de defesa do consumidor é de suma importância em face da sua vulnerabilidade latente no consumo, entretanto sua missão visa o resguardo para que flua equilibradamente essa relação, que faz parte do dia-a-dia da sociedade em geral.

Os direitos dos consumidores são regras básicas que todo cidadão deve ter acesso, sendo que servirá de escudo para se defender perante eventuais infrações e confrontos de responsabilidades.

Diante da importância acima referida é que o Balcão do Consumidor, juntamente com seus colaboradores, organizou esse livro, com artigos de renomados profissionais da área jurídica, para que o leitor possa ter acesso a mais esses conhecimentos.

O presente livro traz a questão da comunicação e do direito à informação nas relações de consumo, bem como a autonomia na instituição de códigos municipais de defesa do consumidor, uma vez que o município de Passo Fundo foi o primeiro do Brasil a ter um, tornando-se destaque com relação a esse assunto frente aos demais. Traz ainda, um histórico sobre a inserção da defesa do consumidor nos âmbitos constitucional e legal.

Um importante assunto que será abordado é sobre a preservação e o equilíbrio ambiental, fazendo-se uma análise sobre o direito e a economia, bem como a questão dos contratos imobiliários e o código de defesa do consumidor.

Far-se-á um estudo sobre a resolução dos conflitos nas instâncias extrajudiciais (mediação) e judiciais, elencando-se alguns dos principais princípios do direito.

Outro assunto interessante será sobre as normas relativas ao conflito de direitos que ocorrem entre concessionários de serviços públicos delegados e os consumidores que utilizam determinado bem. O princípio da informação, que é o mais importante para o direito do consumidor, também será analisado, juntamente com a falta de efetividade do direito do consumidor, aos olhos da teoria sistêmica luhmanniana.

E, por fim, será abordado um estudo que envolve a relação de consumo e a modernidade, demonstrando os riscos que ela pode trazer ao meio ambiente.

A construção do movimento consumerista

Rogério Silva*

“Quem garante todos os empregos não são os empresários, sindicalistas ou dirigentes políticos. Quem garante todos os empregos são os consumidores”.

John Hicks (1972)

“Prêmio Nobel de Economia”

Introdução

Este artigo parte da dissertação de mestrado desenvolvida por meio de pesquisa qualitativa descritiva na linha de políticas públicas e tem por proposição contextualizar a trajetória do movimento consumerista, abordando o Código de Defesa do Consumidor sob a vigência da Constituição Federal de 1988, através de uma análise histórica. Demonstrando, os

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2008). Professor da Universidade de Passo Fundo. Coordenador de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do Projeto Balcão do Consumidor. Presidente do Conselho Municipal dos Direitos do Consumidor.

instrumentos de proteção e defesa do consumidor como via legal para concretizar os direitos e deveres nas relações de consumo e a importância do sistema municipal de defesa do consumidor.

Em virtude, da identificação de que é no município que as pessoas vivem e mantêm diariamente as suas relações de consumo; assim, de nada adianta ter uma legislação considerada das mais modernas do mundo se não houver mecanismos de acesso a ela no espaço local. É, pois, atribuição do gestor público municipal instalar o Sistema Municipal de Defesa do Consumidor, como se demonstra ao analisar o papel do Município perante os direitos do consumidor.

Pois, torna-se relevante que o Município atue dentro da sua competência, legislando em relação à proteção e à defesa do consumidor no âmbito local, inovando a ponto de criar um Código Municipal de Defesa do Consumidor para tratar assuntos que não são contemplados pela legislação nacional, mas que afetam os cidadãos nas relações de consumo. Nesse contexto, os instrumentos disponibilizados para o efetivo exercício da cidadania nas relações de consumo nos municípios são os meios mais eficazes na defesa do consumidor.

Assim, pretende-se chamar a atenção para a importância da defesa do consumidor como instrumento de cidadania e de se ter um aparato institucional organizado e regionalizado para garantir a efetividade dos direitos do consumidor. Tornando-se procedente destacar que o CDC é uma lei principiológica que traz também os direitos básicos do consumidor e informações do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor sob a vigência da CF/88

A inserção da defesa do consumidor em âmbito constitucional foi resultado de mobilizações da sociedade, que iniciaram na década de 1970, mas cuja concretização somente aconteceu com a redemocratização do país. Já, a partir da segunda metade da década de 1980, o Brasil passou por grandes transformações, tais como a escolha do primeiro presidente civil, por intermédio de um Colégio Eleitoral, a elaboração de uma nova Constituição e a eleição do presidente Fernando Collor de Mello, por meio de voto direto. O período de mudanças seguiu na década de 1990, na qual merecem destaque a abertura da economia brasileira para as importações e o ingresso no mundo globalizado, em razão da queda de barreiras e de fronteiras para a comercialização de produtos.

A necessidade do Estado de intervir e criar normas de proteção e defesa do consumidor emergiu no momento em que o Brasil começou a fazer parte da chamada “sociedade de consumo”, fato que iniciou ainda no século passado, e que se desenvolveu de forma mais acelerada a partir da metade do século XX. Mas o que é uma sociedade de consumo?

Sodré define-a como sendo

[...] aquela na qual, tendo fundamento em relações econômicas capitalistas, estão presentes, pelo menos, cinco externalidades: (I) produção em série de produtos, (II) distribuição em massa de produtos e serviços, (III) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (IV) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (V) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor.¹

¹ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

As características destacadas pelo autor somente são identificadas no Brasil após o período da Segunda Guerra Mundial, justamente o fato histórico que marca o início do processo de urbanização e industrialização do país. A etapa de industrialização, que levaria o Brasil a uma sociedade de consumo, é caracterizada por Sodré em três fases, cada uma com períodos diferenciados: a primeira compreende o período de 1930 a 1955; a segunda, de 1956 a 1967, e a terceira o período, de 1968 a 1980. Cabe destacar os fatos relevantes dos períodos citados que contribuíram para que o país ingressasse na sociedade de consumo, elementos que mais adiante iriam provocar a necessidade de o Estado proteger o consumidor. Inicia-se pelo período delimitado de 1930 a 1955, o qual recebeu a influência da depressão econômica de 1929, quando praticamente toda a produção do país girava em torno da exportação de café. Para Singer, a nova realidade ocasionou transformações:

A grande mudança que se deu, após 1930, foi que o poder passou a dar máxima prioridade ao desenvolvimento do mercado interno, ao crescimento para dentro, adotando uma estratégia em que a industrialização aparece como instrumento para tornar a economia nacional o menos dependente possível do mercado mundial.²

Nesse contexto, a crise em que mergulhou a economia mundial acabou levando a que houvesse a substituição das importações, o que acelerou o surgimento da produção nacional. Assim, o processo industrial brasileiro passou de um modelo artesanal para um sistema de produção em massa. Sobre esse período Sodré relata: “Na medida em que a população se urbaniza, surgem apelos a novos padrões de consumo – gela-

² SINGER, Paul. Interpretação do Brasil: uma experiência histórica de desenvolvimento. *História Geral da civilização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 1975. p. 218. v. 4. Economia e Cultura (1930-1964), t. III – Brasil Republicano.

deiras, fogões, automóveis particulares – que começaram a povoar os sonhos da classe urbana nascente”.³

O período de 1956 a 1967 compreende a fase em que o presidente Juscelino Kubitschek lançou um grande plano de metas, cujo objetivo principal era a passagem definitiva da produção em pequena escala para a produção fabril de massa.⁴ Do ponto de vista político, foi o momento em que se construiu Brasília e, no aspecto econômico, surgiu a indústria automobilística. O Estado passou a oferecer enormes incentivos para essas empresas multinacionais se instalarem no Brasil, o que resultou na produção em território nacional de uma grande frota de veículos, com geração de renda e, por consequência, estímulo ao consumo. No campo político, o país viveu um dos seus momentos mais dramáticos em 1964, com o golpe patrocinado pelos militares. Como registra Sodré:

O apoio imediato das classes médias à nova realidade política brasileira talvez se explique facilmente por este caminho. Seja como for, não resta dúvida de que o Brasil se modernizou entre 1956/67, ingressando no que denominamos de sociedade de consumo. E neste momento foram lançadas as bases para um novo estilo de vida [...].⁵

Enquanto o país dava os primeiros passos na sociedade de consumo, embora ainda não se falasse em direitos do consumidor, o movimento consumerista começou a chamar a atenção nos Estados Unidos, depois de já ter se espalhado pelo Canadá e Europa no período pós-guerra de 1945 a 1947. Gama relata a respeito que:

Na década de 60 o movimento consumerista ganha força nos Estados Unidos, quando o advogado Ralph Nader elaborou um relatório na condição de assessor do Departamento de trabalho norte-americano para assuntos de segurança nas rodovias. Descobriu ele que a maioria dos acidentes era ocasionado pela

³ SODRÉ, op. cit., 2007. p. 43.

⁴ Idem., 2007.

⁵ Idem., 2007. p. 51.

falta de segurança dos veículos vendidos ao público. Ações judiciais visando os direitos indenizatórios proliferaram nos EEUU. Na Alemanha os danos causados pela Thalidomida, um calmante para gestantes que acarretou paralisia infantil em milhares de crianças, também movimentaram os tribunais.⁶

Outro marco importante, ainda na década de 1960, foi a manifestação do presidente americano John Kennedy, em 15 de março de 1962, que declarou ser objetivo de seu governo defender os seguintes direitos dos consumidores: “I - o Direito à opção; II - o Direito à segurança; III - o Direito à informação; IV - o Direito de ser ouvido”.⁷

O período seguinte, que compreende de 1968 a 1980, revela um forte incremento do ingresso de capital estrangeiro, quando, além de receber incentivos fiscais, as empresas multinacionais foram atraídas para montar suas fábricas no Brasil, em razão de uma série de fatores. Dentre esses aponta Sodré:

[...] extenso mercado interno, reduzido custo de mão-de-obra, considerável parque industrial já instalado e políticas de apoio às exportações. Tais fatores levaram as multinacionais se instalarem no Brasil e usarem estas bases para exportação para o mercado mundial. Assim, o Brasil se inseriu na nova divisão internacional do trabalho, oferecendo mão-de-obra barata e incentivos fiscais ao capital internacional.⁸

A década de 1970 foi marcada pela expansão da televisão, que alterou hábitos de todas as classes sociais, ao mesmo tempo em que estimulou a criação de outros. Os programas apresentados em rede nacional tinham o objetivo de fazer a integração entre o público e o mercado de consumo; assim,

⁶ GAMA, Élio Zagueta. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

⁷ Idem., 1999. p.10.

⁸ SODRÉ, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, 2007. p. 54.

pela sua capacidade de atingir a população de massa, a televisão tornou-se o veículo que recebeu as maiores verbas publicitárias. Nesse sentido, um dos programas que causaram grande impacto junto aos consumidores foram as telenovelas, que conseguiam atingir índices de audiência altíssimos entre os telespectadores, constituindo-se em canal perfeito para que as empresas multinacionais nela inserissem a publicidade de seus produtos. O Brasil, então, ingressava definitivamente na chamada “sociedade de consumo”.

Fatores como a produção em série de produtos, a distribuição em massa de produtos e serviços, a publicidade em grande escala na oferta dos mesmos, a contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e oferecimento generalizado de crédito ao consumidor já se faziam presentes no dia-a-dia dos consumidores, como características de uma sociedade de consumo. Contudo, até a metade da década de 1980, a grande mudança ainda era o fechamento da economia nacional para a produção internacional, bem como o fim do regime autoritário, consolidado com a promulgação da nova Constituição Federal, que trouxe em seu corpo uma série de garantias e direitos fundamentais, entre eles a defesa do consumidor e do meio ambiente, denominados de direitos de “terceira geração”.

O período ainda marca a retomada das eleições diretas, levando à presidência Fernando Collor de Mello, o qual determinou a abertura dos mercados brasileiros aos produtos internacionais. Nesse sentido, um dos setores mais fortemente atingidos foi o da indústria automobilística, que passou a competir com os veículos importados, pois novas montadoras chegaram ao país, fazendo com que o setor enfrentasse um outro modelo de produção. A abertura de mercado de consumo brasileiro permitiu que o consumidor tivesse acesso a produtos importados, que antes só estavam ao alcance de quem conseguia viajar para o exterior. Por sua vez, as indústrias

que não estavam preparadas para enfrentar a concorrência com relação a preço e qualidade, acabaram tendo dificuldades e muitas foram obrigadas a encerrar suas atividades.

A década de 1990 trouxe novos desafios, agora relacionados diretamente com a relação de consumo. A estabilização da economia veio a ocorrer com o lançamento do Plano Real, em 1994, cujo principal objetivo era combater o processo inflacionário, o qual diminuía o poder aquisitivo dos cidadãos. O plano obteve sucesso e proporcionou ao candidato Fernando Henrique Cardoso eleger-se, bem como ocorreu a estabilização dos preços. Nesse período, o Brasil passou a viver com intensidade o fenômeno da globalização, que provocou mudanças profundas em todo o sistema de produção, das quais a principal foi a privatização de vários serviços públicos, que passaram a ser operados pelo capital estrangeiro. Entre esses podem ser apontados os sistemas de telefonia fixa e celular e, o de energia elétrica. Sodré sintetiza este momento:

[...] a inserção do Brasil na globalização significou, de um lado, a crescente entrada de produtos importados e, de outro, a entrada do capital internacional adquirindo as próprias empresas nacionais. As barreiras caíram, e o Brasil passou a estar plenamente integrado, para o que tem de bom e de mau, no desenvolvimento do capital internacional.⁹

A privatização dos serviços públicos afetou importantes setores da economia, dentre os quais a siderurgia, o petróleo, a telefonia, as estradas de rodagem, a energia elétrica, entre outros. Esse novo modelo econômico contribuiu para estabelecer um debate sobre a necessidade de regulamentar os setores que, até então, eram de esfera pública e foram transferidos para iniciativa privada, por meio de concessões. Nesse momento surgiram as agências reguladoras, cujo papel é regulamentar e fiscalizar os segmentos desse modelo, que passou a ser administrado pelo capital privado. Por consequên-

⁹ SODRÉ, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, 2007, p. 64-65.

cia, sentiu-se um forte impacto nas relações de consumo, em virtude da prestação de um serviço, em muitos casos, despersonalizado, requerendo uma proteção mais eficaz ao consumidor, que é a parte vulnerável, e, só consegue uma relação de igualdade pela tutela do Estado.

Quanto à efetivação dos direitos do consumidor, delimita-se que os primeiros passos para a concretização do que viria a ser denominado de “movimento consumerista” foi iniciado na década de 1970. Período, em que o país vivia sob o regime militar, reprimindo qualquer proposição que tivesse por foco a garantia da cidadania. Entretanto, foi nessa fase que surgiram as associações de defesa do consumidor, com São Paulo sendo o primeiro estado a instalar um sistema de defesa do consumidor, chamado Procon. E, foi exatamente em 1971, com o Projeto de Lei 70/71, de autoria do deputado Nina Ribeiro, que a Câmara dos Deputados se deparou com o tema “defesa do consumidor”. O projeto tinha como objetivo criar o Conselho de Defesa do Consumidor, contudo acabou não prosperando na Comissão de Justiça em virtude da alegação de vício de iniciativa. Essa primeira tentativa acabou chamando a atenção dos meios de comunicação, os quais passaram a se interessar pelo assunto.¹⁰ Por seu turno, o deputado não desistiria de dar a sua contribuição para a criação de um Código de Defesa do Consumidor, atuando tanto no Parlamento como fora dele:

Em 1976, outra associação fez voz presente na defesa dos consumidores: a Associação Nacional de Defesa do Consumidor (ANDEC). Nina Ribeiro, seu fundador, parlamentar e professor de direito penal, maravilhado com o que viu na França, Suíça, Inglaterra, Alemanha e principalmente nos Estados Unidos em relação à defesa dos consumidores, trouxe uma contribuição importantíssima para a consolidação destes direitos. Apresentou em maio de 1971, na câmara dos deputados, projeto de Lei nº 70/71 que criava o conselho de Defesa do Consumidor

¹⁰ Idem., 2007.

(CDC). Estava lançada a idéia de que cabia ao governo a implantação de políticas públicas em defesa do consumidor. Em 1976, Nina Ribeiro apresentou o projeto 2206 que estabelecia normas de proteção de consumo, primeiro passo para a criação do anteprojeto ao atual Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Outro estado brasileiro pioneiro foi o Rio Grande do Sul, que também teve uma posição de vanguarda, pois o advogado e jornalista Frederico Renato Móttola criou em 13 de maio de 1975, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC). Verifica-se, que já naquela época uma das preocupações quanto ao movimento consumerista era em relação à necessidade de implantação de um programa de educação para o consumo. O movimento dos gaúchos, no entendimento de Frederico Renato Móttola, foi desencadeado

[...] porque a sociedade de consumo, com seus vícios e distorções, torna-se presa fácil do capitalismo idiota e de uma burocracia indolente, o que redundava em opressão e exploração indevida dos brasileiros. A legislação vigente na época em que a associação foi criada – nos chamados anos de Chumbo, cuja finalidade deveria ser a repressão de crimes contra o consumidor, era inoperante por não enfrentar as situações criadas pelas anomalias sócio-econômicas.¹²

Móttola argumenta sobre o crescimento da sociedade de consumo a qualquer custo, visando a lucro fácil, o que lesa os cidadãos em termos econômicos e nega seus direitos, situações que demonstram uma lacuna em relação à legislação de proteção e defesa dos consumidores.

A APC iniciou suas atividades com 33 sócios-fundadores e chegou a ter quase 15 mil no auge no Plano Cruzado, quando os cidadãos foram convocados pelo presidente José Sarney a irem às ruas para defender o plano de estabilização

¹¹ PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.df.gov.br>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

¹² MÓTOLLA, Frederico Renato. APC-RS onde tudo começou. In: *A História da Defesa do Consumidor no Brasil – 1975-2000*. Porto Alegre: Nova Editora Ltda., 2001. p. 16. Cap. 2.

econômica, denunciando o aumento de preços dos produtos que estavam congelados ou que desapareciam das prateleiras, obrigando os consumidores a pagar ágio para adquiri-los. O plano foi um fracasso, mas talvez pela primeira vez as pessoas tinham se mobilizado para defender os seus direitos e mostrar que o consumidor merece respeito. Diante de tantas dificuldades para fortalecer o movimento consumerista, Frederico Renato Móttola faz a seguinte reflexão:

A APC não tinha grandes pretensões, pois embora imenso seu campo de atividades, pequenas eram suas possibilidades. Sua bandeira era a educação do consumidor, como meio de defesa e proteção, fornecendo-lhe as armas e o estímulo para enfrentar as violações da comercialização desenfreada e a incompetência ou a desonestidade da industrialização, figuras de proa do capitalismo selvagem.¹³

Entretanto, a associação do Rio Grande do Sul, que foi um marco no movimento consumerista do país, acabou perdendo força no final da década de 1990, em razão de ser uma entidade de caráter privado e não possuir recursos e força legal; por consequência, essa representação passou a ser atribuição dos Procons. Em sua trajetória, a APC obteve um grande índice de solução dos conflitos através da conciliação, chegando a resolver 90% dos casos registrados.¹⁴ Para a ex-presidente da entidade, Evelena Boenig, a APC

[...] foi extinta de fato, mas a desativação não foi formalizada. A grande imprensa, como nunca havia dado muito espaço para divulgar as ações da entidade, também não se preocupou em divulgar seu encerramento. No entanto, para milhares de consumidores a sua contribuição e sua visão de futuro jamais serão esquecidas, pois além de resolver problemas abriu caminho para uma nova fase nas relações de consumo.¹⁵

¹³ Idem., 2001. p. 17.

¹⁴ BOENIG, Evelena. APC-RS onde tudo começou. In: *A História da Defesa do Consumidor no Brasil – 1975-2000*. Porto Alegre: Nova Editora Ltda., 2001. Cap. 2. p. 21.

¹⁵ *A História da Defesa do Consumidor no Brasil – 1975-2000*. Porto Alegre: Nova Editora Ltda., 2001. p. 21

No âmbito governamental, ainda eram restritas as iniciativas em relação à proteção dos direitos do consumidor. O Estado de São Paulo criou em 1974 um grupo de trabalho para fazer uma avaliação do tema “a proteção do consumidor” e propor medidas em âmbito estadual. O trabalho do grupo foi elaborado no ano de 1975, quando se chegou à conclusão de que os menos favorecidos, ou seja, a população de baixa renda que morava na região metropolitana de São Paulo, eram extremamente prejudicados nas relações de consumo, além de não poderem dispor de proteção. Constatava-se assim a necessidade da criação de uma Política Estadual de Proteção dos Consumidores, o que foi concretizado em 1976 com o surgimento do primeiro órgão público do país de proteção do consumidor, denominado Procon de São Paulo e reconhecido como uma importante contribuição ao movimento consumerista.¹⁶

Nas palavras de Sodré é possível avaliar o significado da criação desse órgão para o país:

Apesar de a legislação estadual – assim como os diagnósticos que a orientaram – se preocupar com a criação de um sistema Estadual representativo, é de ressaltar que a prática do Procon de São Paulo foi voltada especialmente ao atendimento de reclamações individuais dos consumidores, não constituindo efetivamente um fator de organização social. Não havia, na época, norma legitimando o ajuizamento de ações coletivas e este procedimento acabou por se tornar um modelo para outros Estados da Federação que, lentamente, foram criando órgãos assemelhados. De 1976 a 1985 quase todos os Estados-membros (os principais com certeza) instituíram órgãos públicos de defesa do consumidor nestes moldes.¹⁷

Outro momento histórico vivido na criação do movimento consumerista a ser ressaltado foi a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) pela Câmara Federal em 1976, denominada de “CPI do Consumidor”, a qual ouviu

16 SODRÉ, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, 2007.

17 Idem., 2007. p. 132-133.

o depoimento de representantes dos mais diferentes setores da produção. Ao final dos trabalhos, foi constatada a necessidade de criar um órgão específico para atuar neste tema: a Procuradoria Federal do Consumidor. Com relação à interferência do Estado na defesa do consumidor, Gama faz a seguinte exposição:

O que diferencia o movimento consumerista brasileiro dos existentes nos demais países, é que no Brasil o Estado, pelos seus órgãos, deu a alavancagem e dá a sustentação à defesa do Consumidor, quanto alhures o movimento consumerista é eminentemente privado, sob as inspirações, principalmente, das milhares de organizações privadas americanas. Apenas no México o Estado atua tanto quanto no Brasil.¹⁸

Demonstrou-se até o momento a década de 1970 considerados, numa ordem cronológica o início da luta consumerista, momento importante que iria a ocorrer na década de 80, foram a edição do Plano Cruzado, o qual teve como objetivo combater a inflação, que chegava muito próximo dos 90% ao mês. O fato levou o governo do presidente José Sarney a implementar o congelamento de preços, estimulando os cidadãos a fiscalizar os comerciantes que descumprissem tal regra e denunciar quem sonegava mercadorias ou cobrava ágio. De acordo com Gama,

com o “Plano Cruzado” (1986) o governo Federal despertou a necessidade da organização dos grupos sociais, com vistas às medidas de congelamento de preços e dos abusos nas relações de consumo. Todos os órgãos públicos e todas as entidades de Defesa do Consumidor passaram a ter maiores evidências e representatividades nas lutas contra os sonegadores de gêneros e as práticas abusivas então verificadas. Os demais planos governamentais, como ‘Plano Bresser’ (1988), ‘Plano Verão’ (1989) e ‘Plano Collor’ (1991), vieram dar maior consciência social à população sobre novos canais para a Defesa do Consumidor.¹⁹

¹⁸ GAMA, *Curso de Direito do Consumidor*, 1999. p. 7

¹⁹ Idem., 1999. p. 6.

Dentro da evolução dos direitos do consumidor, o ano de 1985 pode ser apontado como marco de uma nova etapa, pois, em âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução 39-248, estabeleceu normas pertinentes à proteção do consumidor, em razão da sua vulnerabilidade. Foram, então, elencados os direitos básicos que deveriam ser aplicados pelos países-membros, priorizando-se os do Terceiro Mundo.²⁰ Almeida enfatiza que tais normas, para as Nações Unidas, teriam os seguintes objetivos:

a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para sua população consumidora; b) oferecer padrões de consumo e distribuição que preencham as necessidades e desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de condutas ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços baixos (Res. n. 39/248, item 1).²¹

No Brasil surgiram duas novas leis, editadas em 24 de julho de 1985: Lei n° 7.347, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, e Decreto Federal n° 91.469, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Com relação à Lei da Ação Civil Pública, Sodré faz o seguinte comentário:

Esta lei é importantíssima na exata medida em que aponta para a possibilidade da organização da sociedade com o objetivo de pleitear os chamados direitos coletivos. Pela primeira vez, na legislação brasileira, os consumidores organizados podem efetivamente intervir judicialmente nas questões coletivas mais importantes, pleiteando, tanto fornecedores como dos governos, sua proteção.²²

²⁰ ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

²¹ Idem., 2002. p. 5-6.

²² SODRÉ, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, 2007. p. 125.

O mesmo autor, ao tratar do Decreto Federal nº 91.469, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, assim manifesta:

[...] que passou a ter a função primordial de coordenar a defesa do consumidor no Brasil. A edição deste decreto é um marco na história da defesa do consumidor: pela primeira vez surge a idéia da existência de um espaço político, sob coordenação do governo federal, para formulação da política nacional de defesa do consumidor. Além disso, resta óbvia a preocupação de garantir representatividade a este espaço público, na exata medida em que os principais atores sociais (consumidores, fornecedores e órgãos públicos) tinham assento neste Conselho.²³

Como principal contribuição do Conselho de Defesa do Consumidor destaca-se o fato de ter servido de fórum para o surgimento da proposta legislativa que acabou se concretizando no Código de Defesa do Consumidor. Argumenta Brossard que foi este Conselho, por intermédio do seu presidente, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, que constituiu uma comissão com o objetivo de apresentar o anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor. Os trabalhos foram iniciados antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, tendo na coordenação a professora Ada Pellegrini Grinover. O resultado dos inúmeros encontros realizados foi a elaboração do anteprojeto, publicado no *Diário Oficial* no dia 4 de janeiro de 1989.²⁴

A Comissão de Juristas do CNDC prestou especial atenção às proposições dos juristas brasileiros e estrangeiros reunidos no I Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em São Paulo, de 29 de maio a 2 de junho de 1989. Foram extremamente importantes as observações dos professores Thierry Bourgoignie, presidente da Comissão de Elaboração do Código do Consumidor da Bélgica e único membro estrangeiro da Comissão de Elaboração do Código do Consumo francês,

²³ Idem., 2007. p. 125-126.

²⁴ BROSSARD, Paulo. Prefácio. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Ewoud Hondius, da Universidade de Utrecht, Holanda, Eike von Hippel, do Max Planck Institut, de Hamburgo, Alemanha, Norbert Reich, do Zentrum für Europäischen Rechtspolitik, da Universidade de Bremen, Alemanha, e Mário Frota, da Universidade de Direito do Consumidor.²⁵

Após debates na Câmara e no Senado, inclusive com a realização de audiências públicas, o projeto de lei que criou o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi aprovado, durante a convocação extraordinária do Congresso em julho de 1990. Encaminhado à Presidência da República, foi sancionado com 42 vetos, publicado em 12 de setembro de 1990, como a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que entrou em vigor em 11 de março de 1991.

Ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira pôde comemorar o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, representando uma nova fase nas relações de consumo, entre consumidores, fornecedores e prestadores de serviços, o qual veio a servir de modelo para os países da América Latina, o movimento consumerista foi surpreendido por uma decisão do presidente Fernando Collor de Mello:

Nem tudo foi uma maravilha. Quando o movimento político indicava que o Sistema Nacional estava realmente se organizando, algo imprevisto ocorreu: dias antes do Código de Defesa do Consumidor entrar em vigor, o governo federal extinguiu o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, deixando em seu lugar uma estrutura de porte muito menor: o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, órgão subordinado à Secretaria Nacional de Direitos Econômico do Ministério da Justiça. Este departamento é denominado hoje por Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor- DPDC. Ocorre que, com o fim do Conselho Nacional, o espaço público que garantia voz aos diversos atores do sistema foi fechado, fazendo com que as políticas fossem traçadas a portas fechada, sem qualquer tipo de controle social.²⁶

²⁵ Idem., 2004, p. 2.

²⁶ SODRÉ, op. cit., 2007. p. 128-129.

A realidade é que, passadas quase duas décadas, o país ainda não recriou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do qual possa reunir todos os atores das relações de consumo. Em entrevista à *Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor* (Idec), o diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), Ricardo Morishita Wada, fez a seguinte manifestação:

A extinção do Conselho, sem dúvida, tem efeitos negativos muito preocupantes. Considerado o Conselho extremamente importante porque era um espaço de discussão entre os membros da sociedade, do governo e os fornecedores. Na criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), esse órgão estabeleceu o consenso de várias regras da nova regulamentação. Entre elas a responsabilidade objetiva, que foi discutida com os fornecedores. Com a extinção, esse consenso foi esquecido [...]. Isso ilustra a falta que o Conselho faz, não apenas porque ele guarda essa memória política, mas também na prática, na viabilidade das regras do CDC.²⁷

É fato que o diploma legal é um dos mecanismos importantes para fazer valer um direito, mas não o suficiente; logo, a atuação dos cidadãos-consumidores é fundamental para efetivação desse direito. O direito do consumidor tem despertado um interesse crescente não só no Brasil, mas em âmbito mundial. A própria realidade social tem propiciado esse despontar como algo importante na ciência jurídica. Sintomaticamente, estudos e obras dos mais variados autores têm abordado o tema direito do consumidor.

Instrumentos de proteção e defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 5º diversos instrumentos para que seja executada a Política Nacional das Relações de Consumo. Entre esses ór-

²⁷ WADA, Ricardo Morishita. Cidadania Participativa. *Revista do IDEC*, n. 79, p. 00-00, jul. São Paulo, 2004. p. 9.

gãos estão os juizados especiais, Procons, delegacias de polícia, promotorias de justiça, varas especializadas, Defensoria Pública e associações de defesa do consumidor.

Esses órgãos atuam no sentido de garantir que o consumidor possa exercer os seus direitos. Para que isso seja concretizado é fundamental que tais órgãos estejam disponibilizados no espaço local onde vive o cidadão; do contrário, ele não terá este auxílio no momento em que mais necessita. É preciso ter claro que, por trás de uma relação de compra e venda, há uma cadeia de consumo e consequências cada vez mais complexa, na qual o consumidor, por ser a parte mais fraca da relação, quase sempre está em desvantagem. Nesse sentido, Pereira observa:

A situação criada pela atividade econômico-social, colocando de um lado os empresários – fornecedores – e de outro os consumidores, que na teoria deveriam andar juntos para o crescimento global da sociedade, criou uma configuração não esperada: os empresários organizam-se em grandes grupos, através dos monopólios ou cartéis dominam, através de seu poder econômico, todas as relações vinculadas ao consumo, uma vez que, do outro lado, estavam os consumidores desorganizados, e, portanto, vulneráveis a todo o tipo de direcionamento advindo do mais forte. O poder econômico impunha seus ditames e os consumidores não possuíam meios eficazes para defesa, uma vez que pretendida igualdade entre as partes dava lugar ao domínio de uma parte economicamente forte e organizada, sobre a outra economicamente fraca, desorganizada e sem a proteção do Estado, que não dispunha de meios jurídicos condizentes com a situação que se formara.²⁸

No aspecto da vulnerabilidade do consumidor, Rónai afirma que é preciso buscar o ensinamento do chamado “pai da produção em série, o magnata Henry Ford, para quem o

²⁸ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 168.

consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.²⁹

Não resta dúvida, portanto, de que tais colocações reforçam a importância dos órgãos administrativos e de entidades civis que trabalham direta ou indiretamente na defesa do consumidor. Esse serviço muitas vezes acaba sendo o primeiro e único atendimento ao consumidor, obtendo um excelente resultado na solução do conflito. Na maioria das vezes, os órgãos administrativos conseguem a harmonização entre as partes; por isso, é fundamental que se conheça o papel que cada órgão desempenha no sistema.

Descrevendo a atuação do Ministério Público na defesa do consumidor, verifica-se que se trata de uma instituição que tem como agentes promotores e procuradores de justiça. Durante muito tempo a figura do promotor de justiça esteve associada à função de acusador do Tribunal do Júri, porém, a partir da Constituição Federal de 1988 e da edição de várias leis³⁰, entre elas a n.º 7.347/85, chamada “Lei da Ação Civil Pública”, aumentou sua competência de atuação. Com essa ampliação no seu campo de ação, a instituição passou a ser reconhecida como importante órgão de defesa de direitos coletivos relacionados ao meio ambiente, à ordem urbanística, ao patrimônio público, a portadores de deficiência, consumidores, idosos, crianças e adolescentes.

²⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 61.

³⁰ A função de tutelar o consumidor é atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal, ex vi dos arts. 127 e 129, III, bem como pela Lei Complementar n. 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), pela Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e pela Lei n. 7.348/85 (que disciplina a Ação Civil Pública). Isso, sem esquecer que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/90) reservou destacada participação à instituição, na defesa do consumidor, como o atestam o § 4º do art.51, o inciso I do art. 82 e os arts. 91 e 92. ALMEIDA, *A proteção jurídica do consumidor*, 2002. p. 253.

Em relação ao aumento de competência do Ministério Público, Almeida justifica:

A grande novidade, no entanto, é a legitimação do Ministério Público para a ação coletiva destinada à defesa dos interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, disciplinadas nos arts. 91 a 100 do CDC. Por essa via processual, o Ministério Público, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ajuizará uma única ação que poderá beneficiar todos os lesados, o que resultará em solução mais rápida do conflito e em sensível economia de tempo e dinheiro.³¹

Importante, também é o papel da Defensoria Pública, na defesa do consumidor, uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado por determinação do art. 134 da Constituição Federal de 1988. A Defensoria presta atendimento àquelas pessoas que tiveram seus direitos ofendidos, mas que não possuem recursos para contratar um advogado particular.

Registra Bessa:

Num país de população pobre e carente, é bastante óbvia a importância do papel exercido pelos defensores públicos nas mais variadas relações sociais. Essa relevância contém nuance diferenciada nos conflitos decorrente das relações de consumo. Enquanto, o consumidor de classe média pode absorver pequenas lesões praticadas pelo mercado (exemplo, cobrança de tarifa indevida pelo banco no valor de R\$ 27,00), sem maior impacto no orçamento familiar, o mesmo não ocorre com aquele que, recebendo um salário mínimo por mês, deve sustentar toda a família. As “pequenas lesões” praticadas pelos fornecedores podem representar 20, 30, até 50% do seu ganho mensal, em detrimento de valores destinados à alimentação e outras necessidades básicas.³²

Também fazem parte do sistema de proteção, como dispõe o art. 5º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, as delegacias de

³¹ Idem., 2002. p. 260.

³² BESSA, op. cit., 2007. p. 324.

polícia especializadas para o atendimento de consumidores que são vítimas de práticas abusivas, as quais se enquadram em infrações penais. Com relação ao trabalho das delegacias de polícia, Bessa faz o seguinte comentário:

Em face de notícia crime contra as relações de consumo, a Delegacia do Consumidor possui o dever de investigar o fato, apurando, mediante inquérito policial (arts. 4º a 23 do Código de Processo Penal) ou termo circunstanciado (art. 69 da Lei 9.099/95), todas as suas circunstâncias e autoria. Concluídas as investigações, o inquérito policial ou termo são encaminhados ao promotor de justiça com atribuição penal, que decidirá pelo arquivamento ou instauração de processo criminal contra os apontados autores do crime.³³

Verifica-se que, passados 18 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a criação de delegacias do consumidor ocorreu somente em algumas capitais. No caso específico do Rio Grande do Sul, existe este trabalho especializado apenas em Porto Alegre. Apesar do Código de Defesa do Consumidor procurar estimular a criação de delegacias de proteção, a instituição do órgão depende de iniciativa dos governos dos Estados, que esbarram na falta de recursos. Para a instalação dos Procons não é diferente, embora seja um dos mais difundidos e respeitados órgãos de defesa do consumidor. Cabe a esses fazer o atendimento da parte mais vulnerável dessa relação nos estados e municípios da federação.

A defesa dos consumidores, nos estados e municípios, realizada pelos Procons tem por objetivo orientar, proteger, conciliar, fiscalizar e defender a parte mais vulnerável nas relações de consumo. A instalação deste sistema cabe ao Poder Executivo, que deve elaborar projeto a ser aprovado pela Câmara de Vereadores. Portanto, a defesa do consumidor pode ser prevista como prioridade dentro das políticas públicas estabelecidas pela administração. Nesse sentido, enfatiza-se a iniciativa pioneiro desenvolvido em São Paulo em 1975,

³³ Idem., 2007. p. 326.

quando se formou um grupo de trabalho para a criação de um sistema estadual de defesa do consumidor.

A 6 de maio de 1976, o governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, pelo Decreto n.º 7.890, criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, subordinado à Secretaria de Economia e Planejamento cujo secretário, Jorge Wilhelm, além de prestar o apoio necessário, passou a denominar o órgão de Procon. Pêrsio de Carvalho Junqueira foi nomeado o primeiro diretor executivo.³⁴

Com o passar dos anos, a estrutura do Procon de São Paulo foi sendo ampliada, em razão da grande procura dos serviços pela população. O modelo idealizado foi sendo seguido pelos principais estados do país por causa dos resultados positivos apresentados e amplamente divulgados, o que comprova que a difusão da informação é fundamental para o fortalecimento do movimento consumerista. Sempre com a preocupação de inovar, o Procon de São Paulo passou por importante transformação no ano de 1996, quando foi criada a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio do Decreto n.º 41.170 de 23 de 1996, do então governador Mário Covas:

[...] O Projeto de lei n.º 618/94, [...] fez com que um novo passo fosse dado para a definitiva solidificação do órgão, com a criação e posterior sanção da Lei n.º 9.192, de 23 de novembro de 1995. [...] inovou na prestação de serviços de proteção e defesa do consumidor no Brasil. Com a nova configuração jurídica, a Fundação Procon vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania iniciou um grande processo de revitalização, modernização e reestruturação para que, de forma contínua, a proteção e a defesa do consumidor conseguisse, com novos contornos, preservar as conquistas alcançadas, além de avançar na busca do equilíbrio das relações de consumo.³⁵

³⁴ PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>> Acesso em: 07 jan. 2008.

³⁵ Idem., Acesso em: 08 jan. 2008.

Para Bessa, “o Procon, além de aplicação de sanções administrativas, também exerce importante trabalho de informação dos direitos do consumidor e de conciliação entre as partes”.³⁶ No que diz respeito à conciliação, consiste na possibilidade de reunir consumidor, fornecedor ou prestador de serviço frente a frente, para que seja encontrada uma solução, evitando, com isso, que a demanda tenha de ser discutida no Poder Judiciário, onde será muito mais demorada e onerosa para as partes.

Com relação à aplicação de sanções administrativas, estão previstas nos artigos 55 a 60 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no Decreto nº 2.181/97, que estabelece normas gerais para a aplicação das sanções administrativas previstas no CDC. No aspecto administrativo, as penalidades possíveis de serem aplicadas pelos Procons estão determinadas no artigo 56³⁷ do CDC.

Sistema municipal de defesa do consumidor

É possível afirmar que apesar de significativos avanços em relação aos direitos do consumidor, nem todos os municípios do país possuem um Sistema de Defesa do Consumidor

³⁶ Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2007. p. 327.

³⁷ Penalidades previstas para infrações de normas de defesa do consumidor:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição da fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
- VII - suspensão temporária das atividades;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

estruturado. Os Dados do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão subordinado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, apontam que ainda é crítica a situação da instalação de Procons em âmbito nacional e estadual.³⁸

Os dados do DPDC também revelam que as duas regiões com maior número de Procons são a Sudeste e a Sul, ao passo que a região Norte tem o menor índice, demonstrando uma realidade extremamente desigual, principalmente nas áreas mais carentes do país.³⁹

Mesmo sendo considerado um dos estados mais politizados da nação, a situação do Rio Grande do Sul, no que se refere à instalação de Procons, não é diferente do país. Em entrevista, a Coordenadora Estadual do Procon, Adriana Fagundes Burger relatou a meta do órgão: “O nosso propósito é estimular a municipalização dos Procons. Acreditamos que cada município deveria ter o seu Procon [...]. Hoje temos 53 Procons para 496 municípios. E a nossa meta, é dobrar esse número em dois anos”.⁴⁰ Como disse no discurso de posse em março 2007.

Embora o direito do consumidor tenha sido inserido na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, nem sempre o respeito a esse direito é visto como prioridade pelos administradores. Cabe, pois, às comunidades sensibilizarem

³⁸ Palestra proferida por Andréia Araújo Portella. Chefe da Divisão da Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Realizada no Centro de Eventos da Universidade de Passo Fundo. In: I Seminário Nacional de Defesa do Consumidor. Passo fundo, 28 set., 2007.

³⁹ Palestra proferida por Andréia Araújo Portella. Chefe da Divisão da Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Realizada no Centro de Eventos da Universidade de Passo Fundo. In: I Seminário Nacional de Defesa do Consumidor. Passo fundo, 28 set., 2007.

⁴⁰ BURGER, Adriana Fagundes. Força-tarefa vai ajudar o Procon-RS a zerar os processos pendentes. *Revista Consumidor Teste*, n. 145, maio/jun., p. 7-10, Porto Alegre, 2007. p. 10.

os agentes políticos para implantar o sistema municipal de defesa do consumidor. Uma vez tomada a decisão de instalar projeto de lei, propondo a criação do Procon Municipal, do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor (Condecon) e do Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor (FMDC), deverá ser encaminhada proposta para aprovação na Câmara de Vereadores.

Bessa assevera que:

Ao lado de órgãos estatais de defesa do consumidor estão as entidades civis ou organizações não governamentais (ONG) de defesa do consumidor. São associações privadas, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de um grupo de pessoas para a defesa individual ou coletiva dos direitos e interesses do consumidor, para educar o consumidor, realizar atividades de difusão e pesquisa científica deste ramo do direito, enfim, promover, direta ou indiretamente, a maior eficácia do direito do consumidor no País.⁴¹

E, nesse contexto, embora nos últimos anos tenha havido um crescimento no número de associações que se preocupam em defender os direitos do consumidor, ainda se está longe de alcançar os padrões da Europa, pois na maioria dos municípios brasileiros não existe nenhum tipo de associação.

Conclusão

Em concluso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de inovações, as quais contribuíram para resgatar a cidadania depois do longo período de ditadura militar, motivo pelo qual é chamada de “Constituição Cidadã”. Dentre elas contemplou a defesa do consumidor, que ganhou contornos constitucionais e característica de direito funda-

⁴¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2007. p. 334.

mental, pois em pelo menos três artigos o legislador constituinte reportou-se diretamente ao tema.

Como no artigo 5º, inciso XXXII, ao estabelecer que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; no artigo 170, inciso V, prevê-se a observância do princípio da “defesa do consumidor”, quando regula a ordem econômica; no artigo 48 das “Disposições Transitórias”, previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um prazo de 120 dias ao legislador para isso. A preocupação com o consumidor também aparece nos artigos 150, § 5º, 129, inciso III, e 175, inciso II.

O Código de Defesa do Consumidor em vigor possibilitou um grande avanço no equilíbrio das relações de consumo no Brasil. Contudo, ainda há falhas quanto à implementação de uma política consistente para o setor, em relação à viabilidade da adequada proteção dos consumidores no país, especialmente nas camadas mais pobres. Esse contexto proporciona condições para inúmeras tentativas de redução do alcance do Código em âmbito local, tanto no que diz respeito à articulação dos diferentes órgãos do poder público como no estímulo e apoio ao fortalecimento das entidades civis, tão importantes para a construção da cidadania.

Desta forma, a instalação do Sistema Municipal é fundamental para que os consumidores possam exercer seus direitos como cidadãos, mas esta conquista depende da atuação do poder local e da mobilização da sociedade. É dentro desta proposta que se situa a importância das associações de defesa do consumidor, pois o CDC estabelece em seu art. 5º, inciso V, a concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

Para tanto, é necessário que o município integre no conjunto de suas políticas públicas à realização do princípio federativo em seara do consumidor. É prioridade pelo fato de que em âmbito local é o modo mais eficaz de defender os direitos,

eis que todos os consumidores atuam, antes de qualquer âmbito, em nível municipal.

Referências

ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2007.

BOENIG, Evelena. APC-RS onde tudo começou. In: *A História da Defesa do Consumidor no Brasil – 1975-2000*. Porto Alegre: Nova Editora Ltda., 2001. Cap. 2. p. 21.

BRASILCON. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br>>. Acesso em: 10 jan., 2008.

BROSSARD, Paulo. Prefácio. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BURGER, Adriana Fagundes. Força-tarefa vai ajudar o Procon-RS a zerar os processos pendentes. *Revista Consumidor Teste*, n. 145, maio/jun., p. 7-10, Porto Alegre, 2007. p. 10.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUNN, Lisa. Parabéns Consumidor. *Entrevista a Revista do IDEC*, n. 112, jul. São Paulo, 2007. p. 16.

MÓTOLLA, Frederico Renato. APC-RS onde tudo começou. In: *A História da Defesa do Consumidor no Brasil – 1975-2000*. Porto Alegre: Nova Editora Ltda., 2001. Cap. 2.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: a teoria da ação social e o direito do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.df.gov.br>>. Acesso em: 27 dez. 2007.

PROCON. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br>> Acesso em: 07 jan. 2008.

SINGER, Paul. Interpretação do Brasil: uma experiência histórica de desenvolvimento. *História Geral da civilização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 1975. p. 218. v.4 – Economia e Cultura (1930- GAMA, Élio Zagueta. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WADA, Ricardo Morishita. Cidadania Participativa. *Revista do IDEC*, n. 79, jul. São Paulo, 2004. p. 9.

Comunicação, constituição e a informação nas relações de consumo

Liton Lanes Pilau Sobrinho*

Introdução

A comunicação exerce papel de extrema relevância no sistema da sociedade. É por meio dela que a própria existência do social é viabilizada, conforme a compreensão luhmanniana.

A comunicação, assim, consiste na própria sociedade, razão pela qual, quanto maiores os níveis de comunicação, mais as relações sociais são complexificadas.

Sendo assim, importante analisar a comunicação desde os seus primórdios, para bem entender a sua evolução até chegar aos tempos modernos. A partir desse entendimento, far-se-á uma ligação da comunicação com o direito à informação nas relações de consumo, pois em dois âmbitos interli-

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do sul, Professor da Universidade do Vale do Itajaí, Professor da Universidade de Passo Fundo, Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul.

gados e estreitos, a informação se apresenta com significados aproximados: no direito da comunicação e no direito do consumidor.

História e comunicação

A comunicação é um processo primordial no desenvolvimento humano e social. É por meio dela que se estabelecem relações de troca, interesse, aceitação, repúdio, etc., perfazendo um meio viabilizador da convivência humana e da formação de sistemas sociais. No curso da evolução humana, a comunicação representou papel de significativa importância no desenvolvimento dos povos, perpassando por diversas etapas até cristalizar-se como uma operação eminentemente social.

A história do homem sobre a terra constitui-se num permanente esforço de comunicação. O ser humano é um ser social que pode abster-se de intercambiar, se necessário, bens materiais, mas não pode deixar de trocar informações, idéias, emoções, pois a intercomunicação é como a respiração de uma sociedade. O termo comunicação está ligado ao adjetivo comum, que podemos descobrir na palavra comunicar, a significação de tornar comum, colocar em comum, isto é, dar ao outro alguma coisa que não deixa também de ser nossa. Entregar ao nosso próximo alguma coisa que ainda continua a nos pertencer. É como repartir o conhecimento numa inter-relação social, afetiva e constante. É educar no desprendimento das relações sociais.¹

Pode-se compreender, de forma provável, que um primeiro estágio do desenvolvimento do processo da comunicação foi a utilização de símbolos e sinais pelo homem primitivo. Com o passar de muitos milênios, com uma maior capacidade cerebral, foram desenvolvidos gestos e a emissão de sons, juntamente com a padronização de determinados sinais que possibilitavam a comunicação primitiva.² Encontra-se aqui o

¹ AVELINO, Yvone Dia. Comunicação e História. In: DOWBOR, Ladislau et al. Desafios da Comunicação. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 291.

² DEFLEUR; BALL-ROKEACH, Teorias da Comunicação de Massa, p. 23.

momento em que o homem pré-histórico iniciava sua diferenciação para com o restante do mundo animal. Já nessa época surgiam manifestações artísticas e signos comunicativos, a exemplo das pinturas rupestres e dos desenhos nas grutas em Lascaux.

Notável avanço, contudo, seria visto no instante seguinte, no momento considerado como início da história: o desenvolvimento da escrita. A escrita foi um dos mais notáveis feitos do homem, tornando possível a representação da realidade por meio da concatenação de signos codificados. Possibilitou, por sua vez, o aumento da quantidade de descrições passíveis de utilização pela sociedade, como meio de armazenamento, memória.³ A existência e generalização na utilização da escrita são de extrema importância e, mais, condição de possibilidade para outro significativo avanço, que muitos séculos depois seria generalizado por Johann Guttemberg: a prensa e a técnica de impressão.

A disponibilização de obras em diversos idiomas viabilizou a alfabetização para um maior número de pessoas, iniciando-se a promoção de um movimento de transformação social, possibilitando novas formas de vivências e de saberes. A veiculação de livros e revistas implementou um súbito desenvolvimento social, acelerando o tempo⁴ e proporcionando o surgimento da comunicação de massa.

A comunicação corresponde à própria evolução humana. Desde o surgimento das primeiras formas rudimentares de entendimento, como a utilização de sons e grunhidos, da arte rupestre até o advento da escrita e dos modelos de impressão,

³ LUHMANN, La Sociedad de la Sociedad. Op. cit., p. 196: “Todo esto se transforma de manera paulatina aunque de manera más sustancial con el invento y la difusión de la escritura. La escritura aumenta en primer lugar la cantidad de distinciones que una sociedad puede utilizar – almacenar, recordar. De eso resulta, asimismo, un aumento de las cosas o aspectos del mundo que se puede indicarse.”

⁴ MARCONDES FILHO, Ciro. Sociedade Tecnológica. São Paulo: Scipione, 1994, p. 51.

com a final generalização dos meios de comunicação de massa, o homem defronta-se com a necessidade premente de comunicar. Portanto, a importância da comunicação é destacada como fator sociabilizador e como meio de desenvolvimento social e humano, ou, ainda, nestes tempos pós-modernos, como a própria sociedade.

A comunicação é um processo eminentemente social. Nesse passo é desenvolvida uma íntima relação entre os processos comunicativos e a evolução das civilizações. Desde a Grécia antiga até os dias atuais, a comunicação é o motor que impulsiona as sociedades. Desse modo,

[...] o que precisamos ter claro, contudo, é a existência de uma íntima relação entre os processos comunicacionais e os desenvolvimentos sociais. Isto porque a comunicação, ao permitir o intercâmbio de mensagens, concretiza uma série de funções, dentre as quais: informar, constituir um consenso de opinião – ou, ao menos, uma sólida maioria – persuadir ou convencer, prevenir acontecimentos, aconselhar quanto a atitudes e ações, constituir identidades, e até mesmo divertir. O estudo da história das civilizações – fiquemos com as ocidentais, mas certamente podemos aplicar o mesmo princípio a todas as demais – evidencia uma íntima relação entre a existência de sistemas comunicacionais e o auge do desenvolvimento civilizacional.⁵

Em Roma, a comunicação teve um papel informativo para garantir o exercício de poder. Na Grécia a comunicação era compreendida como forma de inclusão social, como maneira de criação identitária do cidadão, ao passo que em Roma era identificada como forma de manutenção do poder através da informação do que ocorria no território do Império. Esse processo era um privilégio do imperador que, por meio da informação, detinha o controle do que ocorria nas mais diversas regiões sob o domínio romano.

⁵ HOHLFELDT, Antonio. As Origens Antigas: a Comunicação e as Civilizações. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). Teorias da Comunicação: Conceitos, Escolas e Tendências. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 63.

O Império Romano, portanto, deu uma nova contribuição para o que podemos denominar de história da comunicação. Para os romanos, os processos de comunicação serviram essencialmente para controle social, para garantia do poder, para o exercício político. Antecipando-se às crises, mantendo-se informados de tudo o que acontecia, os governantes romanos evidenciaram que uma das funções básicas da comunicação é, justamente, a de garantir não apenas a informação, quanto a opinião consensual.⁶

A manutenção das *acta diurna* pode ser citada como exemplo desse controle da informação pelos romanos: tratava-se do registro em papiro dos debates ocorridos no Senado romano e afixados em muros para conhecimento da população; posteriormente, passou-se a copiá-las e redistribuí-las para conhecimento de todas as regiões do Império. Outra novidade trazida pelos romanos no campo da comunicação foi o implemento de um serviço de correios. Tratava-se de estradas especiais por onde trafegavam mensageiros do imperador com o objetivo de troca de informações entre as mais longínquas regiões do Império, visando à constante informação da administração romana sobre o que ocorria em seus domínios.⁷

De igual forma, atividades relacionadas à comunicação verificam-se na Europa dos séculos XV e XVI, dentre as quais se podem destacar a criação dos palimpsestos nos mosteiros cristãos, o contato cultural promovido pelas Cruzadas e pelas grandes expedições marítimas, a já mencionada invenção do tipo móvel de Johannes Gutenberg. A partir disso,

[...] os processos comunicacionais, agora enriquecidos com a invenção do tipo móvel e a conquista do papel, permitiam a plena difusão das novidades num ritmo tão rápido quanto jamais haviam sonhado até então os europeus. Não por um acaso, a partir da metade do século XVII, mais exatamente a partir de 1605, começaram a circular as folhas informativas, os mais fiéis antecessores de nossos jornais, vendidas a

⁶ Idem, p. 81.

⁷ HOHLFELDT, As Origens Antigas. Op. cit., p. 82-83.

exemplar, nas portas muradas das cidades ou nas feiras, onde todo o tipo de gente se reunia, aguçando a curiosidade e fazendo com que o mais letrado, em altos brados, lesse o que se achava impresso para aqueles que estavam impossibilitados de o fazer, tal como ocorre, ainda hoje, no interior do Nordeste brasileiro com os chamados folhetos de cordel, cantados pelo compositor ou simples revendedor, de modo a atrair a clientela, variante do que fazem os nossos vendedores de jornal com as manchetes de cada dia. Essa foi, na verdade, uma nova função logo descoberta para os processos de comunicação: a popularização de novidades.⁸

Essa popularização das novidades é verificada, igualmente, no cenário cultural francês a partir do final do século XVIII e na primeira metade do século XIX. Num contexto de efervescência cultural, a comunicação adquiriu na França um espaço para sua universalização: a publicação de diversas obras e de jornais e revistas veio a promover, de certa forma, a abertura ao acesso à informação, iniciando um processo de universalização e de mercantilização⁹ da informação.¹⁰

A partir da segunda metade do século XX, a comunicação desenvolveu-se de forma assombrosa. A invenção do cinema pelos irmãos Lumière, com as posteriores inovações do som e da cor, o surgimento do telefone pelas mãos de Alexander Graham Bell¹¹, o desenvolvimento vertiginoso da informática¹² e das telecomunicações,¹³ a possibilidade de manutenção do código genético,¹⁴ dentre um incontável número de inova-

⁸ HOHLFELDT, *As origens antigas*. Op. cit., p. 86.

⁹ Posteriormente, essa mercantilização da informação, compreendida como a produção seriada de produtos culturais, seria objeto de estudo por Theodor Adorno e Max Horkheimer, da Escola de Frankfurt, na qual foi definida a noção de indústria cultural. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

¹⁰ HOHLFELDT, *As origens antigas*. Op. cit., p. 88-93.

¹¹ Idem, p. 93-95.

¹² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 76-82.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 82-89; CASTELLS, Manuel. *Galáxia da Internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

¹⁴ CASTELLS, *A sociedade em rede*. Op. cit., p. 92-96.

ções, possuem estreita relação, ou melhor, são produto e requisito da comunicação contemporânea.

A comunicação, à medida que se tornou um fenômeno social, transmutou-se, igualmente, em objeto de estudo por diversas teorias e correntes que se fixaram na tentativa de elucidar seu processo, universalidade e efeitos. Dentre as teorias e escolas empenhadas nessa tentativa destacam-se a pesquisa norte-americana, a Escola de Frankfurt, os estudos culturais, o pensamento francês sobre a comunicação, a pesquisa na América Latina, bem como a comunicação vista do ângulo semiótico.

A pesquisa norte-americana teve início com os estudos de Laswell, espelhados na obra *Propaganda techniques in the world war*, publicada em 1927. A *Mass Communication Research* pode ser dividida em três momentos: a) a teoria matemática ou teoria da informação, postulada por Shannon e Weaver, a qual consistia na “sistematização do processo comunicativo a partir de uma perspectiva puramente técnica”,¹⁵ b) a teoria funcionalista, originária dos estudos de Laswell,¹⁶ que “aborda hipóteses sobre as relações entre indivíduos, a sociedade e os meios de comunicação de massa”,¹⁷ c) a corrente voltada aos estudos dos efeitos da comunicação, então denominada “teoria hipodérmica”, pela qual a comunicação atingiria os indivíduos provocando determinados efeitos.¹⁸

A pesquisa norte-americana voltou-se à análise dos elementos internos do processo comunicativo, buscando o estudo das funções da comunicação, bem como dos seus efeitos.

A sua vez, denominou-se Escola de Frankfurt ao conjunto de pensadores alemães formado, entre outros, por Theodor Adorno, Max Horkheimer, Erich Fromm e Herbert Marcuse.

¹⁵ ARAÚJO, Carlos Alberto. A pesquisa norte-americana. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 120.

¹⁶ LASWELL, *The Structure and Function of Communication in Society*. Op. cit., p. 84-99

¹⁷ ARAÚJO, *A pesquisa norte-americana*. Op. cit., p. 122.

¹⁸ WOLF, *Teorias das comunicações de massa*. Op. cit., p. 4-5.

Os frankfurtianos centraram suas pesquisas nas mais diversas áreas do conhecimento, tais como sociologia, psicologia, arte e filosofia, promovendo, com isso, uma nova forma de ver o ser humano e o contexto no qual está inserido.¹⁹

As contribuições desta escola no campo da comunicação centram-se na criação do conceito de “indústria cultural” por Horkheimer e Adorno. A mercantilização da cultura é analisada pelos pensadores de Frankfurt no sentido de “subordinação da consciência à racionalidade capitalista”.²⁰ Nessa seara, toda produção intelectual passa a ser considerada em seu prisma econômico, visando, assim, ao aproveitamento dos bens culturais para consumo no mercado capitalista.

Os pensadores frankfurtianos criticaram a cultura de massa não porque ela é popular mas, sim, porque boa parte dessa cultura conserva as marcas das violências e da exploração a que as massas têm sido submetidas desde as origens da história. A linguagem rebaixada, o menosprezo da inteligência e a promoção de nossos piores instintos, senão da brutalidade e da estupidéz, que encontramos em tantas expressões da mídia, sem dúvida se devem ao fato de que há muitas pessoas sensíveis a esse tipo de estímulo, mas, e isso é o que importa, tal fato não é algo natural nem, também, algo criado pela comunicação. [...] Os frankfurtianos se opuseram à prática de pesquisa orientada para servir aos interesses do poder estatal e das empresas de comunicação. A preocupação central dos pensadores não era melhorar o conhecimento dos processos com que se envolvem os meios e, assim, facilitar seu uso e exploração. Dejavam, antes de mais nada, problematizar a sua existência e seu significado do ponto de vista crítico e utópico.²¹

Desse modo, a linha de pensamento frankfurtiana voltou-se à crítica dos meios de comunicação de massa como vetores da mercantilização da cultura, expondo que a comunicação teria um caráter emancipatório e transformador, cuja má

¹⁹ RÜDIGER, Francisco. A Escola de Frankfurt. In: HOHLFELDT; MARTINO; FRANÇA (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*, p. 131-132.

²⁰ Idem, p. 138.

²¹ RÜDIGER, *A Escola de Frankfurt*. Op. cit., p. 144-145.

utilização (no sentido de mercantilização da cultura) negaria tais possibilidades e viabilizaria uma prática regressiva com a intrínseca negação às suas potencialidades.

Enquanto a Escola de Frankfurt ocupou-se com a crítica aos meios de comunicação, o campo dos estudos culturais, iniciado em 1964 com a fundação do Centre for Contemporary Cultural Studies na Inglaterra, teve como linha principal a preocupação com as formas, práticas e instituições culturais, bem como as relações com a sociedade. Dentre os pensadores cujos estudos influenciaram a criação e desenvolvimento dos estudos culturais destacam-se Richard Hoggart, Raymond Williams, E. P. Thompson e Stuart Hall.²²

A formação dos estudos culturais deveu-se a um leque de preocupações que incorporavam as relações entre cultura, história e sociedade. Nesse sentido, as pesquisas realizadas ocuparam-se com manifestações culturais não tradicionais, viabilizando a possibilidade de uma nova visão sobre o fenômeno da comunicação de forma desvinculada dos centros de poder e de produção tradicional da cultura. Por isso,

No momento em que os Estudos Culturais prestam atenção a formas de expressão culturais não-tradicionais se descentra a legitimidade cultural. Em conseqüência, a cultura popular alcança legitimidade, transformando-se num lugar de atividade crítica e de intervenção. Dessa forma, a consideração sobre a pertinência de analisar práticas que tinham sido vistas fora da esfera da cultura inspirou a geração que desenvolveu os Estudos Culturais, principalmente, a partir dos anos 60. Logo, os Estudos Culturais construíram uma tendência importante da crítica cultural que questiona o estabelecimento de hierarquias entre formas e práticas culturais, estabelecidas a partir de oposições como cultura alta/baixa, superior/inferior, entre outras binariedades.²³

²² ESCOSTEGUY, Ana Carolina. Os Estudos Culturais. In: HOHLFELDT; MARTINO.; FRANÇA (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*, p. 152.

²³ ESCOSTEGUY, *Os estudos culturais*. Op. cit. p. 157.

Os estudos culturais, dessa maneira, promoveram uma nova visão acerca dos meios de comunicação de massa e da presença de manifestações culturais minoritárias. O papel dos meios de comunicação é destacado pelos *cultural studies* como formador de identidade, constituindo-se o reconhecimento identitário um dos principais debates da atualidade,²⁴ notadamente em questões envolvendo práticas multiculturais²⁵ na complexa sociedade pós-moderna.

Já o pensamento francês sobre a comunicação resultou numa corrente derivada da Escola de Frankfurt, não propriamente constituindo uma escola específica para o estudo da comunicação²⁶. As pesquisas realizadas nesse contexto são espelhadas nas obras de Roland Barthes, sobre semiologia; de Edgar Morin, sobre a comunicação; na visão negativista de Jean Baudrillard, sobre a mídia; no estudo dos meios hipertextuais, por Pierre Levy, além de inúmeros estudos levados adiante por Lucien Sfez, Paul Virilio, Dominique Wolton, Pierre Bordieu, Michel Maffesoli, Armand Mattelart, entre outros.²⁷

O contexto acadêmico francês nos estudos sobre comunicação revelou-se plural e extremamente diversificado. Por não se deter especificamente na comunicação, houve a possibilidade de levar esses estudos adiante sem a ligação específica a determinada corrente teórica. Dessa maneira, o pensamento francês promoveu críticas as mais diversas sobre os meios de comunicação, a relação emissor-receptor, a mídia na

²⁴ ESCOSTEGUY, *Os estudos culturais*. Op. cit. p. 167.

²⁵ Para maiores detalhes sobre multiculturalismo ver TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

²⁶ SILVA, Juremir Machado da. O Pensamento Contemporâneo Francês sobre a Comunicação. In: HOHLFELDT; MARTINO; FRANÇA (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*, p. 172.

²⁷ SILVA, J. M. *O pensamento contemporâneo francês sobre a comunicação*, Op. cit., p. 171-179 passim.

pós-modernidade, o fenômeno da internet e a difusão das novas tecnologias.²⁸ Precisamente por isso é que

[...] o mais interessante na babel francesa é que todos acertam e erram em proporções equilibradas. A comunicação é, ao mesmo tempo, fenômeno extremo, vínculo e cimento social, imagem 'réliante', fator de isolamento, produtora de 'tautismo', espetacularização do jornalismo e do mundo, cristalização da técnica que acelera a existência e suprime o espaço e o tempo, fator de interatividade, nova utopia, velha manipulação, meio, mensagem, suporte e vertigem de signos vazios.²⁹

A teorização francesa sobre a comunicação, assim, reveste-se de um conjunto extremamente diversificado, não acolhendo uma teorização uniforme ou integrada. Essa diversidade, no entanto, por promover a possibilidade de se pensar a comunicação de forma ampla, unindo o pensamento de outras correntes, como o de Frankfurt, sem necessariamente se vincular a eles, e viabilizando a explicação de diversos fenômenos comunicativos até então ignorados ou pouco pesquisados.

A evolução do pensamento sobre a comunicação encontra outro ponto alto na pesquisa em comunicação na América Latina, onde identifica-se profundamente com o contexto social e político em que era inserida a região. A inquietação acerca da comunicação era provocada muito mais pelo cenário promovido pelas demandas políticas do que propriamente por interesses acadêmicos.³⁰

Os estudos sobre a comunicação fixados na América Latina tiveram início na Venezuela e no Equador no Instituto Venezuelano de Investigaciones de Prensa da Universidad Central e no Centro Internacional de Estudios Superiores de

²⁸ LEVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993.

²⁹ SILVA, J. M. *O pensamento contemporâneo francês sobre a comunicação*, Op. cit., p. 180.

³⁰ BERGER, Christa. A pesquisa em comunicação na América Latina. In: HOHLFELDT; MARTINO; FRANÇA (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*, p. 241.

Periodismo para América Latina, respectivamente. Seguiu-se a criação do Centro de Estudos da Realidade Nacional, vinculado à Universidade Católica do Chile. Posteriormente, deu-se a criação do Instituto de Investigaciones de la Comunicación (ININCO), na Venezuela, substituindo o Instituto Venezolano de Investigaciones de Pensa e do Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales, no México³¹.

No final da década de 1960 inaugurou-se uma nova forma de pensar a comunicação, sendo proposta uma reflexão realmente latino-americana, considerando o palco político da região no período e opondo-se à americanização da cultura.

A pesquisa em comunicação realizada na América Latina foi fortemente carregada de pressupostos ideológicos. Sua relevância, conforme se nota, é dada precisamente pelo caráter de um estudo de oposição à invasão cultural e à opressão política, consistindo num arcabouço teórico com profundas raízes nos acontecimentos sociais da época. A comunicação, dessa maneira, engendra múltiplas compreensões, podendo-se destacar igualmente a semiótica como outra área de extrema relevância para a compreensão do fenômeno comunicativo.

A linguística é a ciência da linguagem verbal, ao passo que a semiótica é a ciência de toda e qualquer forma de linguagem, seja verbal, escrita, pictória, gestual, etc. A orientação humana no mundo requer um intrincado sistema de comunicação, delimitado por esquemas de sons, luzes, gestos, sinais, palavras. A semiótica ocupa-se precisamente do estudo desses signos comunicativos³² e do significado a eles atribuído.

Os signos possuem intrínseca qualidade representativa, isto é, um signo jamais será o objeto que ele representa; apenas será uma imagem, uma projeção desse objeto; assim,

³¹ Idem, p. 244-246.

³² PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Cultrix, 1975.

ilustrativamente, o objeto livro difere do signo livro. O signo é uma representação abstrata do real.³³

Logo, a sintaxe pode ser compreendida como a teoria na qual é alicerçada a construção da linguagem; a semântica ocupa-se das relações dos signos com os objetos aos quais se referem e, por fim, a pragmática trabalha com a relação entre os signos e os usuários, isto é no resultado prático designativo do sentido de determinada comunicação.³⁴

No campo jurídico, a semiótica é identificada na obra de Warat, para o qual o discurso jurídico³⁵ é um elemento social, cujo isolamento e individualização não são possíveis. Enquanto dado social, o direito requer uma atribuição de sentido e determinação valorativa das significações.³⁶ Essa valoração do direito aliado ao cotidiano social é viabilizada precisamente pela compreensão da comunicação como a própria sociedade, adentrando-se, dessa maneira, na seara dos sistemas auto-poéticos.

A Constituição e o Direito à Informação

O direito à informação, no âmbito do direito da comunicação, tem significado diferenciado. Na perspectiva do direito fundamental da liberdade de expressão, é direito oponível ao Estado, e a qualquer pessoa, de não impedirem o acesso e a transmissão de informação, assim para quem comunica e para quem recebe a comunicação. É um direito sensível e vulnerável ao autoritarismo político. Enquadra-se entre os direitos

³³ NETTO, J. Teixeira Coelho. *Semiótica, informação e comunicação*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 56.

³⁴ Idem, p. 40-48.

³⁵ Saliente-se, igualmente, as contribuições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no estudo da comunicação e direito. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

³⁶ WARAT, *O direito e sua linguagem*, Op. cit., p. 101.

fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade ou direitos à prestação negativa. Em sentido estrito, relaciona-se com o direito à comunicação, entendido este como direito de procurar, receber, compartilhar e publicar informações.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX preceitua: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

Para Rizzato Nunes, a Constituição contempla três espécies de direito à informação: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, sendo que a primeira é uma prerrogativa conferida pela Carta Magna, e as outras são obrigações de grande relevância, também, para o direito do consumidor.³⁷

Não se desconhece a relevância do papel da comunicação, na relação de consumo, bem demonstrada no Congresso Internacional sobre “Comunicação e Defesa do Consumidor”, realizado em novembro de 1993, sob a iniciativa e organização do Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nele foram abordadas “*as cinco vertentes do direito da comunicação*”: comunicação social, audiovisuais, informática, telecomunicação e publicidade.³⁸

Essa importância vem da constatação de estar o consumidor sistematicamente vulnerado pelas distintas técnicas de comunicação. Sob outro ângulo, a informação é mercadoria para a indústria da comunicação. As informações são bens que as pessoas podem trocar. Nessa hipótese, quem comunica assume a posição de fornecedor, na relação de consumo.

A questão da informação tornou-se vital em qualquer atividade humana, incluídas naturalmente nas relações de

³⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

³⁸ *Actas do Congresso Internacional sobre "Comunicação e Defesa do Consumidor"*, Coimbra, 1996.

consumo, seja a matéria contratual ou não. O jurista Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho explana importantíssimo pensamento a respeito da informação:

Não há sociedade sem comunicação de informação. A história do homem é a história da luta entre idéias, é o caminhar dos pensamentos. O pensar e o transmitir o pensamento são tão vitais para o homem como a liberdade física.³⁹

Hoje, mais do que nunca, informação é poder. Afinal, o dever de informar do fornecedor não está sediado em simples regra geral. Muito mais do que isso, pertence ao império de um princípio fundamental do Código do Consumidor.

De acordo com o artigo 4º da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor): “A *Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: IV - educação e **informação** de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo*”.

O direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor. Nas legislações mundiais, voltadas a regular as relações de consumo, a referência quase uniforme ao direito à informação fortalece as características universalizantes desse novo direito. Afinal, os problemas e dificuldades enfrentados pelos consumidores, em qualquer país, são comuns, a merecerem soluções comuns.

Em relação ao dever de informar, Rizzatto Nunes aduz

³⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. Revista Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. v. 41, jan.-mar./2002, p. 253-263.

No que tange ao dever de informar das pessoas em geral e das pessoas jurídicas com natureza jurídica privada, é o Código de Defesa do Consumidor que estabelece tal obrigatoriedade ao fornecedor. Tendo em vista que a Lei 8.078/90 nasce, como vimos, das determinações constitucionais que obrigam a que seja feita a defesa do consumidor, implantada em meio a uma série de princípios, todos interpretados e aplicáveis de forma harmônica, não resta dúvida de que o dever de informar só podia ser imposto ao fornecedor.⁴⁰

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor: III - a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Logo, o CDC estabelece a obrigatoriedade da informação dentre os direitos básicos do consumidor.

O direito a informação é muito mais do que a própria informação em si, é o respeito ao consumidor que por muitas vezes se sente perdido, sem saber que caminho tomar, não confiando na prestação de serviço que lhe é oferecida.

Considerações finais

A comunicação exerce papel de extrema relevância no meio social, sendo que a própria concepção acerca da sociedade é dada, na ótica luhmanniana, mediante a formação de sistemas autopoieticos constituídos unicamente por comunicações e possuindo sua operacionalidade determinada comunicacionalmente. A sociedade já não pode ser vista ou estudada sob o ângulo da tradicional visão humanista e territorial, mas, sim, enquanto existente em razão da disseminação comunicativa em suas fronteiras.

⁴⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

Desde épocas remotas, o homem depara-se com a premente necessidade de se comunicar. A comunicação, por isso, consiste num fenômeno eminentemente social, tornando-se requisito indispensável à evolução da sociedade. Nesse passo, adquire particular relevância o papel dos meios de comunicação de massa como condição de possibilidade à reprodução comunicativa.

Na era da informação, justamente a informação é erigida em direito fundamental do consumidor, de cada cidadão, no plano mais elevado que o sistema jurídico pôde desenvolver, de modo a que a tutela jurídica arme-o de condições para o exercício da liberdade de escolha, como contrapartida ao mercado massificado que tende a todos submeter à sua lógica.

A informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada, despersonalizada e mundializada. Nessa direção, recupera parte da humanização dissolvida no mercado e reencontra a trajetória da modernidade, que prossegue a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontades alheias.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ARAÚJO, Carlos Alberto. A pesquisa norte-americana. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001.

AVELINO, Yvone Dia. Comunicação e história. In: DOWBOR, La-dislau et al. *Desafios da Comunicação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 291.

BERGER, Christa A pesquisa em comunicação na América Latina. In: _____; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias*

da Comunicação: conceitos, escolas e tendências. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 241-277.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. In: *Vademecum*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. *Revista Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*. Vol. 41, jan.-mar./2002, p. 253 – 263.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. *Teorias da Comunicação de Massa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ESCOSTEGUY, Ana Carolina. Os estudos culturais. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 151-170.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

HOHLFELDT, Antonio. As origens antigas: a comunicação e as civilizações. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001.

LASWELL, Harold D. The Structure and function of communication in society. In: BRYSON, L. (Ed.). *The communication of ideas*. New York: Harper, 1948. p. 84-99.

LEVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder Editorial/Universidad Iberoamericana, 2007.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Sociedade Tecnológica*. São Paulo: Scipione, 1994.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

NETTO, J. Teixeira Coelho. *Semiótica, Informação e Comunicação*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Cultrix, 1975.

RÜDIGER, Francisco. A escola de Frankfurt. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 131-150.

SILVA, Juremir Machado da. O pensamento contemporâneo francês sobre a comunicação. In: HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 171-186.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WOLF, Mauro. *Teorias das Comunicações de Massa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O princípio da informação nas relações de consumo

Jorge Irajá Sodre

Introdução

Segundo a teoria clássica dos contratos, o contrato constitui-se na união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes¹. Assim, seriam os elementos básicos de uma relação contratual “(1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito.”², afirmando-se a autonomia da vontade como ponto nevrálgico dessa teoria.

Não obstante, a autonomia da vontade exige o equilíbrio das partes contratantes, o que, em regra, não se tem nas relações cotidianas. Tem-se, sim, contratos de adesão, escritos ou não, com elemento essencial na “ausência de uma fase pré-negocial decisiva”³, onde as regras do jogo e sobre o jogo são definidas pelo contratante com maior capacidade técnica e

????

¹ Von Savigny, Friedrich Karl, apud MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., rev., atual. e ampl., 2006, p. 53.

² MARQUES, Cláudia Lima. Op cit, p. 54.

³ Idem, p. 71.

econômica, limitando-se ao outro contratante a aceitação ou a recusa (take-it-or-leave it basis).

Ainda, em nossa idade pós-moderna, onde o comércio eletrônico é fenômeno natural, bem como as regras dos negócios não são apresentadas em papel, mas em meios eletrônicos, há a necessidade de um elemento de vinculação a fortalecer essa nova relação jurídica: a confiança naquele que oferece o bem da vida (bem ou serviço) – o fornecedor.

Assim, a pergunta a ser respondida é como conquistar a confiança do consumidor típico? Tentando respondê-la, urge a necessidade de visualizarmos a imanente vulnerabilidade do consumidor típico e sua correlação com o princípio da confiança, para em um segundo momento afirmarmos a importância da informação na conquista da confiança do consumidor.

Desenvolvimento

A vulnerabilidade do consumidor típico e o princípio da confiança

Dentro da relação de consumo, em regra, é o consumidor típico vulnerável técnica e economicamente, pois “não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços”⁴ e tampouco tem condições de impor sua vontade frente ao poder dos agentes econômicos. Paulo Valério Moraes, ao tratar sobre a vulnerabilidade técnica, afirma:

A vulnerabilidade técnica configura-se por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, esta última muitas vezes tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessam.⁵ (grifou-se).

⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntes, 2001, p. 116.

⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Op. cit., p. 116.

Essa má conduta comercial denota a necessidade de uma regulação dos atos comerciais, com a justa sanção a esses agentes econômicos, não só em proteção a um direito fundamental do consumidor (art 5º, XXXII, CRFB/88), mas sim a todo o sistema de comércio (art 170, V, CRFB), especialmente aos bons comerciantes que lutam para conquistar a confiança do consumidor, pois, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

A confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (*geordnete Handlung*) do indivíduo¹. Segundo Niklas Luhman, ² em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada “crise de confiança” na efetividade do próprio Direito. Em outras palavras, o Direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e da confiança (*Vertrauen*) dos indivíduos!⁶

Há, sem dúvida, uma crise de desconfiança na pós-modernidade, causada tanto pela natural dificuldade humana em acostumar-se a novos paradigmas, quanto pelas condutas comerciais complexas, desumanizadas, onde ofertas publicitárias criam expectativas justas no consumidor não atingidas quando da aquisição do bem ou do serviço. Não obstante, através de práticas comerciais claras, compreensíveis, onde ao consumidor são dados esclarecimentos simples e seguros, possibilitando-lhe conhecer e compreender o oferecido, essa crise pode ser contornada, salvaguardando-se o direito fundamental do consumidor e a credibilidade do fornecedor, pois delimita-se as justas expectativas exigíveis naquela relação, já que, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

O indivíduo decide se aquela atividade, oferta ou contexto de consumo merece sua confiança. Efetivamente, se confiamos no parceiro contratual, atuamos de forma mais simples e direta. Neste caso, muitas coisas podem não ser ditas, ficam pressu-

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2004, p. 31.

postas, compartilhadas pela nossa cultura e base social comum, em silêncio. São os elementos normais naquele tipo de contrato, nos usos e costumes daquele tipo de mercado ou no contrato entre profissionais e leigos, como os de consumo.⁷

Essa proteção da confiança é consequência da nova concepção social dos contratos, para qual

Não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha importância.⁸

E a conquista da confiança se faz informando corretamente o consumidor, oportunizando-lhe o conhecimento e a compreensão sobre o produto ou serviço oferecido, sem vícios em sua vontade.

2.2. O princípio da informação

2.2.1 Aspectos gerais

Ao pretendermos um bem da vida, criamos expectativas quanto ao mesmo. Essas expectativas são reafirmadas, em um primeiro momento, através das informações do fornecedor. Nessa fase pré-contratual tem-se o momento de definição das justas expectativas: o que se pode exigir daquele produto. Por essa razão, “o direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor”⁹. Citando novamente Cláudia Lima Marques:

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 190.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5^aed., rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 210.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina>, consultado em 30.9.2008, p. 1.

Efetivamente, se, como ensina Erik Jayme, a comunicação e a informação são os sinais mais importantes de nossos tempos pós-modernos, o paradigma atual do direito, visando a proteger eqüitativamente o mais fraco, deve ser aquele que valoriza a informação declarada, que valoriza o déficit informativo dos leigos, consumidores, sem se importar com sua nacionalidade ou território, que valoriza não somente o “outro”, mas toda a coletividade que receba informação. Parece-me ser o paradigma da confiança (*das Vertrauensparadigma*) o aliado maior hoje do paradigma da boa-fé!¹⁰

Ciente da vulnerabilidade do consumidor típico e em busca da garantia da confiança nas relações comerciais, a Assembleia das Nações Unidas, em 1985, através da Resolução nº 39/248, estabeleceu objetivos, princípios e normas, ao encargo dos governos, no desenvolvimento de políticas de proteção ao consumidor. Dentre os princípios gerais a serem tomados como padrões mínimos pelos governos, em seu anexo III, está o fornecimento ao consumidor das informações adequadas para capacitá-lo a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais.

A resolução da ONU confirma o direito à informação como um direito fundamental do consumidor, status afirmado em 1962, quando o presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, através mensagem especial enviada ao Congresso americano, institui o Dia Mundial dos Direitos Humanos (15 de março), definindo os quatro direitos fundamentais do consumidor (à segurança, à informação, a ser ouvido, à opção). Assim, surge um dever de esclarecimento para o fornecedor a respeito do bem alienado, incidindo sobre o vínculo obrigacional o princípio da boa-fé objetiva, pois

Neste sentido, lembre-se com Grisi,¹⁰⁵ que a conduta de boa-fé, nas tratativas contratuais (no caso do comércio eletrônico, as “mini”-tratativas), impõem um dever de cooperar e de

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 205.

colaborar com o parceiro contratual, para que este entenda o contrato que vai concluir e que expectativas são legítimas neste negócio.¹¹

No Brasil, o constituinte de 1988, insculpiu como direito fundamental o direito à informação, assegurando a todos o direito à informação.¹² Nas palavras de Fernanda Nunes Barbosa,¹³

Sob o aspecto constitucional, a proteção do consumidor relativamente à informação parece encontrar fundamento também no pleno exercício da cidadania, pois, na sociedade atual, massificada e globalizada, somente um indivíduo bem informado é capaz de exercer os diversos papéis que lhe são reservados na convivência social, entre os quais destacamos, neste estudo, o de consumidor.

Desta feita, e fazendo uma leitura talvez mais ampla, a proteção da pessoa humana em seu papel como consumidor traz insito um dever de informação qualificada ao fornecedor do bem e/ou do serviço.

2.2.2 O princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor

A Lei nº 8.078, de 11.9.1990, definiu como objetivos das relações de consumo o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a transparência e harmonia das relações de consumo, reconhecendo a vulnerabilidade

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 143.

¹² Art 5º, XIV, CRFB/88: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional

¹³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2009, p. 42-43.

do consumidor no mercado de consumo¹⁴. Trouxe, como um dos princípios dessa política, o princípio da informação.¹⁵

O princípio da informação, como já citado, delimita um dever de esclarecimento do fornecedor, dando a oportunidade de o consumidor conhecer e compreender as bases da proposta negocial. Se não lhe for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato, esse será ineficaz.¹⁶

Não satisfeito, o legislador ordinário, além de definir o informação como princípio, afirmara, como direito do consumidor, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços e a educação

¹⁴ CALDEIRA, Mirella D'Angelo e ALVARES, Juliana P. de Almeida. “*O dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e a inclusão social dos deficientes visuais*”, in Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 7, nº 2, 2007, www.fieo.br/edifio/, consultado em 20.01.2009, pg 132: “[...] Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé ganha espaço real e concreto, passando a ser norma posta e, a teor do disposto no artigo 1º da Lei nº 8.078/90, norma de observância obrigatória, cogente, visando a estabelecer um padrão de comportamento que torne a relação mais transparente, harmônica e, conseqüentemente, equilibrada.”

¹⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

¹⁶ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.¹⁷

A importância da informação transparece de forma mais límpida quando trata da publicidade nas relações de consumo, primeiro momento de contato entre fornecedor e consumidor, onde as informações veiculadas geram uma primeira onda de expectativas. Por essa razão, obriga-se o fornecedor às informações veiculadas, integrando o contrato que vier a ser celebrado, sendo enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, ou quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço, e abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.¹⁸

¹⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

¹⁸ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a

3 Conclusão

Não obstante, o sistema consumerista visa a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Esse equilíbrio exige uma parcialidade do sistema devido à vulnerabilidade do consumidor.

A fidelização do cliente, sonho de qualquer bom comerciante, tem por elemento principal a confiança, e essa, para ser conquistada, exige do fornecedor uma transparência na apresentação de seu produto e serviço, alcançada quando se permite a oportunidade de conhecimento e compreensão do consumidor do que irá adquirir na formação de suas justas expectativas.

4 Referências bibliográficas

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: RT, 2009.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo e ALVARES, Juliana P. de Almeida. "O dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e a inclusão social dos deficientes visuais", in Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 7, nº 2, 2007, <www.fieo.br/edifio>, consultado em 20.01.2009.

respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*, in < <http://jus2.uol.com.br>> doutrina. Acesso em: 30 set. 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed, ver., atual. e ampl., 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2. ed., Porto Alegre: Síntes, 2001.

Relação de consumo e modernidade: consequências dessa interação sobre os riscos ao meio ambiente¹

Agostinho Oli Koppe Pereira*
Henrique Mioranza Koppe Pereira**

Introdução

Com o presente capítulo pretende-se estabelecer discussões sobre as consequências advindas da interação entre as relações de consumo e o meio ambiente dentro da modernidade.

* Pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo Metamorfose Jurídica, Departamento de Direito Privado e Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, vinculada ao projeto de pesquisa “Direito, Energia e Meio Ambiente”.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Coordenador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica.

¹ Pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo Metamorfose Jurídica, Departamento de Direito Privado e Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, vinculada ao projeto de pesquisa “Direito, Energia e Meio Ambiente”.

Para tanto, se dividiu o capítulo em três itens: A modernidade e a configuração subjetiva do *homo consumator*; a relação de consumo e risco; e a relação de consumo e risco ao meio ambiente.

No primeiro, A modernidade e a configuração subjetiva do *homo consumator*, demonstra-se: como a modernidade se desenvolveu, seus pressupostos e ideais; a criação de uma sociedade hiperconsumidora que desloca seu escopo do ser para o ter; as consequências dessa interação e os problemas que advém de uma formação subjetiva heterônoma.

No segundo, a relação de consumo e risco, se demonstra quais os riscos possíveis e como eles se desenvolvem dentro de uma sociedade onde a relação de consumo é mais importante que o próprio ser humano.

O terceiro item deste capítulo é reservado para juntar relação de consumo, rico e meio ambiente. Nesse, são tratados os problemas que podem ser registrados devido ao consumo desenfreado criado pela modernidade. O meio ambiente como receptor do lixo gerado pelo consumo. Lixo esse que vai dos detritos industriais ao simples lixo doméstico e emissão de poluentes ligados à geração de energia necessária para alimentar a máquina da modernidade.

Espera-se que, com tal capítulo, possam ser abertos novos caminhos de discussão com vistas a melhoria do meio ambiente e conseqüente avanço na qualidade de vida do ser humano.

A modernidade e a configuração subjetiva do *homo consumator*

Consumir é um ato inerente a todos os seres vivos, que consomem, em maior ou menor grau, para a sua sobrevivência. Nessa seara, a necessidade de consumir independe de o indivíduo ser humano ou qualquer outro ser, animal ou ve-

getal. Assim, sem adentrar em grandes análises biológicas, o homem necessita de alimentos para aplacar a fome; água para saciar a sede; oxigênio para a respiração; roupas para se aquecer. No mesmo diapasão, os animais também necessitam de alimentos, água e ar, enquanto que os vegetais carecem de água, ar, e sais minerais.

Por outro lado, quando se analisa o contexto social em que o ser humano se viu envolvido desde o início da modernidade, ao lado da necessidade exposta no parágrafo anterior surge, com efetiva notoriedade, a ideia de desejo que, ao lado da necessidade, formam o elo necessário à evolução da relação de consumo dentro da sociedade consumerista, que se desenvolve a partir da desestruturação do Estado Medieval e criação do Estado Moderno.

Cria-se a modernidade dentro da ideia de possibilitar - por meio de conceitos concretos e desenvolvidos sob a ótica das certezas tecnológicas e científicas, além, certamente, da utilização da razão como forma de dominação da natureza - estabelecer uma sociedade capaz de proporcionar felicidade e satisfação a todos os cidadãos.

O termo modernidade, como hoje é entendido, remonta do Iluminismo. Era o momento pós-medieval que se estabelecia com bases bem consolidadas na razão. A modernidade traz ideias novas para a sociedade, buscando romper com as sociedades tradicionais, e retirando a ênfase no passado, característica deste tipo de sociedade, para se voltar para o futuro, para o novo. Configurou-se assim, dentre outras ideias: o dinamismo tecnológico; a forte vinculação com a razão; a ciência como elemento de exatidão e certeza; a liberdade vinculada à razão; o otimismo exagerado de bem-estar a todos; a busca de globalização.

Esse, então, novo modelo social, se caracteriza, ainda, pelas conquistas na tecnologia e nas ciências, e pelo seu envolvimento claro com a democracia. Em todos esses aspectos,

nota-se uma clara disposição para os elementos objetivos. Porém, faz-se necessário o estudo da subjetividade moderna, para que, assim, se possa visualizar o que permeia no pensamento da sociedade nesse determinado contexto histórico.

Habermas afirma que, para se falar da modernidade, deve-se estudar a arte moderna, pois essa representa os movimentos e os ideais dessa era. Sendo assim, a modernidade é caracterizada pela antecipação de um futuro indefinido cultuando o novo, que resulta na exaltação do presente. Rebelase contra toda a função normalizadora das tradições, contra as formas tidas como “normais” por uma moral predefinida. Apresentando, constantemente, uma dialética entre a autenticidade e o efêmero, traz a subjetividade do artista a partir do cotidiano da sociedade.

La cultura moderna ha penetrado los valores de la vida cotidiana; el mundo está infestado de modernismo. A causa de modernismo, son hegemónico el principio de auto realización ilimitada, la exigencia de una auto-experiencia e auténtica y el subjetivismo de una sensibilidad hiperestimulada.²

Na formação desse novo contexto, que busca não apenas uma integração social, mas uma socialização direcionada, utiliza-se a denominada racionalidade comunicativa, para difundir o descontentamento e o protesto nas esferas da ação comunicativa. Dessa forma, partindo de um movimento racional, passou-se a institucionalizar o discurso científico, as teorias morais, a jurisprudência, a produção e a crítica da arte.

Porém, o racional, embora difundido como imperativo do dever-ser, é utilizado como influência racional cognitivo-instrumental para submeter as estruturas da moral-prática e da estética-expressiva aos especialistas, afastando assim a cultura de um público mais amplo.

² HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990, p. 134.

Com a finalidade de criar uma ciência objetiva, uma moral universal, uma lei, e uma arte autônoma, reguladas por lógicas próprias, forma-se uma cultura especializada no “enriquecimento” da vida diária, organizando de forma racional o cotidiano social.³ Ou seja, é destruída qualquer possibilidade de subjetividade criada a partir do indivíduo, que se encontra cercado por essa subjetividade heterônoma moderna, que ordena como se deve ser, viver, pensar, consumir, desejar, sofrer, ansiar, odiar, amar, etc. Habermas se utiliza das ideias de Gehlen para dizer que:

As premissas do Iluminismo estão mortas, apenas se mantêm em vigor as suas consequências. Nesta perspectiva, dos impulsos de uma modernidade *cultural* que aparentemente se tornou obsoleta, destacou-se uma modernização *social* que progride de forma auto-suficiente; ela executa apenas as leis funcionais da economia e do Estado, da técnica e da ciência, as quais parecem ter-se conjugado num sistema imune às influências.⁴

A modernidade se apresenta concretizada sobre premissas que vão se cristalizando com o passar do tempo, não deixando que nada, que se encontre fora da razão científica, da técnica, da economia e do ideal de Estado moderno se desenvolva e prospere.

O capitalismo que ganha espaço reforça o contexto modernista. Guattari informa que a modernidade é dotada de uma subjetividade capitalista que preenche o indivíduo com um universo ilusório-cognitivo que objetiva um desenvolvimento material imediato antropocêntrico:

A subjetividade capitalística, tal como é engendrada por operadores de qualquer natureza ou tamanho, está manufaturada de modo a premunir a existência contra toda intrusão de acontecimentos suscetíveis de atrapalhar e perturbar a opinião. Para esse tipo de subjetividade, toda a singularidade deveria

³ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990, p. 138.

⁴ *Ibidem*, p. 15.

ser evitada, ou passar pelo crivo de aparelhos e quadros de referência estilizados. Assim, a subjetividade capitalística se esforça por gerar o mundo da infância, do amor, da arte, bem como tudo o que é da ordem da angústia, da loucura, da dor, da morte, do sentimento de estar perdido no cosmos... É a partir dos dados existenciais mais pessoais – diríamos mesmo infra-pessoais – que o CMI (Capitalismo Mundial Integrado) constitui seus agregados subjetivos maciços, agarrados à raça, à nação, ao corpo profissional, à competição esportiva, à virilidade dominadora, à *star* da mídia... Assegurando-se do poder sobre o máximo de ritornelos existenciais para controlá-los e neutralizá-los, a subjetividade capitalística se inebria, se anestesia a si mesma, num sentido coletivo de pseudo-eternidade.⁵

A Modernidade consegue construir uma subjetividade completamente heterônoma que elabora uma racionalidade cognitiva, moral e estética, que obriga o indivíduo a racionalizar como tal. Todo o contexto passa a ser indutivo e pré-determinado, deixando de existir a relação interior/exterior para existir apenas a relação exterior/interior.

Nesse contexto, as relações sociais que resultam em conflitos surgem de um embate entre o meio externo e o meio interno/exteriorizado, o qual é gerado a partir de um indivíduo que é moldado por essa subjetividade heterônoma, mas que não possui capacidade para agir de acordo com as expectativas. Por esses motivos, descaracteriza-se um conflito entre *sociedade versus indivíduo*, dando lugar ao embate de *sociedade versus consequências*.

Habermas faz uso das ideias de Hegel para falar sobre a subjetividade, cujos ideais modernos positivistas desejava suprimir, pois tal subjetividade não passa de um princípio de dominação que coloca o homem em posição de objeto, de forma auto-referente, ou seja, o oprimido se oprime por si mesmo. Nesse contexto:

⁵ GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Campinas: Papyrus. 2004, p. 34.

Hegel não vê a diferença entre o monge selvagem, que se encontra submetido a uma dominação cega, e o filho racional da modernidade, que só obedece ao seu dever, na diferença entre servidão e liberdade, mas apenas no fato de aquele ter o amor fora de si e este o amor dentro de si e ser, simultaneamente, o servo de si mesmo: para o particular, para as tendências, as inclinações, o amor patológico, a sensibilidade, ou lá como lhe chamam, [...].⁶

Não é que os ideólogos da modernidade deixassem de perceber que a subjetividade heterônoma impedia que se desenvolvesse a autonomia no ser humano. Muito pelo contrário, isso foi visto e desejado, por isso, difundiu-se um discurso positivo, racionalista, capitalista e liberal, amplamente subjetivo que possibilitou a dominação e a destruição da autonomia do indivíduo ocidental, exatamente da maneira como Hegel explanou: uma dominação heterônoma que é interiorizada pelo indivíduo, passando a ser escravo do sistema e oprimido por si mesmo.

A nova proposta escamoteia suas reais intenções e promete trazer à sociedade inúmeras vantagens, e assim o faz, todavia, apenas nos setores que é especializada (ciência, economia e razão prática). Sendo assim, a sociedade deixa de perceber demandas sociais, rejeitando, também, princípios éticos e morais tidos como uma heteronomia ultrapassada. Além disso, a sociedade moderna se desenvolve de maneira exponencial, necessitando cada vez mais de recursos físicos, humanos e financeiros para continuar sua reprodução, implantando sua subjetividade capitalista e destruindo possibilidades de pensamentos, culturas e subjetividades que não se enquadram em seus conceitos.

Iluminismo e manipulação, consciente e inconsciente, forças de produção e forças de destruição, auto-realização expressiva e des-sублиmização repressiva, efeitos que garantem a liberdade e efeitos supressores de liberdade, verdade e ideologia –

⁶ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990, p. 37.

agora todos estes momentos se confundem. Eles não estão, por assim, dizer ligados entre si de modo contrariado em conexões funcionais nefastas – cúmplices involuntários num processo contraditório que se arrasta ao longo dos conflitos contraentes. As diferenças e antagonismos estão agora de tal modo minados, mesmo desmoronados, que a crítica, na paisagem insípida e pálida de um mundo totalmente administrado, calculado, dominado, não pode mais construir contrastes, nuances e tonalidades ambivalentes.⁷

A modernidade consegue implantar seus ditames, de tal forma que toda a sociedade está submetida aos seus conceitos de desenvolvimento, de tal forma que até conceitos antagonicos perdem o sentido, ou são distorcidos de maneira que possam servir ao progresso moderno. O desmantelamento do antagonismo se dá a partir da sua utilização a um determinado propósito, que dará suporte ao desenvolvimento dos subsídios modernistas, deixando, assim, de ser um antagonismo para ser, apenas, um elemento constitutivo desse movimento. Percebe-se que a modernidade veio com o intuito emergente de progresso, lucro, poder, luxo, etc...

Indiscutivelmente, a modernidade tem, como principal objetivo, o progresso. Quanto mais a sociedade progride, mais se desenvolve a possibilidade e a capacidade de progredir. Essa característica moderna se apresenta como uma qualidade formidável, pois manterá a sociedade sempre em crescimento. Todavia, diante de uma construção subjetiva, voltada ao desenvolvimento do capital e da técnica, os progressos sociais deixam de ser priorizados.

O *fenômeno técnico* é resultado da *dupla intervenção* da *consciência* e da *razão* sobre o largo domínio da operação técnica:

⁷ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990, p. 311.

Esta intervenção faz passar para o domínio de idéias claras, voluntárias e racionais o que pertencia ao domínio experimental, inconsciente e espontâneo (Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1954, p17-18). A razão arranca os homens aos seus hábitos ancestrais fazendo nascer a convicção de uma melhoria sempre possível dos métodos de trabalho com vista a uma eficácia sempre maior. É então que intervém a concienzialização das vantagens que puderam ser tiradas de um domínio particular graças a uma técnica com mais desempenho. Esta produz, por sua vez, uma *extensão rápida e quase universal da técnica*. A dupla intervenção da razão e da consciência, que as resume, com efeito, na *procura melhor do meio em todos os domínios*, conduz a uma acumulação dos meios e no fim de contas ao surgimento de uma civilização técnica. Esta civilização é, portanto, a consequência daquilo que Ellul denomina de *o fenômeno técnico*, ou seja, a preocupação da imensa maioria dos homens do nosso tempo de procurar em todas as coisas o método absolutamente mais eficaz.⁸

Progresso pela técnica, confundindo ciência e técnica, forma o modelo de desenvolvimento produzido e reproduzido na era moderna, se apresenta como um bom modo de conduzir o desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade. Isso só passará a ser um problema a partir do momento em que o *fenômeno técnico*, engajado em uma subjetividade, constrói um homem que se limita a agir objetivando apenas a eficácia.

[...] com o *fenômeno técnico*, que o essencial não tem a ver tanto com a mudança das técnicas em si mesmas, que é apenas uma consequência, a transformação das relações da sociedade com as operações técnicas. Esta resulta no surgimento de um *a priori* de percepção que leva os homens a privilegiar a dimensão da eficácia, em detrimento de todas as outras, até mesmo a custo da destruição de todas as outras potencialidades humanas.⁹

A modernidade prima pela técnica e pela ciência. Desenvolver é a palavra de ordem. E esse desenvolvimento técnico

⁸ BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget. 1986, p. 80.

⁹ Idem, p. 8.

co, que leva ao progresso tecnológico, caracteriza-se como autônomo, ou seja, a produção de bens da sociedade moderna se realiza sem a necessidade de uma observação política. Bourg coloca a política como um sistema social que intervém em outros sistemas, para refletir as ações tomadas por esses, direcionando-as ao interesse do entorno social. Portanto, o bem estar social é pensado e desenvolvido dentro do sistema político. Dessa forma, a técnica deveria servir à política, representante da *práxis* social. Assim, a autonomia da técnica perante o sistema político irá negar o desenvolvimento social, a partir de uma observação sistêmica, gerando um progresso técnico e produtivo que não corresponde às expectativas e às necessidades sociais.¹⁰ Diante do exposto, percebe-se como a técnica autônoma se incorpora à subjetividade moderna.

Pode-se dizer que a humanidade regida por conceitos modernos, que retira a técnica de um patamar instrumental, passando a considerá-la uma forma de construção antropológica, traz uma percepção objetificante do mundo que a cerca, inclusive do próprio ser humano.

A percepção contemporânea do fenômeno técnico tem muito freqüentemente o tom de Heidegger. As suas categorias parecem impor-se quando é conveniente fazer o ponto da situação das relações propriamente técnicas da natureza. A implementação das técnicas de reprodução assistida, o estudo conjunto da constituição genética humana, a produção de seres humanos por encomenda que poderia, eventualmente, daí resultar, parecem, por exemplo, confirmar o desaparecimento da relação sujeito-objeto e a inscrição do homem em si mesmo no seio da natureza compreendida como *Bestand*, isto é, como reservatório de energia.¹¹

Os pensamentos modernos desvirtuaram a real finalidade do progresso técnico, pois, ao não apresentar um fundamento antropológico, a técnica é o *desvelar* da produção

¹⁰ BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget. 1986, p. 48-49.

¹¹ Idem, p. 56.

humana. Dessa forma, não se configurará o dualismo entre a natureza e a produção do homem, pois a primeira constitui a possibilidade de concretização da segunda: “as coisas naturais vêm delas mesmas e os produtos de arte requerem o serviço do artesão”¹². A partir desse raciocínio, a técnica é um instrumento de produção humana, que se utiliza para alcançar determinada finalidade. “Para construir um barco, por exemplo, ele baseia-se no efeito da revelação e reunião prévias do aspecto exterior e do material do barco assim como do *telos* da coisa acabada, do seu destino”.¹³ Portanto, os progressos científicos servem à espécie humana como um modo imperioso de desvelar, não produzindo meios para a revelação do Ser, pois a existência do ente é pressuposta anteriormente ao trabalho científico.¹⁴

Todavia, a sociedade moderna, regida por ciências cognitivas seccionadas, atribui ao progresso científico, e consequentemente ao econômico, a finalidade do ser humano. Isso é fruto da elevação mais íntima da subjetividade.¹⁵

A partir disso, pode-se questionar: a subjetividade objetificante interfere, ou até mesmo, impede a construção do Ser?

Quais terão sido os resultados da destruição da tradição cartesiana, de intenção radical inacabada no seu concreto? “A execução da questão da busca do Ser” e mais exatamente a sua expressão posterior em termos de diferença ontológica, parece estar acompanhada de uma quase ausência de toda a investigação nova do *ego* e finalmente de uma denegação do tecido das relações humanas. Em contrapartida do qual o Ser parece ter servido de disfarce a uma instância impessoal, estranhamente ridícula de trações que caracterizam geralmente a subjetividade.¹⁶

¹² Idem, p. 60.

¹³ BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget. 1986, p. 67.

¹⁴ Idem, p. 61.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem, p. 67.

A subjetividade, de fato, não impede a construção do Ser, mas influenciará diretamente a concepção de *Ser no mundo*. Isso quer dizer que o homem, mergulhado em uma determinada subjetividade, irá perceber o seu ente a partir do pensamento dessa, como afirma Bourq “A conseqüência desta subjetivação servil do Ser não é menos que um esvaziamento da humanidade do homem, de uma humanidade essencialmente racional.”¹⁷

Pelo que se pode ver, a modernidade apenas possibilitou a criação de uma crença subjetiva na possibilidade de uma felicidade que viria através da técnica; por isso, seu endeusamento, cujo dogma está na forma, independentemente do conteúdo.

Relação de consumo e risco

A modernidade, pelo que se vem notando até o presente momento, cria o progresso tecnológico e deposita nele toda a crença de felicidade humana. Rompendo com as sociedades tradicionais a modernidade quer esquecer o passado e voltar-se para o futuro. O novo é o que importa. A sociedade deve se preparar para o futuro, que na realidade nunca chega, porque, para a nova ordem, sempre há algo mais em frente que se revela como futuro.

As respostas da modernidade já não mais são dadas pela teologia ou pela divindade, mas sim pela ciência, pelo cientista que substitui a divindade. A certeza está, para a modernidade, na técnica e na ciência.

E, esse endeusamento tecnológico vem reforçado pela revolução industrial que produz cada vez mais produtos numa velocidade estonteante. Porém, produzir não basta. A produção sem o consumo é irrelevante e desnecessária. Para que o círculo seja completo são necessários consumidores – produ-

¹⁷ Idem, p. 69.

ção, consumo, produção -. Mas, consumidores somente não é o bastante para a nova ordem, o que se necessita, na realidade é de uma sociedade de consumo, uma sociedade consumerista – que exerça o ato de consumir desregradadamente, sem pensar em qualquer outra consequência que não seja o mero ato de consumir-.

Dentro desse contexto troca-se a ideia do “penso, logo existo” para, “consumo, logo existo”. A felicidade está em comprar e consumir. E, nesse nível de discussão, a modernidade promete a felicidade para todos.

Por outro lado, ao se criar uma sociedade que se revela como de produção em massa e de consumo em massa, não consegue fugir dos riscos que vão advir com ela.

No que se refere à produção em massa é claro, e até lógico, que a rapidez induz, indiscutivelmente, ao erro, ao defeito, ao vício nos produtos. A rapidez, no afã do lucro que se impõe numa sociedade que além de ser de produção e consumo em massa é, também, capitalista, leva a baixa na qualidade das pesquisas.

Os produtos saem das linhas de produção com defeitos de concepção e com defeitos de fabricação. As informações prestadas aos consumidores sobre manuseio e utilização dos produtos são insuficientes. As publicidades são em média, quando vinculadas na mídia escrita, nove por cento enganosas; quando vinculadas pela televisão e rádio, esta percentagem sobe para trinta por cento.

Além disso, os fornecedores solidificados pelo poder econômico e pela organização impõem seus ditames aos consumidores que, fragilizados por não deterem nem o poder econômico, nem a técnica e nem a organização ficam à mercê da vontade e dos interesses dos fornecedores.

Todo o aparato, configurado no que se refere à produção e ao fornecer, aliado a uma ideia de felicidade baseada no consumo dentro de uma subjetividade heterônoma onde o consu-

mir parece ser uma decisão única e exclusiva do consumidor traz a aquisição pela aquisição; o consumo pelo consumo.

O consumidor acredita na técnica e se imagina como o escopo da sociedade moderna. Ser crédulo parece ser uma qualidade inerente ao homem. Antes, nas sociedades tradicionais ele acreditava na divindade para conseguir a felicidade; na sociedade moderna ele acredita na técnica, na ciência. No mínimo, ele deixa a divindade para a felicidade celestial e se agarra na ciência para a felicidade terrena.

Nessa credulidade, científica o ser humano vê em cada produto lançado no mercado mais uma luz que, seguramente, lhe trará a felicidade prometida. Hoje as lojas e supermercados não vendem mais produtos, vendem felicidade.

Nessa seara, o consumidor não vê os riscos que estão escondidos em cada produto. Os produtos, *in natura*, passaram de serem produzidos de forma natural, para produzidos com auxílio de agrotóxicos e/ou modificados geneticamente modificados – transgênicos –; os produtos industrializados são misturados a químicos que tem por finalidade, entre outras: aumentar o tempo de espera pelo consumo sem se deteriorar; dar cor mais atrativa; sabor melhorado; consistência e beleza. No rol destes químicos se encontram, entre muitos outros, os conservantes; edulcorantes artificiais; xaropes; aromatizantes; corantes artificiais; umectantes. Além destes, ainda se encontram os substitutos do açúcar como: aspartame; sacarina sódica; e sucralose.

Sabidamente esses produtos artificiais, que são adicionados aos alimentos, trazem riscos à saúde do consumidor. A sua liberação está atrelada a pouca quantidade que é adicionada em cada produto. Porém, nunca se saberá qual a quantidade geral que é consumida, por um consumidor, diariamente, quando se imagina a soma de agrotóxicos ingerida mais os conservantes, edulcorantes artificiais, xaropes, aromatizantes, corantes artificiais e umectantes.

Indo além dos alimentos pode-se abordar os riscos a que os consumidores são submetidos quando se trata de medicamentos que foram mal pesquisados ou pouco pesquisados. Em todos os países são tirados, seguidamente, medicamentos do mercado porque produzem mais danos ao consumidor do que são benéficos. Aqui se pode falar da talidomida, do mercúrio, do merthiolate, do vióx, prexige 400mg, arcoxia 120mg. e tantos outros.

Na área dos produtos não comestíveis o mercado está repleto de produtos que não atendem às especificações de segurança. São brinquedos que são fabricados com tintas tóxicas ou soltam peças; cosméticos que provocam alergias ao consumidor; aparelhos eletrodomésticos que, por defeito de fabricação provocam danos físicos ao consumidor.

Na realidade, nenhum produto colocado no mercado é seguro. Tanto isto é verdade que o Código de Proteção e defesa do consumidor brasileiro, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, dispõe em seu artigo 8º que:

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Assim, riscos existem que são normais e previsíveis, até mesmo devido à natureza e fruição do produto ou serviço, e que devem merecer a atenção do fornecedor no que se refere às informações e, por outro lado, os demais produtos e serviços que provocam riscos ao consumidor fora dos normais e previsíveis não devem estar no mercado de consumo.

A sociedade moderna orgulha-se da técnica e da rapidez, porém não pode se orgulhar do aumento desmedido de riscos que criou ao ser humano enquanto consumidor. É claro que a sociedade moderna criou novas possibilidades de alimentação, vestuário, lazer, transporte e medicina. Aos que conseguiram

ser incluídos nas benesses da modernidade houve um aumento na qualidade de vida e até na expectativa de vida, embora na longevidade nada tenha mudado. No que se refere a expectativa de vida passou-se de 35 anos na Idade Média para acima de 70 anos em alguns países do dito primeiro mundo. Por outro lado, a modernidade é a primeira era da humanidade capaz de, literalmente, destruir, totalmente, a espécie humana. Este é o paradoxo a ser enfrentado na pós-modernidade, tanto por sociólogos e jurista, quanto pelos cientistas de uma forma geral.

Relação de consumo e risco ao meio ambiente

Nesse momento pós-industrial, em que a produção em massa está em seu auge, ameaças e danos criaram-se a partir dos progressos industriais no século XX e que desencadeiam consequências de maneira velada e imperceptível aos sentidos humanos. E, nesse contexto, os riscos para o ambiente aqui proposto se enquadram perfeitamente. Na era industrial surge o que Gilles Lipovetsky chama de *Sociedade da Abundância*¹⁸, pois ela aumenta vertiginosamente a produção e o acesso da população ao consumo. Todavia, nessa fase passa-se a ter uma perspectiva de produção quantitativa regida pela *lógica da quantidade*¹⁹ o que impõe a desvalorização dos aspectos qualitativos dos produtos, que influenciará diretamente na produção de riscos a que a sociedade e o ambiente serão submetidos em seu cotidiano.

A partir da compreensão de sociedade de risco, possibilitar-se-á a percepção dos pensamentos que preponderam na mente do homem ocidental moderno, influenciando a conduta

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 34.

¹⁹ Idem, p. 33.

e as normas no que se refere à colocação dos produtos na sociedade.

A sociedade de risco refere-se ao segundo momento da modernidade. Um momento pós-industrial, que inicia a “modernização reflexiva”, quando se levanta a *autoconfrontação* da reflexão social. Mas, essa transição se dá de “forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização”.²⁰ A sociedade moderna industrial impôs um processo de modernização autônoma, que prioriza o progresso prático, científico e produtivo, aos pensamentos das pessoas e instituições, crescendo continuamente de maneira cega e surda a seus próprios efeitos colaterais e às suas ameaças. Paralelas a esse progresso contínuo, geraram-se consequências que vêm ameaçar o ser humano e o ambiente em que habita. A partir desses reflexos nocivos, criados pela sociedade industrial, desencadeiam-se novos questionamentos, que vêm destruir bases da sociedade industrial, montando um novo momento de sociedade de risco.

Com as características da sociedade de risco e, mais especificamente, com um novo conceito de risco que fez com que ele mesmo, o risco, se tornasse invisível à sociedade, ou seja, não se pode percebê-lo no cotidiano sem um conhecimento prévio, dissemina-se pelo globo terrestre um potencial destruidor silencioso e quase imperceptível.

Essa nova ideia de risco não respeita fronteiras ou classes sociais (ou seja, são globais) e, ao mesmo tempo, não se pode prever, com precisão, a incidência de um dano decorrente de um risco anterior, apenas se pode elaborar estimativas. Dessa forma, a conduta do indivíduo não tem mais tanta influência quanto às possibilidades de perigo às quais ele pode se expor, pois o risco de um aquecimento global, desastre ambiental,

²⁰ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Org.). *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp. 1995. p. 16.

entre outros, não depende da vontade ou da atitude de indivíduos, mas, sim, de uma série de fatores que constituem o contexto atual como um todo.

Ulrich Beck afirma que os perigos antigamente atacavam os olhos e o nariz, ou seja, eram perceptíveis mediante os sentidos, enquanto que os riscos civilizatórios de hoje se subtraem da percepção e residem na esfera das fórmulas químico-físicas (por exemplo, os elementos tóxicos nos alimentos, as ameaças nucleares, a poluição das águas e do ar).²¹ Nesse contexto é de se notar que os riscos da sociedade moderna não se limitam a catástrofes terríveis e sensacionalistas, eles, principalmente, se encontram atrelados ao cotidiano da sociedade.

De una manera diferente a las noticias sobre la merma de los ingresos y cuestiones parecidas, las noticias sobre los contenidos de veneno en alimentos y objetos de uso diario producen una *doble conmoción*: a la amenaza misma se agrega la *pérdida de la soberanía* sobre la valoración de los peligros, a los que una esta directamente sujeto. Toda la burocracia del conocimiento se abre con sus largos pasillos sus bancos de espera, con sus incompetentes, semincompetentes e incomprensibles indolencias y poses. Existen entradas principales, entradas laterales, salidas secretas, pronósticos y (contra)informaciones: de cómo se llega al conocimiento, de cómo debería hacerse para llegar a él. Sin embargo, en realidad, el conocimiento es mezclado ‘confusamente, enderezado, invertido hacia fuera y hacia dentro y, al final, es presentado de una manera limpia para que no diga lo que realmente quiere decir y significando lo que uno debería guardarse más bien para sí. Todo esto no sería tan dramático y podría ignorarse fácilmente si no se tratase precisamente de peligros reales a flor de piel.²²

Todavía, não é fácil ter uma perspectiva clara sobre os riscos que realmente cercam o indivíduo moderno. O conhecimento mantém-se inacessível ao indivíduo comum. Esse distanciamento não se dá a partir da dificuldade de acessá-lo

²¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madrid: Paidós, 1998. p. 33.

²² Idem, p. 76.

como era antigamente. Hoje, os meios de comunicação facilitam o acesso à informação, porém essa se mostra confusa, complexa e controversa, e não possibilita respostas a questionamentos. Assim, aqueles que não se interessarem e não se engajarem com veemência sobre esses assuntos passarão por não perceber uma montanha de argumentos confusos, que serve para nublar a presença de riscos no cotidiano e para que não afete a vida dos indivíduos na sociedade moderna.

A sociedade industrial não distorce as informações sobre os riscos por pura e simples perversidade, há motivos para que isso seja feito. O mercado do risco supera qualquer outro tipo de mercado por ser retroalimentável e nunca esgotar seus consumidores.

El sistema industrial *saca provecho* de las irregularidades que produce y no lo hace de todo o mal. [...]El hambre puede mitigarse, las necesidades pueden satisfacerse; en cambio, los riegos son un “pozo de necesidades sin fondo” que no se puede cegarse, infinito.²³

Para se compreender melhor essa ideia, pode-se dizer que se criam produtos ou serviços que geram risco e, ao mesmo tempo, surgem outros produtos ou serviços que têm o objetivo de sanar esses riscos, como, por exemplo: criam-se produtos que desencadeiam obesidade e, em contraposição, surgem produtos dietéticos; produtos que produzem cáries e produtos que previnem cáries; produtos que desencadeiam determinadas doenças e medicamentos que estimula a indústria farmacêutica; produtos que poluem os rios e produtos que servem para despoluí-los. Ou seja, a produção de riscos está diretamente ligada a interesses atrelados à economia, à política e à técnica, influenciando os interesses sociais. Isso induz a racionalidade científica, distorcendo as pesquisas e os resultados “matemáticos”, como afirma Ulrich Beck:

²³ Idem, p. 78.

La pretensión de racionalidad de las ciencias de averiguar *objetivamente* el contenido de riesgo del riesgo se debilita a sí misma permanentemente: por una parte, reposa en un *castillo de naipes de suposiciones especulativas* y se mueve exclusivamente en el marco de unas *afirmaciones de probabilidad* cuyas prognosis de seguridad *stricto sensu* ni siquiera pueden ser refutadas por accidentes *reales*. Por otra parte, hay que haber adoptado una posición *axiológica* para poder hablar con sentido de los riesgos. Las constataciones del riesgo se *basan* en *posibilidades* matemáticas e intereses sociales incluso y precisamente allí donde se prestan con certeza técnica. Al ocuparse de los riesgos civilizatorios, las ciencias ya han abandonado su fundamento en la lógica experimental u han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la técnica, o más exactamente: viven con estas sin haber formalizado el matrimonio.²⁴

O primeiro passo, para se compreender e lidar com os problemas causados pelos riscos da sociedade de risco é perceber e acreditar na existência deles: A partir desse reconhecimento, pode-se iniciar qualquer trabalho para reduzir os riscos; os indivíduos passam a perceber a existência do risco em seu cotidiano, mesmo que ele seja invisível, pois o conhecimento e a confiança na ciência fazem com que o risco se desvele.

A sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que as ameaças produzidas pela sociedade industrial tomam proporções que não podem mais ser desconsideradas, como eram anteriormente. Levanta-se a questão da auto-limitação dos desenvolvimentos no modelo de sociedade industrial, assim como novas determinações dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências dos danos. Todavia, esperar por essa auto-limitação dos movimentos da sociedade industrial é, no mínimo, inútil, pois a autonomia industrial parte do pressuposto que os desenvolvimentos se estabelecem sem

²⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madrid: Paidós, 1998. p. 43.

a necessidade de uma observação do entorno social em que se situam, necessitando, apenas, alimentar os movimentos econômicos que sustentam e possibilitam essa autonomia.

Neste novo contexto de ameaças e de grandes transformações, é desencadeado um conflito antropológico que vem fazer ruir a antiga relação de dependência entre as formas civilizadas de vida e a natureza, que secciona e reduz a existência desta última a apenas servir o homem. Atualmente essa forma de relação obsoleta “Homem X Natureza” passou a apresentar ameaças e possibilidades desastrosas, que vieram se construindo e se consolidando ao longo dos anos. Assim, esvaziaram-se os conceitos tradicionais de *vida própria*, de nacionalidade, de espaço e tempo, decorrente do imenso potencial de transformação e de destruição presentes na sociedade moderna, e que hoje possuem um nível global. Ulrich Beck ilustra esse quadro falando sobre o acidente em Chernobyl, que demonstrou que os riscos aos qual a sociedade moderna está submetida têm um potencial destrutivo imensurável e alarmante. Portanto, podem-se dizer, diante dessa demonstração, que os conceitos tradicionais de percepção de mundo e de riscos se tornaram obsoletos.²⁵

Pode-se falar de inúmeros exemplos que apresentam características semelhantes ao caso de Chernobyl, como o desgaste da camada de ozônio, o efeito estufa, a poluição em geral e os problemas que se alastram a partir de produtos fabricados, massivamente e de maneira indevida. Todas essas novas ameaças compartilham algumas características: põe em risco a vida; são consequências do industrialismo descuidado; têm dimensões globais; seus efeitos não podem ser mensurados nem previstos e não são perceptíveis aos sentidos.

Frente a todos os riscos e danos sofridos nos tempos pré-modernos, a modernidade se propôs a solucionar ou diminuir esses riscos, a partir do funcionamento dos sistemas abstratos

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madrid: Paidós, 1998. p. 12.

modernos. Assim, houve uma grande redução nas ameaças à vida do indivíduo e uma expansão da segurança nas atividades cotidianas. Nesse âmbito, pode ser citada a produção em massa, que supre as necessidades básicas; os progressos científicos; os desenvolvimentos medicinais; os transportes mais eficientes; as novas fontes de energias, e assim por diante. Em contrapartida, esses sistemas vêm gerar novas situações e novos riscos com seus desempenhos, como o efeito estufa, economias instáveis, alimentos com aditivos tóxicos, dentre outros. E esses novos riscos não possuem um remédio imediato e a sociedade não pode abdicar dos sistemas que geram os riscos, pois se mostra dependente deles.

Dessa maneira, há a institucionalização do risco, criando sistemas especializados em lidar com ele. Assim, os sistemas abstratos retroalimentam-se: um cria o risco que o outro elimina. Isso faz com que o risco seja uma presença constante, passando, a afetar praticamente todos os indivíduos.²⁶

É muito importante se ter consciência do risco, pois negá-lo, a partir de pontos de vista ideológicos, seria cinismo, e estudá-lo sem cautela, perigoso.²⁷ Já se sabe que a presença do risco, intrínseca e extrinsecamente, é constante e dá sustentabilidade à sociedade moderna. Aceitar passivamente essa situação, entretanto, é consolidar os sistemas paliativos, como se fossem naturais e como se não houvesse outra maneira de se proceder.

A vida dos indivíduos está conectada aos movimentos dos sistemas sociais, assim como seus desejos, anseios, suas frustrações, etc. Portanto, não se pode banalizar o risco, pois isso seria banalizar o próprio indivíduo. Anthony Giddens coloca que “esses riscos fazem parte do lado escuro da modernidade, e eles, ou fatores de riscos comparáveis, estarão presentes enquanto perdurar a modernidade”; faz-se assim necessária

²⁶ Idem, p. 112.

²⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madrid: Paidós, 1998. p. 16.

uma constante *reflexividade*²⁸ que trabalhe, elimine, recepcione e preveja os riscos produzidos.

O caminhar dinâmico da modernidade gera constantemente essas irritações em todo o entorno social, e isso implica a necessidade de uma estrutura organizacional que controle essas movimentações dentro de um tempo e espaço indeterminados. Todavia, esse controle não pode agir como amarras à modernidade, mas como um condutor e observador de como e que passos devem ser dados para se evitar ao máximo a produção de novos riscos e ameaças, e, ao mesmo tempo, elabore soluções para os que já se encontram presentes.

Por outro lado, agravam-se as situações de risco quando se nota que os investidores anônimos de empresas não se sentem obrigados a nada além de seus interesses meramente econômicos. Observa-se aqui uma mobilidade decisória que se volta à preservação do capital e dos interesses econômicos dos sócios ao invés de se investir em elementos que propiciam uma redução nos riscos que abalam a sociedade e o meio ambiente. Nesse sentido afirma Zygmunt Buman:

A mobilidade adquirida por “pessoas que investem” significa uma nova desconexão do poder face a obrigações, com efeito, uma desconexão sem precedentes na sua radical incondicionalidade: obrigação com os empregados, mas também com os jovens e fracos, com as gerações futuras e com a auto-reprodução das condições gerais da vida; em suma, liberdade face ao dever de contribuir para a vida cotidiana e perpetuação da comunidade.²⁹

O capital domina o crescimento e os progressos sociais na modernidade. Os investidores irão aplicar de acordo com seus interesses, retirando os potenciais de escolha do restante da comunidade.

²⁸ Reflexividade aponta a idéia de buscar os reflexos, ou seja, as conseqüências que cada ato ou evento pode resultar.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar. 1998. p. 16.

[...]os empregados, os fornecedores e os porta-vozes da comunidade não têm voz nas decisões que os investidores podem tomar; e que os verdadeiros tomadores de decisão, as “pessoas que investem”, tem o direito de descartar, de declarar irrelevante ou inválido qualquer postulado que os demais possam fazer sobre a maneira como elas dirigem a companhia.³⁰

O poder dos investidores cresceu a partir de ideias como aquelas movidas por Margareth Thatcher contra o autogoverno local, das quais levantaram a mensagem:

de que as companhias pagariam alegremente os impostos locais para financiar a construção de estradas ou os reparos na rede de esgotos de que necessitavam, mas que não viam razão de pagar pela manutenção de desempregados, inválidos e outros refugos humanos locais, por cuja sina não se sentiam responsáveis nem assumiam qualquer obrigação.³¹

Por esse mesmo caminho pode-se atrelar o meio ambiente, vez que as decisões tomadas por esses mesmos investidores em nada, ou quase nada se refletem em benefícios ao sistema ambiental. Essa postura consolida a importância dos sistemas abstratos e especializados na sociedade, que controlarão as diretrizes de organização e desenvolvimentos. Mantém-se em mente a afirmação de Anthony Giddens de que “a modernidade é uma cultura do risco”,³² pois essa é a realidade em que a sociedade atual está mergulhada.

A modernidade reduz o risco geral de certas áreas e modos de vida, mas, ao mesmo tempo, introduz novos parâmetros de risco, pouco conhecidos ou inteiramente desconhecidos em épocas anteriores. Esses parâmetros incluem riscos de alta consequência, derivados do caráter globalizado dos sistemas sociais da modernidade. O mundo moderno tardio — o mundo do que chamo de alta modernidade — é apocalíptico, não porque se dirija inevitavelmente à calamidade, mas porque introduz riscos que gerações anteriores não tiveram que enfrentar. Por

³⁰ Idem, p. 13.

³¹ Idem, p. 14.

³² GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 11.

mais que tenha havido progresso na negociação internacional e no controle de armas, uma vez que continua a existir armas nucleares, ou mesmo o conhecimento necessário para construí-las, e uma vez que a ciência e a tecnologia continuem a se envolver com a criação de novos armamentos, o risco da guerra maciçamente destrutiva permanecerá. Agora que a natureza, como fenômeno externo à vida social, chegou em certo sentido a um “fim” — como resultado de sua dominação por seres humanos —, o risco de uma catástrofe ecológica constitui parte inevitável do horizonte de nossa vida cotidiana.³³

Outra característica que vem contribuir com o dinamismo moderno é o que Anthony Giddens chama de *reflexividade*, que irá manter uma constante revisão das atividades sociais, científicas e das relações com o mundo natural, a partir de um novo conhecimento ou de informação. Dessa forma, a reflexividade da modernidade destruirá as certezas do conhecimento, que poderão mudar a qualquer momento diante de uma nova descoberta ou desenvolvimento³⁴.

A reflexividade é um elemento que contribui fundamentalmente para a instabilidade e para o dinamismo moderno. É exatamente a partir dela que podem ser construídos novos modos de lidar com os riscos e as ameaças que assolam a sociedade no século XXI. Uma constante observação e o estudo das alterações no entorno social e de suas consequências possibilitarão um sistema de controle de ameaças e riscos de maneira eficiente.

É necessário salientar que essa reflexão não é proposta como uma forma de controle de riscos. Esta possui como função principal manter a sociedade consciente, a partir da representação de seus líderes, especialistas e estudiosos, das mudanças tecnológicas, científicas e sociais e de suas implicações com o entorno social. Isso possibilita, assim, uma melhor assimilação dos desenvolvimentos e uma maior eficiên-

³³ Idem. p. 11-12.

³⁴ Idem, p. 26.

cia contra eventuais problemas que essas alterações possam desencadear.

A reflexividade é um fator importante na constituição de uma ética prática, pois é a partir dela que se constituirão formas de conduta e pensamento que permearão a sociedade em questão. Portanto, não há como escapar das instituições da modernidade, assim como dos riscos que são gerados por elas; porém, pode-se reduzi-los e trabalhá-los.

Considerações finais.

Pretendeu-se e espera-se ter conseguido demonstrar o inter-relacionamento que existe entre a relação de consumo, a modernidade, o risco e o meio ambiente.

A modernidade enquanto movimento social, estilo de vida implantado após a Idade média, fez florescer a sociedade moderna, a sociedade industrial e a sociedade de consumo, essas vistas nas peculiaridades de suas referências.

A modernidade se fez atrelada à ciência e à técnica, com ênfase na prática industrial e se desenvolveu através do consumo, elemento fundamental para o escoamento da produção.

O passado, na modernidade, não é mais tido como fundamento de todos os atos. O futuro, o novo, a mudança é que embala os sonhos modernos. Fazer o novo, mudar, encarar o desconhecido, criar a possibilidade de ser feliz ainda na terra, sem aguardar a felicidade celestial.

A nova configuração estabelece, porém a felicidade ligada ao consumo. A existência do indivíduo passa a se resumir ao consumo. A máxima, “penso logo existo” foi substituída pela máxima “consumo logo existo”.

Com esse novo desenho, foi inevitável o aumento do risco tanto ao ser humano, quanto ao meio ambiente. São problemas de saúde ao ser humano advindos dos produtos: fabrica-

dos em grande escala industrial sem um controle mais apurado; que possuem em suas composições componentes químicos que, na realidade, não são alimentos; defeituosos que todos os dias são colocados no mercado; que chegam ao consumidor sem as informações adequadas para sua utilização; que vêm junto com publicidades enganosas que distorcem a visão dos consumidores sobre os benefícios do produto.

Por outro lado, o meio ambiente também recebe os reflexos negativos desta corrida consumista que se desenvolve na modernidade: A produção em grande escala gera resíduos em grande escala que vão para o meio ambiente numa degradação constante; o consumo desvairado coloca no lixo noventa por cento dos produtos adquiridos em até seis meses após sua aquisição; a troca incessante de produtos que ainda possuem condições de serem utilizados, por novos, gera um acúmulo desnecessário de lixo que vai parar no meio ambiente; o consumo de energia gasta para a produção em massa dos produtos e, também, o seu transporte, devasta o meio ambiente, através da construção de usinas termoelétricas, nucleares e hidroelétricas, e do consumo de combustíveis fósseis que poluem o ar e destroem a cama de ozônio.

A lista de malefícios gerados por uma sociedade de consumo, que vem se caracterizando como hiperconsumista e que consome mais pelo desejo de consumir do que pela necessidade é interminável. No entanto, espera-se que se possa ter demonstrado, no presente capítulo, a preocupação que se tem com os aspectos criados pela modernidade e que envolvem a relação de consumo e o meio ambiente.

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1998.

BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Orgs.). *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp. 1995.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Orgs.). *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp. 1995.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Madrid: Paidós, 1998.

BOURG, Dominique. *O homem artifício: o sentido da técnica*. Lisboa: Instituto Piaget.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix. 1996.

FERNANDES, José de Sousa. *Bioética, Biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia*. Del Rey: Belo Horizonte 2002.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Campinas: Papirus. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Modernidad: un proyecto incompleto*. Org. CASULLO, Nicolás. *El debate modernidad/ posmodernidad*. Madrid: Ed. El cielo por asalto. 1967.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Don Quixote. 1990.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril. 1983.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

A autonomia municipal na instituição de códigos municipais de defesa do consumidor

Giovani Corralo*

Introdução

O presente trabalho tem por escopo discorrer sobre a autonomia municipal para a instituição de códigos de defesa do consumidor, levando-se em conta a repartição de competências consignadas na Constituição Federal.

Para alcançar o desiderato deste trabalho é preciso perpassar o modelo de Federação adotado no Brasil e o plexo de autonomias deferido às municipalidades, para então se alcançar a compreensão dos direitos do consumidor e a viabilidade da instituição de códigos municipais.

* Giovani Corralo é advogado, professor e coordenador da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, especialista em Direito Municipal pela UFRGS, mestre e doutor em Direito do Estado pela UFPR, autor de diversos livros e artigos jurídicos. Coordenou, em 2008, o grupo de estudos de professores da UPF e procuradores do Município que construiu o Código Municipal de Defesa do Consumidor de Passo Fundo – RS, substanciado na LC 222/09.

A importância desta problemática exsurge pela aprovação, no município de Passo Fundo, do Código Municipal de Defesa do Consumidor, através da lei complementar 222/09, em vigor desde o dia 16 de janeiro de 2009, com importantes efeitos no mundo jurídico.

A Federação brasileira

A constituição de modelos federativos tem sido uma constante em toda a evolução histórica da humanidade, uma vez que a crescente complexidade da realidade que o homem tem a sua volta conduz à construção de modelos organizacionais que possam reluzi-la, permitindo o seu melhor manejo.

Nessa perspectiva é que se compreende o federalismo como um conjunto de princípios e valores que buscam a diversidade na unidade, seja na espacialidade privada, seja na espacialidade estatal.¹ Na perspectiva pública-estatal é possível observar os primeiros experimentos federalistas na Antiguidade, séc. XIII a.c, com os judeus e as Tribos de Israel (similar às federações); no séc. V a.c. com os gregos e as Ligas entre as cidades-estados (próximas às confederações); nos primórdios da era cristã com o Império Romano; as ligas de cidades-estados feudais nos séc. XII e XVII, dentre outros exemplos históricos.

Cada período histórico forjou modelos federativos possibilitadores de uma melhor atuação estatal, com a otimização dos recursos disponíveis em razão de um fim comum, resguardando-se a autonomia dos entes pactuantes. Entretanto, nenhuma experiência histórica concretizaria, primeiramente, de forma tão intensa, esse ideal federalista como o modelo norte-americano, forjado no séc. XVIII, constituindo-se no primeiro estado federal moderno.

¹ As palavras federalismo e federação possuem a sua etimologia na palavra latina *foedus*, que significa acordo, pacto, contrato.

Após a Revolução Americana de 1776 organizou-se um modelo confederativo, formado pelas colônias recém independentes, cujo marco regulatório estava expresso nos *Artigos de Confederação*. Esse arranjo, porém, não foi suficiente para dar conta dos problemas internos e externos dos Estados partícipes, razão pela qual, em 1787, foi realizada a Convenção da Filadélfia a fim de revisá-lo.² O resultado foi a proposta de uma Constituição para esta nova forma de disposição do poder estatal, que foi validada pelos Estados em 1788, com efeitos a partir de 1789:

Durante noventa dias, os delegados dos Estados discutiram todos os problemas de interesse comum, sob a liderança de homens notáveis tais como Benjamin Franklin, James Madison, James Wilson, Governador Morris, Alexander Hamilton; todos sob a presidência de George Washington. Enfrentadas as divergências internas, estes delegados resolveram executar, através de uma Constituição escrita, o ousado e inventivo projeto de governo federal que, á época, nenhuma outra Nação houvera implantado.³

Pierre Joseph Proudhon, grande estudioso do federalismo no séc. XIX, com muita propriedade o concebia como um princípio informador e organizador da sociedade, abrangendo tanto o sistema político quanto a dimensão social e econômica. Diante da inabdicável dialética entre a autoridade e a liberdade em todas as ordens sociais, o filósofo francês compreendia no federalismo o caminho para a pactuação de liberdades cada vez maiores para o cidadão e os entes locais, em contraposição a qualquer forma de centralismo.⁴

² Sobre a situação da incipiente Confederação de 1777, Sofia Ventura, *Il Federalismo: Il potere diviso tra centro e periferia*, 2002, p. 41: “O débil poder da nova Confederação passou a conviver com uma situação de elevada conflituosidade com os Estados, alimentado principalmente da rivalidade comercial e das divergências nas terras do oeste, e com uma difícil situação internacional: a Inglaterra estava presente no Canadá, a Espanha controlava o estuário do Mississipi e por conseqüência o comércio do Sul.” (TN).

³ Augusto Zimmermann, 1999, p. 245.

⁴ Pierre Proudhon, *Do Princípio Federativo*, 2001.

Aliás, sob alguns dos arranjos federativos atualmente se encontram 2/3 da população mundial: federações, arranjos federais, confederações, arranjos federais assimétricos, ligas e federalismo foral.⁵ Isso demonstra a importância do federalismo na contemporaneidade, constituindo-se numa ideia conformadora de grande parte das ordens estatais vigentes.

Nesse diapasão é importante especificar que o federalismo, enquanto um corpo de ideias articuladas, pode ser concebido principiologicamente e valorativamente. Tais princípios se entrelaçam na concretização da “unidade na diversidade”, com maior ou menor intensidade, dependendo da forma federativa.

O federalismo concatena importantes princípios que lhe dão substância, sem os quais há o desnaturamento das suas formas, especialmente a forma federal (federações). Eis seus princípios informadores: Estado democrático de direito, república, não-centralização, subsidiariedade, liberdade e pluralismo.⁶

⁵ Daniel Elazar, *Constitutionalizing Globalization: the postmodern revival of confederal arrangements*, 1998, p. 51.

⁶ O Estado democrático de Direito inicialmente fora concebido enquanto um Estado liberal, sob o império da lei, da repartição das funções estatais e com um elenco de direitos e garantias individuais. O viés democrático agrega-se como um imprescindível elemento deste princípio. A república, por sua vez, caracteriza-se pela derivação do poder do povo, rotatividade e controle dos mandatos, inexistência de quaisquer privilégios e por um plexo de liberdades políticas e civis. O princípio da não-centralização ou policentrismo, por sua vez, antagonizam-se com o centralismo, centralização, hierarquia e uniformidade, uma vez que se assentam na autonomia conferida aos entes pactuantes, sobre a qual inexistem quaisquer relações de controle. A subsidiariedade conduz ao empoderamento das instituições locais e dos indivíduos em relação aos agrupamentos superiores. A subsidiariedade e a não-centralização conduzem ao princípio da liberdade, identificada com a autonomia ou autodeterminação, elementos essenciais a qualquer ente federativo. O pluralismo, por sua vez, se consubstancia no surgimento de manifestações sociais espontâneas, o que é resguardado pelo federalismo. Aliás, as diversas instâncias governamentais, nos mais diversos poderes estatais, demonstram o pluralismo perseguido com as federações, exemplificativamente.

As federações concretizam, em grau máximo, os princípios supra mencionados. É a forma mais acabada e “perfeita” dentre os arranjos federativos de efetivação do federalismo. Enquanto este é a conjugação de valores e princípios que buscam a unidade na diversidade, a federação é o resultado da sua efetividade, da sua concretização em grau máximo. Enquanto o federalismo é um substrato doutrinário-princípio-lógico, a federação é a instituição política construída numa determinada espacialidade geográfica, consoante as suas particularidades e singularidades históricas, culturais, econômicas e sociais. Enquanto o federalismo é um escopo de ideias, a federação é a sua vitalização, a sua concretude.⁷

Assim, inexitem duas federações idênticas, por mais que analisemos os mais diversos modelos federais existentes no globo terrestre: Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Índia, México, Rússia, dentre outros. A conjuntura em que cada tipo federal fora gestado no decorrer da história vai conduzir a uma diferenciada adaptação dos princípios e valores pugnados pelo federalismo, dando-lhe uma formatação diferenciada, logo, mais adequada ao Estado em questão. Isso porque os Estados federais traduzem, consoante os fundamentos federalistas, um modelo próprio de fracionamento do poder estatal em esferas autônomas, nos termos da Constituição.

A Federação brasileira, por sua vez, é fruto de uma evolução histórica de quase 12 décadas, com feições bastante

⁷ Segundo Preston King, *Federalism and Federation*, 1982, p. 74-75: “É essencial começar pela distinção entre federalismo e federação. Federalismo é aqui considerado como uma forma de doutrina – uma variedade destas. [...] Federalismo como uma coerente e abrangente visão do mundo – filosófica, legal, antropológica, sociológica, econômica e política, uma doutrina supostamente provedora de uma base profunda não somente para a compreensão, mas também direcionada para as questões do mundo [...] tal federalismo é distinto de federação, entendida como um arranjo institucional limitado [...] federalismo é alguma ou muitas variedades de filosofias políticas ou ideologias, e a federação é algum tipo de instituição política.” (TN).

distintas da sua formatação originária, resultado do processo de mudanças esculpidas nas constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988. Aliás, a própria democracia, mola propulsora de qualquer federação, não possui mais de 45 anos de desenvolvimento, o que demonstra os percalços de um incipiente Estado democrático de direito e que influencia, sobremaneira, o amadurecimento institucional da própria Federação brasileira.

Com base no desenvolvimento histórico e na Constituição de 1988 forjou-se uma Federação por desagregação (fracionamento do poder dentro de um Estado unitário), cooperativa (não obstante preveja competências específicas, possui um rol de competências comuns e concorrentes) e assimétrica (em conta das desigualdades dos entes federados).

Com base nos modelos fáticos existentes, elencam-se as seguintes características das federações, também presentes na Federação brasileira:

- a) proeminência de uma Constituição escrita, que disponha sobre a repartição de competências entre os entes federados, resguarde as suas autonomias, considere-os numa situação de igualdade e discipline as possibilidades de intervenção, resguardando a soberania para a federação; b) pluralidade de ordens jurídicas e esferas governamentais autônomas, nas três funções estatais, sob a égide da não-centralização ou policentrismo; c) participação dos entes federados na formação da vontade nacional, isto é, na criação e alteração da Constituição e no processo legislativo federal; d) existência de um órgão judicial para o resguardo da Constituição e para dirimir conflitos entre os entes federados; e) proibição de secessão; f) pluralidade de cidadanias.⁸

Mais do que isso, a Constituição brasileira erigiu os municípios à condição de entes federados, algo singular e não presente em nenhuma outra Federação. Segundo Dalmo Dallari,

⁸ Giovanni Corralo, *Município: autonomia na Federação brasileira*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 142. A concretude dessas características é saliente nos art. 1º, 4, 21 a 30, 34, 35, 44 e ss. e 101 e ss. da Constituição.

a Constituição de 1988 corrigiu uma imperfeição normalmente presente nos Estados federais, que praticamente desconsidera as células locais: *“Isto pode ser tomado como imperfeição da fórmula federativa, especialmente se considerarmos que a comunidade local sempre tem peculiaridades culturais, que se refletem na fixação de suas prioridades.”*⁹

Na esteira de importantes publicistas como Pinto Ferreira, Alexander de Moraes, Hely Lopes Meirelles, Nelson Nery Costa, Dircêo Torrecillas Ramos, Janice Morbidelli, Petrônio Braz, Augusto Zimmermann, Enrique Lewandowski, Alexandre Mariotti, Mayr Godoy, Celso Bastos, Janice Helena Ferreri e Manoel Gonçalves Filho, defende-se a concepção do Município como ente integrante da Federação. Trata-se de uma disposição oriunda da Constituição, que atende às peculiaridades e singularidades do Estado brasileiro, conforme de depreende dos seus art. 1º e 18.¹⁰

Por consequência, as competências municipais que fundamentam a sua autonomia somente podem ser definidas na Constituição Federal, único *locus* adequado para tal tarefa. No exercício da sua autonomia não pode advir qualquer relação de controle pela União/Estados, salientando-se que as possibilidades de intervenção, tal qual ocorre nos casos em que a União pode intervir nos Estados - art. 35 da Constituição, somente são possíveis pelos Estados nas situações expressamente previstas - art. 34 da Constituição.

⁹ Damo Dallari, O Estado Federal, 1986, p. 64.

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (...)” e “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos dessa Constituição.”

A autonomia municipal na Federação Brasileira

Discorrer sobre a autonomia municipal requer a análise das competências definidas na Constituição às municipalidades, o que expressamente se encontra nos artigos 1º, 18,¹¹ 23,¹², 29, 29A, 30,¹³ 39,¹⁴ 165,¹⁵ 144 par. 8º,¹⁶ 156,¹⁷ 182,¹⁸ 198¹⁹ e 211²⁰ da Constituição Federal.

¹¹ Os art. 1º e 18 consideram o Município com ente federado.

¹² Dispõe sobre as competências comuns, de caráter predominantemente administrativo.

¹³ Os art. 29 e 30 dispõem de competências exclusivas do Município, de caráter político, auto-organizatório, legislativo, administrativo e financeiro. Entretanto, são cruciais as disposições do art. 30: “art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV – criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual; V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter pessoal; VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.”

¹⁴ Refere-se aos servidores públicos e disposições constitucionais incidentes.

¹⁵ Discorre acerca da legislação orçamentária.

¹⁶ Dispõe sobre a constituição de guardas municipais, onde se ressalva, desde já, a inexistência de lei complementar federal que discipline os limites de atuação destas corporações locais.

¹⁷ Deve ser analisado juntamente com o art. 145 e seguintes da Constituição Federal, pois diz respeito à atribuição de competência tributária e à distribuição de receitas.

¹⁸ Desenvolve a temática da política urbana, a ser executada pelo poder público municipal.

¹⁹ Ações na área da saúde, de competência comum.

²⁰ Ações na área da educação, também de competência comum.

Importa registrar que a coluna vertebral da repartição de competências na Constituição encontra-se nos art. 21 a 30, ressaltando-se: a) competências expressas para a União e para as municipalidades, estas últimas sob o influxo conceitual e fático do interesse local; b) competência residual para os Estados; c) competência comum para todos os entes federados nas matérias elencadas no art. 23 da Constituição; d) competência concorrente entre a União, o Distrito Federal e os Estados para as matérias do art. 24 da Constituição.

Enquanto áscua iluminadora do processo hermenêutico de compreensão e interpretação das competências municipais se encontra o conceito legal indeterminado “interesse local”, presente expressamente no art. 30 da Constituição. Tal conceito, que traz ínsito uma importante parcela de interesses do Estado e da União, requer a preponderância do interesse da comuna, o que normalmente exsurgirá nas circunstâncias de cada caso em análise. Uma conceituação abstrata, por mais precisa que seja, não conseguirá dar conta da complexidade das situações que exsurgirão no mundo da vida.

Com base nas prerrogativas e limites impostos pelo texto constitucional é possível discorrer sobre uma autonomia política, auto-organizatória, legislativa, administrativa e financeira das municipalidades brasileiras.

autonomia auto-organizatória consiste na construção da Constituição local, denominada Lei Orgânica, pelos próprios municípios, obsevando-se os limites previstos no ordenamento constitucional. Tal autonomia se apresenta de singular importância, seja pelo seu caráter inovador na órbita constitucional ao seguir o modelo gaúcho de um século atrás, seja pelo seu caráter único em comparação com os ordenamentos constitucionais de outros Estados federais e democráticos.

A autonomia política se embasa na eletividade do prefeito e vereadores, em sufrágio universal, para mandato de quatro anos, consoante as normas do direito eleitoral brasileiro.

Ademais, como corolário da autonomia auto-organizatória, encontra-se a autonomia política de poder definir os procedimentos e as situações ensejadoras da cassação de mandatos dos agentes políticos do executivo e do legislativo pela Câmara de Vereadores, como também a definição do número de vereadores, esta última conforme expressa definição constitucional.

A autonomia financeira fixa-se tanto no poder de tributar, como na liberdade para a alocação de recursos dentro do espectro de competências municipais. Isso porque as receitas do Município extrapolam os tributos próprios, abrangendo também a distribuição de receitas de outros entes – Estado e União, que, por sua vez, podem ser voluntárias ou constitucionais. A distribuição voluntária encontra-se à mercê da factualidades políticas, o que pode conduzir ao desnaturamento do pacto federativo. A distribuição constitucional de receitas, por sua vez, assegura efetivamente recursos para que as municipalidades as utilizem autonomamente, não obstante não possibilitar a estas a alteração do volume dos recursos arrecadados, o que diminui a capacidade de controle dos próprios gastos governamentais. Essa distribuição constitucional inclui tanto a participação direta na arrecadação e no resultado de tributos de outro ente, como a participação em fundos, onde estão os exemplos do imposto de renda, imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços e o fundo de participação dos municípios.

A autonomia financeira amplia-se à medida que a autonomia tributária se efetiva, concretizando, assim, um verdadeiro federalismo fiscal. Entretanto, ainda há um longo caminho a ser perfilhado pelos municípios brasileiros que, no contexto atual, fazem a gestão de aproximadamente 16% da receita pública nacional, o que demonstra uma grande dependência das transferências voluntárias de recursos dos Estados e da União.

A autonomia administrativa e a autonomia legislativa encontram-se delineadas pela expressão interesse local, tanto no desenvolvimento das atividades administrativas, que engloba os serviços públicos, a polícia administrativa, a intervenção direta e indireta e o fomento às atividades sociais e econômicas, quanto nas ações legislativas voltadas à construção de normas jurídicas. Para Fernanda Menezes de Almeida a Constituição:

definiu uma área e competências privativas não enumeradas, uma vez que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local. Todavia, o constituinte otou [...] por discriminar também certas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do art 30 e em outros dispositivos constitucionais.²¹

A competência legislativa empodera as municipalidades na construção das normas jurídicas previstas no art. 59 da Constituição Federal, sujeitas ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade, este último perante o Tribunal de Justiça de cada Estado da Federação. Para tanto, uma das atribuições precípua do parlamento, juntamente com a função fiscalizadora, é a função legiferante, ou seja, o poder de construir leis/normas jurídicas num ordenamento jurídico municipal que possui no vértice da sua pirâmide normativa a Lei Orgânica Municipal, que apresenta os critérios de validade de todas as normas municipais.

Assim, subsistindo o interesse predominante do Município, há o interesse local, e assim, a garantia da autonomia municipal, até mesmo porque, como um ente integrante da Federação brasileira, os municípios não podem sofrer quaisquer controles ou interferência dos outros entes da Federação nas matérias da sua competência. O ordenamento constitucional garante um amplo campo de atuação autônoma às municipalidades no exercício das suas competências constitucio-

²¹ Fernanda Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1998*, 2002, p. 113.

nais, como condição essencial para o pleno desenvolvimento do poder local e das respectivas comunidades.

Os direitos do consumidor e a instituição de Códigos Municipais de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal qualifica, juridicamente, os direitos do consumidor à categoria de direitos fundamentais, o que se depreende do art. 5º, III, art. 24, VIII, at. 170, V e art. 48 do ADCT.²² Aliás, é a positivação de um direito no ordenamento constitucional enquanto direito fundamental que o qualifica enquanto tal:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são freqüentemente utilizados como sinônimas. Segundo a sua origem e significação poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaria da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²³

²² Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor; Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

²³ Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1999, p. 369.

Diante da taxonomia normalmente utilizada pelos doutrinadores a fim de compreender e estudar os direitos fundamentais, com base na sua evolução histórica e respectiva tipologia, os direitos do consumidor podem ser enquadrados nos direitos fundamentais de terceira dimensão, enquanto direitos difusos, tal qual o direito ao meio ambiente.²⁴

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 considerou as suas normas pertinentes ao consumidor como normas fundamentais, vinculantes a todas as funções estatais e a todos os entes federados. Obviamente que a concretização desses direitos depende, efetivamente, da construção de textos legislativos pelos entes que integram a Federação brasileira, na órbita das suas competências.²⁵

Uma hermenêutica inadequada do art. 24, VII poderia levar à conclusão que às municipalidades não competiria legislar sobre os direitos do consumidor, pois na competência legislativa concorrente à União cabe definir normas gerais e aos Estados as normas específicas, sem menção aos municípios. Entretanto:

- a) organização administrativa dos serviços de proteção ao consumidor em nível local compete aos municípios - PROCON municipal, o que somente pode ser feito através de lei, em razão do princípio da legalidade em sentido estrito e do fato de resultar na criação de

²⁴ Alexandre Moraes, Direito Constitucional, adota a tríplice classificação dos direitos fundamentais: primeira geração: direitos e garantias individuais e políticas; segunda geração: focada nos direitos sociais; terceira geração: direitos de solidariedade/fraternidade, abrangendo diversos direitos difusos, como o direito ao meio ambiente. Paulo Bonavides, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Guilherme Praga Peña Moraes também se posicionam neste sentido.

²⁵ A inexistência de legislação específica em nível nacional não conduziria à desproteção do consumidor, uma vez que a principiologia constitucional possibilitaria tal proteção. Obviamente, o trabalho dos construtores do direito seria muito maior em razão da complexidade de se aplicar os princípios constitucionais expressos e implícitos a um interminável número de situações concretas que demandariam este trabalho.

- um ou mais órgãos públicos, com geração de despesa. Não há qualquer viabilidade de criação de tais órgãos sem o anteparo da legislação municipal;
- b) a definição de uma política municipal, integrada ao sistema nacional de defesa do consumidor, depende de uma instância colegiada, com a participação da sociedade civil e do governo. A instituição de tal órgão, em forma de conselho – ou de defesa do consumidor, ou de direitos difusos, depende de lei municipal. A própria gestão de recursos públicos, oriundos das mais diversas fontes, das quais se salienta a interposição de penalidades administrativas, depende da instituição, por lei, de um fundo municipal, com a gestão do respectivo conselho. A necessidade de um conselho municipal para este fim e de um fundo requer a alteração do sistema normativo municipal através de lei aprovada pelo legislativo;
 - c) a imposição de sanções através da polícia administrativa municipal levada a cabo pelo PROCON municipal também requer a estipulação de penalidades, o que pode estar previsto em lei municipal, observando-se os preceitos da legislação estadual e nacional;²⁶
 - d) as práticas e cláusulas abusivas nas relações de consumo, não obstante a sua definição no Código de Defesa do Consumidor e nas demais normas específicas da legislação nacional e estadual, pode ser incrementada pela legislação municipal, em razão das particularidades e singularidades locais das relações de consumo.

²⁶ A lei nacional 8.078/90 e respectivo decreto 2.181/97 possibilitam que os municípios conveniem a fim de dar eficácia e efetividade às sanções àqueles que praticarem atos abusivos às relações de consumo ou diante de cláusulas desse jaez, utilizando-se das disposições da legislação federal e estadual sobre a matéria – procedimentos administrativos e sanções.

A competência municipal para tratar das questões dispostas nos pontos “a” e “b” do parágrafo anterior é inequívoca. Não admiti-la seria o mesmo que desconsiderar a autonomia municipal conferida aos entes municipais na Constituição Federal. Significaria o desnaturamento do pacto federativo. No que tange aos pontos “c” e “d” a situação é mais complexa.

Quanto à imposição de sanções, não obstante a possibilidade do uso dos procedimentos e penalidades previstas na legislação estadual e nacional, é possível – e mais adequado, a sua estipulação na legislação municipal. Isso porque se está diante do exercício da polícia administrativa municipal na defesa das relações de consumo. Obviamente que tal regramento deve observar a principiologia vigente nas relações de consumo, o que levará a uma grande similitude ao disposto nos mandamentos estadual e federal.²⁷

No que tange às práticas e cláusulas abusivas, por mais que se trate, *prima facie*, de competência concorrente, inexistem óbices em consigná-las na legislação municipal, desde que: a) reproduzam as disposições constantes na legislação federal e estadual, constituindo-se, então, como normas de imitação, por mais que não sejam de repetição obrigatória;²⁸ b) retratem questões afetas ao interesse local, logo, adequadas às especificidades e particularidades das relações de consumo local, o que traria tal matéria ao campo da competência municipal, nos termos do Art. 30, I e II da Constituição Federal.²⁹

²⁷ A competência do ente federado para o exercício da polícia administrativa normalmente está associada à competência legislativa. É o caso em tela. Nesse sentido também se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2008, p. 795: “Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria.”

²⁸ Isso porque a não repetição na legislação municipal faz com que a municipalidade possa se reportar à legislação estadual e nacional.

²⁹ Esse posicionamento é defendido por muitos publicistas, como Fernanda Menezes de Almeida, 2002, p. 75, para quem mesmo inexistindo a indicação dos Municípios como detentores da competência legislativa decorrente do art. 24 da Constituição, esses não ficam alijados dessa atribuição,

Diante desta compreensão, tanto da posição do município na Federação brasileira, quanto das competências legislativas municipal é que Passo Fundo, município situado ao norte do Rio Grande do Sul instituiu, no ano de 2009, o primeiro Código Municipal de Defesa do Consumidor, consigna-do na lei complementar 222/09. Esta construção legislativa foi o fruto de um trabalho levado a cabo por uma comissão instituída por decreto do Prefeito Municipal e que trabalho por quase um ano com os seguintes propósitos: a) ordenar a legislação municipal, unificando, numa codificação, as matérias pertinentes às relações de consumo;³⁰ b) maior racionalidade a essas matérias dispersas na legislação; c) adequar a legislação municipal ao disposto na legislação estadual e

pois, em decorrência do art. 30, II da Constituição possuem competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, ou seja, na existência do interesse local. Esta posição é a defendida neste trabalho. Ademais, este é o posicionamento externado pelo Ministério da Justiça, extraído do site <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJF1FE712CITEMI-D1A043C3025C44DC6A708013D00747459PTBRIE.htm>: “Os Procons são órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, criados, na forma da lei, especificamente para este fim, com competências, no âmbito de sua jurisdição, para exercitar as atividades contidas no CDC e no Decreto nº 2.181/97, visando garantir os direitos dos consumidores. Verifica-se, dessa forma, que as competências são concorrentes entre União, Estados e Municípios no que se refere aos direitos dos consumidores, não havendo, portanto, relação hierárquica entre o DPDC e os Procons ou entre Procons. Os Procons são, portanto, os órgãos oficiais locais, que atuam junto a comunidade, prestando atendimento direto aos consumidores, tendo, desta forma, papel fundamental na atuação do SNDC. Outro importante aspecto da atuação dos Procons diz respeito ao papel de elaboração, coordenação e execução da política local de defesa do consumidor, concluindo as atribuições de orientar e educar os consumidores, dentre outras.”

³⁰ Nesta quadra da história seria um absurdo qualquer tentativa de exaurimento das possibilidades normativas num código, por mais que esse tenha sido o intuito nos primórdios das codificações, o que se observa no início do séc. XIX com o Código de Napoleão (1804). Não se almeja a suficiência de regras para dar conta das complexidades de uma sociedade cada vez mais heterogênea, plural e incognoscível. Busca-se, assim, uma maior racionalidade via um processo de otimização legislativa, condensando, numa codificação, os textos imprescindíveis para a atuação do PROCON local e para a formação e orientação da própria cidadania.

nacional, tanto no que tange aos preceitos repetidos, quanto às inovações oriundas do contexto e interesse local.

O resultado foi a instituição de um código com os seguintes capítulos: I – disposição preliminares, com a principiologia imanente às relações de consumo, práticas e cláusulas abusivas; II – sistema municipal de defesa do consumidor, abrangendo os órgãos integrantes, o programa municipal, o conselho e respectivo fundo municipal de defesa do consumidor; III – sanções administrativas e respectivos procedimentos sancionatórios; IV – disposições finais.

Conclusão

A crescente complexização do fenômeno jurídico também é o reflexo da complexização da própria sociedade. As transformações que ocorrem cotidianamente no tecido social não permitem que as produções do direito legislativo as acompanhem, o que conduz a um permanente descompasso entre o direito posto e a realidade. Este fenômeno, intensificado após a revolução industrial do séc. XVIII, vem tomando novas e inigualáveis proporções neste início de milênio, com uma velocidade que arrebatou os mais perspicazes observadores e analistas da (des)ordem social.

A instantaneidade dos meios de comunicação, o espaço cibernético-virtual, os avanços científicos da neurociência e da inteligência artificial, a identidade sociedade-consumo são alguns dos sintomas deste novo tempo que se apresenta. Diante deste quadro, o direito não pode ficar apático, por mais que pareça indelével a sua impotência para dar conta desta crescente complexização, multifacetária e mutável.

A constituição de um Estado federal, como é o caso do Brasil, remete a um fracionamento do poder do Estado em esferas autônomas, de acordo com as competências consignadas na ordem constitucional. Por consequência, exsurtem

centros emanadores do poder coercitivo estatal, dentro desta pluralidade, com melhores capacidades para dar conta dos novos e instigantes problemas oriundos desta nova conformação social. É o que ocorre com o Distrito Federal, Estados e Municípios, que, juntamente com a União, possuem uma autonomia auto-organizatória, política, legislativa, financeira e administrativa.

As municipalidades, assim, norteiam-se pela persecução do interesse local, além da concretização das demais competências expressamente conferidas pelo texto constitucional. No campo dos direitos do consumidor haverá a competência municipal para dispor da estrutura administrativa necessária para a integração ao sistema nacional de defesa do consumidor, como também para a estipulação dos atos e cláusulas abusivas aos direitos do consumidor oriundos da legislação federal e estadual ou que estejam conexos às particularidades e singularidades das relações de consumo locais

Desta forma, a instituição de Códigos Municipais de Defesa do Consumidor é plenamente viável, desde que consoante às competências fixadas na Constituição Federal. Mais do que isso, corresponde à necessidade dos entes locais atenderem às demandas das suas comunidades, cada vez mais complexas em razão de relações sociais e de consumo também mais complexas. Por fim, atende a uma necessidade de otimização da ordem jurídica, sem pretensões de abarcar a totalidade da realidade, mas em vistas da factível racionalização da ordem jurídica para os seus construtores e para os cidadãos em geral.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BASTOS, Celso. *A Federação no Brasil*. Brasília: Instituto dos Advogados de São Paulo: 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta; temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na Constituição*. Leme: Editora de Direito, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na Federação Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006.
- COSTA, Nelson Nery. *Curso de Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- ELAZAR, Daniel. *Constitutionalizing Globalization: the postmodern revival of confederal arrangements*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1998.
- FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15-38, 1995.
- GODOY, Mayr Cerqueira. Alargamento da Autonomia Municipal: superação do princípio da simetria com o centro como impositivo. Disponível em: <<http://www.netcariri.com.br/admpub/auto.html>>. Acesso em: 15 jan. 2004.
- KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO FILHO, Urbano Vitalino. Perspectiva dos Municípios na Federação Brasileira. In: BASTOS, Evandro de; BOGES JÚNIOR, Odilon (Org.). *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Ministério da Justiça, <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJF1FE712-CITEMID1A043C3025C44DC6A708013D00747459PTBRIE.htm>, acesso em 31 de maio de 2009, às 11h45min.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Os Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTR Editora, 1997.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *Um Novo Pacto Federativo para o Brasil*. C São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

PROUDHON, Pierro Joseph. *Do Princípio Federativo*. São Paulo: Editora Imaginário, 2001.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SUNDFELD, Caros Ari. *Sistema Constitucional das Competências*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n° 01, p. 272-281, 1993.

VENTURA, Sofia. *Il Federalismo: Il potere diviso tra centro e periferia*. Bologna: Società editrice Il Mulino, 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

Contratos imobiliários e o código de defesa do consumidor

Jorge Renato dos Reis*

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8078, de 11.09.90, possui diversos dispositivos que interessam aos contratos imobiliários. Este código denominado de consumerista, face à proteção dedicada ao consumidor, tem fundamento na Constituição Federal de 1988, a qual “impõe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”, sendo, portanto, as normas protecionistas do CDC, de ordem pública e de interesse social, o significa dizer que são inderrogáveis por vontade das partes contratantes.

Considerações preliminares

Quando se estuda o contrato no momento presente, sabe-se da importância de se estabelecer um retrospecto histórico da sua evolução, a fim de situá-lo no atual momento

* Advogado atuante na área imobiliária. Professor da disciplina de Contratos Imobiliários em diversos cursos de Especialização em Direito Imobiliário.

social e jurídico em que se encontra, onde a autonomia da vontade, ditada por uma doutrina individualista, cede espaço a um dirigismo voltado ao interesse social. Entretanto, como o presente texto objetiva, unicamente, estabelecer a devida relação entre alguns contratos imobiliários e a proteção estabelecida pelo CDC às relações de consumo, restringir-se-á somente a este objetivo. Por isso a necessidade de se verificar quando e quais negócios imobiliários estão sob a proteção do diploma consumerista.

Para tanto faz-se indispensável a compreensão dos próprios termos utilizados no seu título e dos termos a ele vinculados.

Segundo Humberto Theodoro Junior, a expressão “contratos imobiliários” ganhou prestígio ao ser adotado pela antiga legislação do Sistema Financeiro de Habitação, onde se utilizava esta expressão para englobar os diversos contratos empregados nos negócios habitacionais para pagamento a prazo, como nas leis 4380, de 21.08.64 e na Lei 4864, de 29.11.65.¹

Pode-se definir contrato imobiliário como todo o negócio jurídico bilateral que tenha como objeto um bem imóvel. Ou seja, é toda relação obrigacional, com um sujeito ativo e um sujeito passivo, cuja prestação diga respeito a um bem imóvel.

Já, bem imóvel, por sua vez, vem conceituado no artigo 79 do Código Civil, que define como bens imóveis o “solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.”

Diferentemente do anterior, o atual Código Civil trouxe um conceito de bem imóvel, haja vista que o Código Civil de 1916, no seu artigo 43, somente adotava a forma exemplificativa: “São bens imóveis: I – o solo e sua superfície, os seus

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato Imobiliário e a Legislação Tutelar do Consumo*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 32.

accessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”.

Para que se possa analisar, a seguir, quando alguns contratos imobiliários estão, igualmente, sob o império do Código de Defesa do Consumidor, importante que se traga à memória, que o Código Consumerista somente regulamenta as relações de consumo e estas somente ocorrem quando há, na relação obrigacional, um fornecedor de bem ou serviço e (e não ou) um consumidor nos termos dos artigos 2º e 3º. do CDC.² Ou seja, há necessidade para caracterizar uma relação de consumo que no contrato imobiliário, uma das partes contratantes esteja caracterizada como consumidor (o que ocorre com mais frequência) e a outra parte contratante possa ser caracterizada como fornecedor de um bem imóvel ou de serviço a ele relacionado (o que nem sempre ocorre, descaracterizando a relação de consumo).

Passa-se, portanto, a analisar alguns dos principais contratos imobiliários para se verificar a incidência, ou não, da proteção do Código de Defesa do Consumidor na relação contratual.

O contrato de compra e venda

Sabe-se que a transferência do imóvel não se dá pelo contrato, mas unicamente pelo efetivo registro no Cartório de Registro de Imóveis. No direito pátrio o contrato de compra e venda ou qualquer outro contrato de transmissão de bem

² São os seguintes os conceitos de consumidor e fornecedor constantes nos referidos artigos do CDC: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” e “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

imóvel cria para o adquirente somente obrigações e direitos. Ao contrário do direito francês e italiano, onde a transferência da propriedade se dá pelo contrato, o direito brasileiro exige o registro.

Esse contrato de compra e venda de bem imóvel, por força do artigo 108³ do Código Civil pátrio, somente lhe é exigida na forma de escritura pública nos imóveis de valor acima de trinta salários mínimos. Abaixo deste valor não necessita de instrumento público, ou seja, poderá ser feito por contrato particular.

Entretanto, o que é mais comum ser realizado por instrumento particular nos escritórios de advocacia, nas imobiliárias pelos corretores de imóveis ou mesmo pelas partes contratantes não é o contrato de compra e venda, mas sim o contrato de promessa de compra e venda.

Embora, muitas vezes, confundido pelas partes leigas, a promessa de compra e venda é um contrato preliminar, onde as partes contraem a obrigação de estipular o contrato definitivo de que será o de compra e venda. Ou seja, na promessa os contraentes consentem na realização de um novo contrato, que é a compra e venda.

Difere, portanto, a promessa de compra e venda do contrato de compra e venda porque no primeiro há promessa recíproca de contratar e no outro há obrigação de transferir o domínio do bem vendido.

Todavia, é indiferente para fins de caracterização como relação de consumo tratar-se de promessa de compra e venda ou de compra e venda, porque somente haverá relação de consumo se tiver um fornecedor e um consumidor nessa relação contratual.

³ Diz o artigo 108 do CC: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Como exemplo de relação de consumo num desses contratos pode-se citar a relação contratual estabelecida quando o alienante for um incorporador ou um loteador e o adquirente estiver adquirindo para utilização e não para revenda.

Não menos importante que a caracterização como relação de consumo é verificar-se as consequências que advém do fato do contrato restar caracterizado como tal e, portanto, estar sob a proteção do CDC. Como, por exemplo nas multas moratória e compensatória contratadas:

- a) A multa moratória na relação de consumo não poderá ser superior a 2% (dois por cento). (art 52, par. 1º., do CDC)
- b) Não poderá estabelecer cláusula penal (multa compensatória) pela resolução do contrato com perda total do valor pago. (art. 53, caput, CDC).
- c) No contrato regulado pelo Código Civil a multa compensatória não poderá ser superior à obrigação a ser cumprida.(art. 412 do CC).

No contrato de promessa de compra e venda é importante mencionar no contrato o que será deduzido do valor pago no caso do promitente comprador der razão à resolução do contrato, como comissão do corretor, custo de contratação, se o imóvel já tiver sido entregue: aluguel pelo período que ocupou o imóvel e desvalorização do imóvel pela ocupação.

Caso se mencione que o contrato é irrevogável, ao fixar a cláusula penal deverá referir que somente ocorrerá a rescisão em razão de eventual não pagamento e mencionar esta exceção na cláusula da irrevogabilidade.

Recentemente a Lei 11.785 de 22/09/2008, alterou o art 54 do CDC, que se refere à regulação dos contratos de adesão, estabelecendo além da necessidade da redação com termos claros, o que já ocorria, passou a exigir que a letra do contrato tenha o tamanho da fonte não inferior ao corpo 12, a fim de facilitar a compreensão pelo consumidor.

Entretanto, o contrato de adesão não se refere somente às relações de consumo, porque o atual código civil, igualmente, regula o contrato de adesão para as relações não consumeristas.

O contrato de construção ou de empreitada

Sempre que se decida por fazer uma obra, seja uma simples reforma ou mesmo a construção de toda a casa, depara-se com o problema de como contratar esta construção.

Pode-se optar por fazer o contrato de construção com uma construtora, quando esta, então, fornece desde as plantas até a execução final da obra, com seus respectivos acabamentos; ou se pode optar pela contratação de um engenheiro ou arquiteto para a elaboração das plantas, suas respectivas aprovações junto ao Poder Público Municipal, supervisão e fiscalização da execução da obra.

Nesse caso, para a execução pode-se contratar uma empresa empreiteira de mão-de-obra. Este contrato de execução poderá incluir, ou não, o fornecimento do material de construção por parte da empreiteira, aí, então, ter-se-á o fornecimento de serviços de construção e a comercialização do material de construção, ambas relação de consumo.

Em qualquer dessas situações, haverá a necessidade de ser elaborado um contrato de construção, mais conhecido como contrato de empreitada, seja com a construtora, profissional de engenharia ou empresa empreiteira da mão-de-obra.

Em qualquer desses casos poderá ocorrer uma relação de consumo, quando aquele que contrata é um consumidor do serviço contratado e o contratado é um fornecedor dos mesmos serviços.

Nesse contrato deve ficar bem claro qual a extensão das atividades a que o profissional está se obrigando a efetivar,

até porque a contratação para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo ou mesmo de fiscalizar-lhe a execução.

De igual maneira, deve-se esclarecer a forma de pagamento dos honorários a que o profissional faz jus quando este contrato estiver dissociado da execução da obra. Se estiver vinculado à execução, por exemplo, pode-se contratar o pagamento correspondente às etapas concluídas. Conforme vão sendo concluídas as etapas o profissional vai recebendo o pagamento correspondente. Sempre é bom evitar pagamentos antecipados, ou seja, antes que haja a conclusão da parte da obra correspondente ao valor pago.

Embora os contratos de empreitada tenham como finalidade fixar preço certo para a obra, o Código Civil brasileiro atual permite que, em caso de redução superveniente do preço do material ou da mão-de-obra em valor superior a 10% (dez por cento) do preço global convencionado, seja revisto o valor contratado, a fim de diminuir do preço a diferença apurada; de igual maneira poderá ser acrescido ao valor original, eventuais acréscimos à obra.

Os prazos de responsabilidade do construtor pelos vícios ou defeitos da obra

Muito se tem discutido acerca da previsão legal dos diversos prazos de responsabilidade do construtor, empreiteiro, incorporador, engenheiro ou arquiteto sobre os vícios ou defeitos da obra após a sua conclusão.

Atualmente esses prazos vêm previstos, especialmente, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque a previsão da Lei 5194/66, que regula o exercício das profissões de Engenheiro e Arquiteto, no que se refere a essa responsabilidade restou alterada pelo atual Código Civil.

Compete ao construtor o dever de primar pela perfeição da obra para o qual ele foi contratado para executar. Tal responsabilidade é inerente à sua condição técnico-profissional, de modo que se fará presente mesmo nos casos em que não houver expressa disposição contratual.

Para os vícios aparentes ou de fácil constatação, o art. 26, inciso II do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o prazo de noventa dias para que se efetive a reclamação, sob pena de se proceder a caducidade do referido direito.

Este prazo tem como termo inicial a data da entrega do imóvel ou o término da execução dos serviços.

Assim, o construtor poderá ser demandado por vícios aparentes ou de fácil constatação mesmo após o recebimento, sem ressalvas, pelo dono da obra, pelo prazo de noventa dias, desde que caracterizada a relação de consumo. Quando não for relação de consumo, a reclamação por vício aparente deve ser imediata ao recebimento do imóvel, conforme regulam os artigos 615 e 616 do Código Civil.

Pode ocorrer, entretanto, que no momento da entrega a obra esteja aparentemente perfeita e, todavia, ocorra a existência de defeitos não aparentes, os denominados vícios ocultos, os quais somente aparecerão após determinado tempo de uso, que não afetem a segurança e a solidez da obra, mas que a torne imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminua o valor, como no caso de vazamentos, infiltrações, defeitos nas instalações elétricas ou hidráulicas, obstrução na rede de esgotos, etc.

Nesse caso, o dono da obra ou seu adquirente tem o prazo decadencial de um ano para pleitear a rescisão do contrato ou abatimento no seu preço, no caso de não ser solucionado o defeito.

Esse prazo é contado a partir da efetiva entrega da obra ou, em se tratando de defeitos que por sua natureza só puderem ser conhecidos mais tarde, conta-se a partir do momen-

to que deles se tenha ciência, nos termos do artigo 445 do Código Civil. Tal regra não incide somente nos contratos de construção, mas também nos contratos de compra e venda de imóvel pronto novo.

Tratando-se, entretanto, de defeitos que afetem a solidez e a segurança da obra o artigo 618 do Código Civil, prevê o prazo de garantia legal de cinco anos. No que se refere a estas expressões segurança e solidez da obra tem-se que as mesmas não se limitam apenas aos aspectos estruturais, de modo a abranger apenas os casos de desabamento ou rompimento de paredes, com vistas à ruína do prédio.

Tem sido ampliada pela doutrina e jurisprudência pátrias para outros defeitos construtivos que afetem a responsabilidade de perfeição da obra, como os já mencionados anteriormente como vícios ocultos, desde que, efetivamente, tenham sua causa e origem durante a construção e não por mau uso do proprietário.

Surgido o defeito dentro do prazo de garantia de cinco anos, o dono da obra ou adquirente tem o prazo decadencial de cento e oitenta dias, a partir do surgimento do defeito, para propor a ação contra o construtor.

Dessa forma, tem-se que o prazo de garantia (5 anos) tem início na data do recebimento, sem ressalvas, da obra pelo proprietário, enquanto que o prazo decadencial de 180 dias para propositura da respectiva ação indenizatória, tem início a partir do aparecimento do defeito ou vício.

Importante destacar que o quinquênio de garantia recomença sempre e toda vez que o construtor tendo efetuado obras de reparo, as entrega com o devido aceite sem ressalvas, pelo proprietário.

O prazo de cinco anos é irredutível, ou seja, não é permitido que se estabeleça contratualmente prazo menor de garantia, todavia, poderão, as partes, estabelecer prazo maior que o legalmente determinado.

O prazo contratual soma ao prazo legal, nos termos do artigo 50 do CDC

Há, ainda, entendimentos no sentido de que mesmo que o defeito construtivo apareça após o prazo de garantia legal de cinco anos contados da entrega da obra, poderá o proprietário mover ação para obter a perfeição da obra, dentro do prazo geral de prescrição de dez anos, nos termos do artigo 205 do Código Civil, todavia, neste caso, deverá haver a prova da culpa do construtor.

Logo, ainda que encerrado o prazo quinquenal de garantia, poderá o proprietário da obra demandar o construtor pelos prejuízos advindos da imperfeição da obra, provando a culpa do mesmo, dentro do prazo prescricional de dez anos.

Entretanto, além desses prazos previstos no Código Civil Brasileiro, há, também, a responsabilização do construtor prevista no Código de Defesa do Consumidor, mais especialmente nos artigos 12, 14, 18 e 20.

Nesse caso a proteção dispensada ao dono da obra, na condição de consumidor, é muito mais efetiva, haja vista que determina a responsabilidade objetiva do construtor, fornecedor de serviços e/ou materiais, em se tratando de defeito que diga ou não respeito a sua solidez e segurança, independentemente do defeito surgir depois de cinco anos, isto porque o prazo de noventa dias (artigo 26) para reclamar dos vícios ocultos somente se conta a partir do momento em que estes aparecerem. Observe-se que o prazo de noventa dias é para reclamar junto ao construtor ou junto a um órgão de defesa do consumidor e não para o ajuizamento da ação respectiva, entretanto será necessário que se prove a devida reclamação no prazo legal de noventa dias.

O contrato de aluguel

O contrato de aluguel em si, feito por um particular a outro particular, desde que o locador não desenvolva a atividade de locação como atividade comercial, não é protegido pelo código de defesa do consumidor, tanto que a multa moratória, por exemplo, nos contratos de locação, regulados por lei especial, a LEI 8245/91, pode ser de 10% e não de 2%, como é o caso na relação de consumo.

Entretanto a relação da imobiliária, que administra o imóvel para locação, tanto com o inquilino que procura o serviço da imobiliária para locar um imóvel, quanto com o locador que igualmente procura a imobiliária, como prestadora de serviço de administração de imóveis para locação, caracteriza-se como relação de consumo.

A relação condômino versus condomínio

Poder-se-ia alegar que o condômino poderia se enquadrar no conceito de consumidor, uma vez que pode ser uma pessoa física ou jurídica que utiliza serviço como destinatário final.

Todavia, haveria dificuldade na tentativa de enquadramento do condomínio como fornecedor de serviço, face à definição específica de serviço contida no parágrafo 2º do mesmo artigo 3º, da lei consumerista.

Portanto, face a ausência de uma das partes da relação, o fornecedor, pode-se afirmar que a relação condominial não se caracteriza como relação de consumo.

Também poder-se-ia fazer tal afirmação pelo simples fato de que as despesas originadas pelo condomínio e que devem ser suportadas pelos condôminos, não podem ser consideradas relação de consumo, mas pagamento de produtos ou

serviços fornecidos ou prestados por terceiros ao condomínio, não se aplicando, portanto, as regras do CDC.

Ainda, pode-se afirmar que a relação condômino/condomínio não se caracteriza como relação de consumo, em razão da natureza jurídica do condomínio. Embora existam entendimentos diversos, a doutrina é uníssona em afirmar, com referência ao condomínio, as faculdades inerentes ao domínio, ou seja, uma pluralidade de sujeitos titulares do domínio sobre uma coisa. Dessa forma não seria possível caracterizar a relação condominial como relação de consumo, porque se teria, na prática, o condômino sendo fornecedor de serviço para ele próprio.

Nem se alegue que isto somente ocorreria se o condômino fosse parte integrante da administração do condomínio, porque mesmo não o sendo, o eventual síndico é um mero representante dos demais condôminos na administração da coisa comum.

A mesma análise pode ser estendida à Convenção Condominial que tem natureza normativa, derivada de um direito estatutário, que obriga a todos que ocupam o edifício. Ainda que se possa atribuir natureza contratual à Convenção, este contrato não seria derivado de uma relação de consumo, mas sim como auto-regulação de conduta de um agrupamento social composto pelos condôminos, os quais se autodeterminam regras de comportamento.

O certo é que, sejam quais forem os argumentos utilizados, não é possível o enquadramento da relação condominial como relação de consumo e a jurisprudência pátria é uníssona neste sentido.

Prova disto é que mesmo o CDC vigorando desde setembro de 1990 e possuindo expresso no seu artigo 52, parágrafo 1º, a previsão da multa moratória máxima em 2% (dois por cento) para as relações de consumo, utilizava-se, de forma pacífica, a multa convencional de até 20%, prevista no artigo 12,

parágrafo 3º, da Lei Condominial, a Lei 4591/64, ou seja, fosse possível enquadrar-se a relação condominial como relação de consumo, o CDC teria revogado o disposto na Lei condominial, pelo princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior quando seja com ela incompatível (art. 2º, par. 1º, da LICC).

A multa condominial somente passou a 2% por força de disposição expressa do Código Civil de 2002 (art. 1336, par. 1º), que regula as relações cíveis, como a relação condominial.

Conclusão

O atual Código Civil, por força da Constituição Federal de 1988 e à qual está subordinado, possui um viés interpretativo e um paradigma baseados numa preocupação social e ética, diferentemente do que ocorria com o antigo Código, de 1916, que se baseava, fundamentalmente, em ideias liberais e individualistas, protegendo o indivíduo, de forma isolada, ainda que contrariamente a um interesse social.

Em razão disso, o Código Civil traz instrumentos inovadores para regular os negócios jurídicos, como os contratos imobiliários. Traz, dentre seus artigos, entre outros dispositivos, por exemplo, a proteção da probidade e da boa-fé objetiva (artigo 421), da função social do contrato (art. 422), da cláusula resolutiva (art. 475), da resolução por onerosidade excessiva (art. 478), que vem positivar a já conhecida teoria da imprevisão criada pela jurisprudência e que já vinha regulada no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso V).

Aliás, o atual código civil, além da teoria da imprevisão apropriou-se de outros dispositivos, antes somente reguladores das relações de consumo, como por exemplo do contrato de adesão regulado nos artigos 423 e 424. Ainda, inovou o novo estatuto quando prevê como defeitos do negócio jurídico, além dos já conhecidos erro ou ignorância (art. 138), dolo (art. 145), coação (art. 151) e fraude contra credores (art. 158), também,

o estado de perigo (art. 156) e a teoria da lesão (art. 157), os quais igualmente permitem a anulação do contrato quando devidamente caracterizados e comprovados tais institutos, em prejuízo de um dos contratantes.

Porém, o que distingue, efetivamente, o atual Código Civil de seu antecessor é a sua projeção para o futuro, através de suas normas abertas, das suas cláusulas gerais e de seus conceitos jurídicos indeterminados, que caracterizam a abertura do ordenamento para as modificações da realidade, ou seja, o ordenamento fica em condições de regular condutas que não foram e que não podiam ser previstas pelo legislador, permitindo ao julgador fazer justiça ao caso concreto, não mais ficando preso à letra fria da lei, o que o obrigava, muitas vezes, a praticar injustiças em nome do Direito.

Por isso, a distância que antes separava a relação de consumo das demais relações cíveis foi substancialmente reduzida.

Os contratos imobiliários consumeristas sempre poderão valer-se do Código Civil, assim como os contratos imobiliários não consumeristas, igualmente, por analogia, se for necessário, a fim de fazer justiça ao caso concreto, poderão valer-se das normas protetivas do CDC, a fim de proteger eventual hipossuficiente. Até porque se é possível valer-se dos princípios constitucionais, dentro de um processo de constitucionalização do direito civil, com muito mais propriedade é possível valer-se de outro instituto civilista infra-constitucional.

Referências

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

NALIN, Paulo. *Do Contrato Conceito Pós-Moderno: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato Imobiliário e a Legislação Tutelar do Consumo*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benti; PAIVA, Joao Pedro Lamana (organizadores). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

O conflito de direitos na suspensão do fornecimento de energia elétrica diante da inadimplência e da irregularidade

Claudia Fragomeni*
Ramiro Schnorr Grando**

“Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.”

Mahatma Gandhi

Delimitação legal do tema

O presente trabalho tem como objetivo discutir a controversa questão acerca da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento e ou da prática da irregularidade com o intuito da obtenção de proveito econômico por parte do usuário, analisando o prin-

* Advogada. Prof. Ms.da Faculdade de Direito Universidade de Passo Fundo-UPF.

** Advogado. Membro do Conselho Municipal do Consumidor.

cípio da continuidade, essencialidade dos serviços constante nos ditames Constitucionais, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.987/95, Resolução 456/2000 da ANEEL, e sua interpretação pelo Poder Judiciário.

Na análise, se utilizou, além da legislação vigente, os julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal do 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, na verificação dos posicionamentos adotados. Em síntese, pretende-se discutir a possibilidade ou não da suspensão do fornecimento de energia elétrica (corte) após o advento da Constituição Federal/88, o CDC e outros textos legais posteriores, em casos específicos da inadimplência, especialmente da irregularidade no uso da energia elétrica.

Ao consumidor, a lei consumerista não reservou apenas direitos, mas também deveres, os quais devem observância, dentre eles, de contraprestar pelo produto ou serviço utilizado, adquirido ou disponibilizado e, como tal, se não adimplir sua obrigação pode ter suspenso o abastecimento sem óbice legal e sem que a concessionária incorra em exercício arbitrário das próprias razões.

Destarte, esta codificação trouxe requisitos que, obrigatoriamente, devem coexistir para que se afigure a relação denominada de consumo. São eles: fornecedor, consumidor e, objeto - representados pelo vínculo existente entre fornecedor e consumidor unidos por um produto ou serviço que permita a aplicabilidade da lei.

Há muitos consumidores que utilizam a manipulação do medidor como meio de economizar energia - consumindo o que precisam, todavia, pagando parcialmente pela energia gasta - gerando um prejuízo às empresas concessionárias, motivo pelo qual o assunto exige um novo enfrentamento.

Ressalta-se, ainda, que as empresas prestadoras de serviços públicos são instadas, pelo Poder Judiciário através de liminares concedidas no início do processo, como anteci-

pação de tutela, a manter o fornecimento, embora substancial regramento em vigor determinando o corte pela irregularidade e inadimplência. (RES 456/00 da ANEEL, Leis 8.987/95 e 9.427/96, com as modificações das Leis 10.438/02¹ e 10.762/03²).

Tal entendimento é muito nobre, na sua origem, todavia, a permanência da tutela antecipada deve ser reavaliada, após o momento da juntada dos documentos comprobatórios da fraude ou irregularidade, que acompanham a defesa da concessionária. Entretanto, a impossibilidade de corte vai protegendo o consumidor até final decisão judicial sentencial ou outra, podendo, inclusive, perdurar para sempre.

O prejuízo da irregularidade gera um encargo para terceiros, integrantes do mesmo corpo social, atingindo interesses coletivos difusos, que, em face do benefício econômico havido de forma ilegal pelos consumidores de má-fé, ao consumidor regular e correto restará a divisão das perdas decorrentes das fraudes, pagando parcela da energia gasta e não registrada em face da irregularidade.

Este conflito se descortina entre suposto direito individual do consumidor – que busca meios ilícitos visando à economia de energia – e o direito coletivo dos demais consumidores que são obrigados a pagar esta conta.

¹ LEI Nº 10.438, DE 26 DE ABRIL DE 2002 - Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis n o 9.427, de 26 de dezembro de 1996, n o 9.648, de 27 de maio de 1998, n o 3.890-A, de 25 de abril de 1961, n o 5.655, de 20 de maio de 1971, n o 5.899, de 5 de julho de 1973, n o 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.

² LEI N o 10.762, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2003 - Dispõe sobre a criação do Programa Emergencial e Excepcional de Apoio às Concessionárias de Serviços Públicos de Distribuição de Energia Elétrica, altera as Leis n o 8.631, de 4 de março de 1993, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

A tutela judicial que assegura a manutenção do fornecimento de energia para consumidores que utilizam de meios ilegais para se locupletar propicia a indisciplina, a inadimplência e proliferação de práticas fraudulentas. Afora este aspecto, não são raros os casos em que consumidores deixam, também, de pagar suas faturas regulares de energia, calçados nesta mesma liminar.

Na mesma linha, cabe destacar situações em que os consumidores que já praticaram ou autorizaram a fraude no seu equipamento de medição, após a desconstituição judicial dos débitos, reincidem na prática e tornam a fraudar seu equipamento. Assim, incontestável o valor pedagógico da sentença.

A fraude é o abandono definitivo da boa fé nas relações contratuais e choca-se com as regras protetivas de consumo. Além deste aspecto a fraude é tipificada penalmente como furto, com pena de até 8 (oito) anos de reclusão, na forma qualificada, consoante art. 155, § 3º e § 4º, do Código Penal³. Tal tipo penal está sendo descriminalizado e sociedade não mais se inibe em permitir ou manipular o equipamento de medição para obter proveito econômico.

A função do estado e a delegação de poder

A Constituição Federal de 1988 trouxe a reorganização das relações entre o Estado e os cidadãos estabelecendo novos horizontes a serem perseguidos e observados. Delineou e garante, desde então, para todos, os ideais de dignidade, de igualdade, de liberdade, de segurança, de propriedade e de justiça. Tais garantias constitucionais servem de instrumen-

³ Código Penal: Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

to para a operacionalização da justiça e da inclusão social, expressos no art. 170.⁴

Entretanto, o Estado não foi eficiente para manter, sob sua responsabilidade, tudo aquilo a que se auto-atribuiu (saúde, educação, segurança pública, etc.), especialmente no que tange ao atendimento de todos os serviços ditos essenciais, razão pela qual estendeu para empresas privadas⁵ o dever de cumprir seu papel, mediante o regime de concessões, consoante artigo 175⁶ da Constituição Federal. Tais pessoas jurídicas, de natureza privada, são conhecidas como prestadoras de serviços públicos.

O serviço público, nos ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles, é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.⁷

Para esclarecer quais são os serviços denominados essenciais, necessário se faz a leitura e o entendimento da Lei 7.783/89, conhecida como “Lei de Greve” que, mais especificamente, no seu artigo 10, inciso I, apresenta a produção e

⁴ Constituição Federal Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁵ Constituição Federal Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:...b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

⁶ 4 Constituição Federal Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros, 24. ed. p. 297 e SS

distribuição de energia elétrica, na relação dos serviços considerados essenciais:

*Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I Tratamento e abastecimento de água; **Produção e distribuição de energia elétrica**, gás e combustíveis.*

O Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal 8.078/90, é uma norma de ordem pública, de grande interesse social, onde o Brasil é paradigma para outros países, devido as características inovadora, bem como pela eficácia nos meios jurídicos e sociais, nas várias instâncias. Todos conhecem a lei e seus direitos.

O diploma protetivo teve origem, de forma autônoma, a partir do regramento constitucional, previsto nos artigos 5º, XXXII⁸, e 170, V⁹, da Constituição Federal. Tal norte principiológico, alçou o direito do consumidor ao *status* de garantia fundamental e, culminou, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que visa, na sua essência, proteger e regular as relações de consumo frente às atividades econômicas, em atenção ao consumidor pela sua fragilidade nas relações de comércio, distribuição, fabricação, prestação de serviços, tudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa e da ordem econômica.

Por outro vértice, a legislação consumerista não pode e nem deve ser aplicada indiscriminadamente, como se todas as relações existentes fossem relações de consumo passíveis de sua tutela. Sua aplicação deve dar-se de forma coerente, atingindo os objetivos, sem que se fira ou ofenda os demais princípios e regras do direito existente.

⁸ Constituição Federal Art. 5º XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁹ Constituição Federal Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

A possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica do consumidor inadimplente, não está pacificada no Poder Judiciário, por existir entendimento de que seria o corte, uma espécie de constrangimento ou coação ao pagamento do débito da irregularidade, condição vedada pelo art. 42¹⁰ do Código de Defesa do Consumidor. Ainda existe o questionamento sobre a suposta ofensa ao princípio da continuidade dos serviços públicos, igualmente posta no art. 22¹¹ do Diploma Consumerista.

Não obstante, pelo conteúdo do art. 6º § 3º, II, da Lei 8.987/95 – Lei das Concessões dos Serviços Públicos,¹² evidente se faz o permissivo do corte, quando traz que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio”, em caso de inadimplemento do usuário, considerado o interesse público.

A par disso, o consumidor tem, tanto quanto o fornecedor, o compromisso com a boa-fé e, ambos, têm o dever de agir lícitamente durante a contratualidade. Quando se interrompe esta cadeia, a relação de consumo fica desequilibrada, há a ruptura do princípio da boa-fé e, assim, se torna inaplicável

¹⁰ Código de Defesa do Consumidor: Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

¹¹ Código de Defesa do Consumidor: Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

¹² Lei 8.987/95 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

a codificação consumerista, devendo as partes recorrer a lei comum para a solução do conflito – onde nenhuma das partes vai estar mais protegida do que a outra.

A quebra da boa-fé nos contratos é muito visível e corrente nas relações que se estabelecem pela prestação de serviço público de água e luz, quer pelo não pagamento das faturas, quer pela intenção de diminuir o consumo mediante a manipulação dos equipamentos de medição, em prejuízo das empresas concessionárias e, por conseguinte, de toda a sociedade. Em qualquer dos casos acima citados, há uma ruptura do contrato.

Na inadimplência pura e simples há a falta da contraprestação pelo serviço já prestado, já disponibilizado e, na adulteração dos equipamentos de medição há a franca intenção(vontade inequívoca) do consumidor em ser beneficiado economicamente, em detrimento da empresa fornecedora/prestadora de serviço público, ocasionando o enriquecimento sem causa, tão reprimido e repellido pelo ordenamento nacional.

Veja-se que a proteção consumerista tem como pressuposto a fragilidade do consumidor, denominada hipossuficiência. Tal condição não se denota sempre factível quando constatada a má-fé na relação de consumo, onde é patente a intenção de obter o proveito econômico. Explica-se: o consumidor é frágil frente às empresas em geral, se considerado em si, como pessoa única. Se observado sob a ótica da sociedade, enquanto grupo, se torna portentoso e perde a característica da fragilidade e hipossuficiência. Veja, por exemplo, se todos os consumidores de uma determinada cidade deliberassem pelo não pagamento das faturas de água e ou luz ou deliberassem pela manipulação dos seus equipamentos para pagar a menor pela energia consumida.

O resultado da ação coletiva decorrente da inadimplência geraria um colapso inevitável do fornecimento, que culmi-

naria com a falta de água ou de luz. A empresa concessionária do serviço público estaria submetida ao deliberado pelo grupo e teria grandes dificuldades em manter a disposição do consumidor o produto e serviço com eficiência que a lei lhe determina.

Nesta situação, o conceito de hipossuficiente se afasta totalmente do consumidor, posto que frágil na relação de consumo tornar-se-ia as fornecedoras que, em razão da falta da contraprestação ou da irregularidade das medições, não teriam condições de manter ou colocar a disposição os seus produtos, suportando os encargos e multas que lhe serão exigidos pela União, por força do contrato de concessão. O exemplo demonstra que a condição de hipossuficiência não está sempre arraigada ao consumidor, mas é móvel na relação.

Vale gizar que na administração pública não existe, para as concessionárias, qualquer liberalidade para decidir ou mudar sua forma de ação, optar por fazer ou não fazer algo. Esta fica rigidamente adstrita aquilo que **deve fazer**, em pleno alinhamento com o regramento legal, sob pena de sofrer as penalidades inerentes a sua responsabilidade.¹³

Embora exista uma dificuldade prática – e até um desinteresse das empresas em provar a autoria da manipulação na medição de energia – o consumidor titular ou usuário da unidade de consumo – beneficiário da fraude – responde pelos prejuízos econômicos que a concessionária suportou em razão das perdas comerciais, mesmo sem haver a apuração da responsabilidade penal, tudo com base no princípio do proveito econômico.

¹³ RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 63, DE 12 DE MAIO DE 2004 Aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais.

A legislação pátria não concebe enriquecimento sem causa, e diante do proveito obtido pelo consumidor que manipulou o equipamento de medição, resta a responsabilidade civil, na medida em que deixa de pagar pela energia que consome, adimplindo apenas parte do devido.

A Resolução 456/00 da ANEEL, no artigo 37¹⁴, determina o direito e a obrigação da empresa concessionária de energia elétrica em fiscalizar os medidores de energia e, uma vez constatada a irregularidade, o resultado apurado (consumido e não registrado pelo medidor adulterado) serve de base de cálculo para cobrança dos valores consumidos e não registrados, comprovada pela queda acentuada de consumo, e o grau, em sentido inverso, após a regularização.

Tal ato fiscalizatório se faz acompanhar do Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI), devidamente documentado e firmado pela parte fiscalizada, alcançando ao expediente a presunção de legalidade e validade, consoante determina o art. 72,¹⁵ letras a, b ou c, da Resolução 456/00 da ANEEL, que

¹⁴ Resolução 456 da ANEEL: Art. 37. A verificação periódica dos medidores de energia elétrica instalados na unidade consumidora deverá ser efetuada segundo critérios estabelecidos na legislação metrológica, devendo o consumidor assegurar o livre acesso dos inspetores credenciados aos locais em que os equipamentos estejam instalados.

¹⁵ Resolução 456 da ANEEL: Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências:

a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;

b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade; e

c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou das demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.

também estabelece a forma de cálculo para a recuperação do consumo.

Após os procedimentos fiscalizatórios o consumidor é notificado acerca da irregularidade, o valor devido, os tempos e prazos para a interposição de recurso administrativo, conforme preconiza o art. 78,¹⁶ da Resolução 456/00 da ANEEL. Apreciado o recurso pelas instâncias administrativas, subsistindo as razões da cobrança, e não havendo a adimplência do consumidor ao extrafaturado, a concessionária pode suspender o fornecimento de energia elétrica, fulcrada nos artigos 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95,¹⁷ e art 91, da Resolução 459/00 da ANEEL.¹⁸

Ademais, ao consumidor incumbe a responsabilidade pela guarda e conservação do equipamento de medição que lhe é deixado em depósito pela concessionária, conforme o art.

¹⁶ Resolução 456 da ANEEL: Art. 78. Nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, a concessionária deverá informar ao consumidor, por escrito, quanto:

§ 1º Caso haja discordância em relação à cobrança ou respectivos valores, o consumidor poderá apresentar recurso junto a concessionária, no prazo de 10 (dez) dias a partir da comunicação.

§ 2º A concessionária deliberará no prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento do recurso, o qual, se indeferido, deverá ser comunicado ao consumidor, por escrito, juntamente com a respectiva fatura, quando pertinente, a qual deverá referir-se exclusivamente ao ajuste do faturamento, com vencimento previsto para 3 (três) dias úteis.

§ 3º Da decisão da concessionária caberá recurso à Agência Reguladora Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso, ou, na ausência daquela, à ANEEL, no prazo de 10 (dez) dias, que deliberará sobre os efeitos do pedido.

¹⁷ Lei 8.987/95: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

¹⁸ Resolução 456 da ANEEL: Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica;

105¹⁹ da referida Resolução. Logo, mesmo que não manobre pessoalmente o equipamento, a simples autorização para que alguém o faça, configura descumprimento dos termos contratuais, quebra da boa-fé objetiva e o direito da concessionária ser ressarcida dos prejuízos decorrentes da ação.

O fornecimento de energia se dá através de contrato bilateral, sinalagmático, regido pelas regras do direito privado, dentre elas o art. 476, do Código Civil,²⁰ que determina que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Trata-se do princípio da *exceptio non adimplenti contractus*, de plena aplicação à matéria.

Entretanto, a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica do consumidor inadimplente e irregular vem sendo debatida pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível Nº 70021646856, julgada pela Primeira Câmara Cível, em 28/11/2007:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE. Tratando-se de relação de consumo, referente a bem essencial, como a energia elétrica, inviável pensar-se em corte no seu fornecimento. Aplicação, à espécie, do CODECON, que impede qualquer espécie de ameaça ou constrangimento ao consumidor (art. 42, do CDC). HONORÁRIOS ADVOGATÍCIOS. Incidência da regra do art. 20, §4º, do CPC, para a fixação da verba honorária. Redução da verba honorária. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, POR MAIORIA. VOTO VENCIDO. (Apelação Cível Nº 70021646856, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 28/11/2007).

¹⁹ ‘Resolução 456 da ANEEL: Art. 105. O consumidor será responsável, na qualidade de depositário a título gratuito, pela custódia dos equipamentos de medição da concessionária quando instalados no interior da unidade consumidora, ou, se por solicitação formal do consumidor, os equipamentos forem instalados em área exterior da mesma.

²⁰ Código Civil: Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Entretanto, há decisões deste mesmo Tribunal considerando que o interesse da coletividade deve prevalecer em relação ao individual. Estas decisões albergam o interesse público e a garantia de adequação dos serviços que são mais eficazmente obtidos com a diminuição da inadimplência e da irregularidade.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível Nº 70026340646, da Comarca de Passo Fundo, julgada pela Primeira Câmara Cível, em 22/10/2008, de relatoria do Desembargador Irineu Maria-
ni, assim se pronunciou:

APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. PEDIDO DECLARATÓRIO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. FRAUDE PROVADA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE.

I – Autoria da fraude (responsabilidade civil e princípio do proveito econômico). Tratando-se de responsabilidade civil, desimporta quem praticou a fraude no sistema de medição de energia elétrica, pois vigora o princípio do proveito econômico. Ademais, como depositário do equipamento, com decorrente dever de custódia, e circunstâncias de acesso exclusivo ao local (cubículo), presume-se a autoria.

II – Objeto da ‘defesa do consumidor’. O objeto da defesa do consumidor (CF, arts. 5º, XXXII, e 170, V) é a proteção do mercado consumidor face ao mercado fornecedor na medida em que este comete infrações à ordem econômica. Nisso se exaure o objeto da proteção da relação de consumo, seja comum (regida pelo CDC, como lei geral), seja especial (regida pelas Leis 8.987/95 e 9.427/96, com as modificações das Leis 10.438/02 e 10.762/03), caso em que se aplica a lei geral apenas subsidiariamente. Dessarte, a defesa do consumidor está vinculada aos interesses econômicos, os quais têm como pressuposto o consumo lícito, e não ilícito; logo, não inclui a proteção à fraude, como acontece nas violações ao sistema de aferição do consumo de energia elétrica.

III – Ônus da prova.

1. No consumo lícito, vigora como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor, tanto na relação de consumo comum quanto especial envolvendo os serviços públicos (CDC, art. 12;

CF, art. 37, § 6º). Só vigora a subjetiva no caso de fornecedor profissional liberal (CDC, art. 14, § 4º). Neste caso, o juiz pode inverter o ônus da prova, desde que demonstrada a situação de hipossuficiência face ao fornecedor e a verossimilhança da alegação (CDC, art. 6º, VIII). Na responsabilidade objetiva, o ônus da prova se acha naturalmente invertido para o consumidor.

2. Na fraude ao sistema de medição no consumo de energia elétrica, admitindo-se que mesmo assim tem a fornecedora contra si o ônus da prova, mostra-se suficiente o Termo de Ocorrência de Irregularidade, aliado a outros elementos evidenciadores do fato.

IV – Valor do débito (cálculo de recuperação de consumo).

1. No impedimento ao acesso para leitura do medidor (Resolução 456/00, da ANEEL, art. 70), (a) o valor de consumo ocorre pela média dos últimos três faturamentos; (b) o valor de demanda ocorre pelo valor contratado; (c) o procedimento só ocorre por três ciclos consecutivos, após o qual, quanto às parcelas referentes às demandas, é feito um ajuste; e (d) se, após três ciclos consecutivos, persistir o impedimento, o problema passa a ser regido pelo art. 48, sem possibilidade de haver compensação ao consumidor por eventual cobrança a maior.

2. Na deficiência no medidor ou demais equipamentos de medição (Resolução 456/00, art. 71), (a) o valor de consumo ocorre pela média dos últimos três faturamentos; (b) se a deficiência ocorrer por ação ou omissão da concessionária, a cobrança retroativa da diferença fica restrita a um ciclo, incluído o da constatação, e sem limite retroativo se comprovadamente ocorrer por ação do consumidor; e (c) se a deficiência tiver sido provocada por aumento de carga à revelia da concessionária, há forma diferenciada de apuração do valor.

3. Na irregularidade ou fraude (Resolução 456/00, arts. 72, 73, IV, e 74), (a) lavratura de Termo de Ocorrência de Irregularidade; (b) quanto ao cálculo do valor, há uma seqüência: (1) cálculo pela efetiva diferença entre a quantidade registrada e a efetivamente consumida; não sendo isso possível, então, (2) cálculo pelo maior consumo nos últimos doze ciclos de medição normal anteriores ao início da irregularidade; não sendo possível também isso, então, (3) cálculo por estimativa baseada em outras unidades consumidoras com atividades similares; e (c) cobrança de até 30% a título de custo administrativo.

3.1 – O cálculo, casos de fraude, quando com base nos últimos doze ciclos anteriores à irregularidade, não ocorre pela média aritmética, mas pelo maior valor. É o risco a que se sujeita quem viola o sistema de aferição.

3.2 – Não há limite de tempo na cobrança retroativa, motivo pelo qual descabe limitá-la, por exemplo, aos últimos 12 ou 24 meses anteriores à constatação da fraude, inclusive porque isso estimula a prática, na medida em que, uma vez vencido o período, todo o consumo antecedente fica de graça, o que significa premiar o fraudador.

3.3 – A cobrança de até 30% a título de custo administrativo não traduz multa moratória ou sancionatória, limitada a 2% (Resolução 456/00, art. 89), e sim multa compensatória ou resarcitória, isto é, perdas e danos previamente fixados (fixação a forfait, quer dizer, preço feito). O art. 52, § 1º, limita a moratória sem excluir a compensatória.

V – Suspensão do fornecimento de serviço público (relação de consumo especial). Possibilidade.

1. Motivo especial. Tratando-se de débito decorrente de fraude no sistema de aferição, impõe-se admitir a suspensão do fornecimento, como medida coativa à adimplência, sob pena de estimular-se a prática ilícita.

2. Motivo comum.

2.1 – Princípio do serviço adequado. O art. 6º da Lei 8.897/95 estabelece que todo serviço público objeto de concessão ou de permissão deve ser adequado, assim entendido o que, dentre outras características, a cumpre a continuidade (§ 1º).

2.2 – Princípio do serviço contínuo. A legislação não conceitua serviço contínuo, todavia, pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.897/95, não caracteriza descontinuidade a suspensão por inadimplência do usuário, considerado o interesse da coletividade. Ademais, a continuidade não quer dizer consumo incondicional ou independente de pagamento, e sim disponibilidade contínua. A fornecedora deve manter, constantemente, o mercado abastecido para fins de consumo potencial, e não que pode haver consumo efetivo sem a obrigação de pagar.

2.3 – Princípio da consideração do interesse da coletividade.

2.3.1 – Consumidores privados. A proteção (“consideração”) do interesse da coletividade ocorre pela preservação dos sistemas de geração e de distribuição, o que por sua vez, só acontece pela adimplência dos consumidores.

2.3.2 – Consumidores públicos. O art. 17 da Lei 9.427/06, com as modificações das Leis 10.438/02 e 10.762/03, autoriza o corte, apenas que, por também repercutir negativamente sobre parcela da coletividade, há necessidade de prévio aviso com prazo de quinze dias.

VI – Dispositivo.

Apelação provida.

O Tribunal Regional Federal 4ª Região, conhecendo matéria similar, externou decisão favorável à concessionária, permitindo o corte, em casos de inadimplência do usuário decorrente de consumo regular ou irregular, conforme abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ADULTERAÇÃO DE EQUIPAMENTO MEDIDOR. CORTE DO FORNECIMENTO. 1. O fornecimento de energia elétrica é serviço público prestado mediante contraprestação do usuário, justificada e admitida a sua interrupção na falta de pagamento. Isso não constitui a descontinuidade do serviço ou meio coercitivo para obtenção do pagamento, mas a compreensão de que a ninguém é dado exigir a prestação de outrem, enquanto omisso na própria correspondente contraprestação consoante basililar regra de Direito. 2. Admitida a interrupção do serviço na mais elementar conformação da relação entre o fornecedor e o usuário, com mais forte razão se a admite na constatação da adulteração do equipamento medidor do consumo. A fraude não advém de obra do acaso mas resulta produzida deliberadamente, incabível, na sua ocorrência, compelir o prestador a seguir prestando o serviço, o que, em inversão de valores, estará a servir à solércia, laborando como prêmio de estímulo à má-fé, à prática ilícita. (TRF4, AMS 2004.71.12.006522-6, Quarta Turma, Relator Amaury Chaves de Athayde, D.E. 12/03/2007).

Na mesma senda, entendendo lícita a suspensão do fornecimento de energia em caso de recuperação de consumo decorrente de fraude, decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Recurso Especial nº 806985 / RS, publicado dia 27/11/2008:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.

INADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE. IRREGULARIDADES NO MEDIDOR. FATURAMENTO DAS DIFERENÇAS.

1. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei n. 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). Precedentes.

2. O disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95, ao explicitar que, na hipótese de inadimplemento do usuário, a interrupção do fornecimento de energia não caracteriza descontinuidade do serviço, afasta qualquer possibilidade de aplicação dos preceitos ínsitos nos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

3. O fato de o caso dos autos tratar de débitos apurados unilateralmente pela empresa concessionária ante suposta fraude em medidor de energia elétrica e em virtude de valores decorrentes de diferenças de consumo não modifica as conclusões acima indicadas. Evidentemente que o consumidor que fraudar o medidor tem intenção de que o real consumo de energia por ele realizado seja camuflado, normalmente com o fim de pagar menos do que seria efetivamente devido. Portanto, não há dúvida quanto à existência de energia consumida que não fora quitada. Seria um contra-senso o entendimento de que é permitida a suspensão de energia por consumo ordinário não-pago, e de que não é permitida na hipótese de consumo que não foi pago em razão de ter sido camuflado pelo consumidor.

4. Recurso especial provido.

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

(Recurso Especial nº 806985 / RS, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Ressalta-se, que mesmo a concessionária de energia tendo outras maneiras para buscar seus créditos em relação aos consumidores inadimplentes e irregulares, a suspensão de energia elétrica, por falta de pagamento, tanto do consumo regular de energia elétrica ou o consumo decorrente da fraude, é possível, com base no que dispõe o art. 153,²¹ do Código Civil, que chancela o exercício regular de direito.

Todavia, na maioria das vezes, o consumidor irregular ao ser notificado para o pagamento da irregularidade, com aviso de corte, busca no Poder Judiciário antecipação de tutela para obstar a suspensão do corte ou determinar a religação imediata do fornecimento. No mesmo despacho inicial, se determina a manutenção do fornecimento, a inversão do ônus da prova, tudo fulcrado no Código de Defesa do Consumidor.

Com tal decisão o Estado, na figura do juiz, determina que a empresa concessionária faça a prova, porquanto não possível ao consumidor fazê-la. A concessionária produz a prova, elabora termos de ocorrência, junta fotografias, levantamentos, laudo pericial e ao final do feito, em sede de sentença não são raras as decisões que determinam pela desconstituição total do débito decorrente da irregularidade, pela unilateralidade da prova, pela falta de autoria, entre outros argumentos, coroando de êxito a ação marginal e reprovável da fraude nas medições, que tanto dano social gera.

A impunidade é o mais alto degrau de satisfação que o consumidor fraudador almeja atingir. Nenhum risco lhe abate, pois litiga ao abrigo da AJG – sem qualquer risco – e ao final terá seu débito desconstituído e, vezes ainda, será credor de indenização por danos morais em face ao corte da energia, a ser suportado pelas concessionárias.

O Poder Judiciário deve ter a noção clara e necessária da função pedagógica da sentença, pois ela pode (re)educar o ci-

²¹ Código Civil Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

dadão ao consumo hígido e mitigar o uso deliberado da fraude como forma de economia, em prejuízo dos interesses difusos e da concessionária; assim como pode incentivar e fazer proliferar, como ora se vê, pela descriminalização das condutas pela sociedade, com a disseminação das práticas irregulares por particulares.

Necessário se faz a imediata mudança de postura frente a toda esta problemática legal, social e comportamental, ressaltando o dever consciente de preservação dos recursos hídricos finitos, pois a geração de energia ainda repousa sobre esta realidade e dela dependerá por muito tempo.

Com tudo isto, dá-se conta de que o que mais faz falta para a sociedade hodierna são valores, principalmente aqueles que deveriam vir das instâncias informais, do berço, família, escola. Não é à toa que se vive em tempos de impunidade. Os interesses de uns valem mais que de outros e se sobrepõem aos da maioria, sem qualquer via de retorno.

O consumidor tem vários protetivos legais, mas não pode olvidar dos deveres que lhe são atinentes e, estão inculpidos no Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, igualmente importantes. O julgador, da mesma forma, não pode descuidar da supremacia do interesse público sobre o particular e, a continuidade dos serviços ditos como essenciais, depende da contraprestação adequada pelo consumidor.

Conclusão

A carta constitucional conhecida como a Constituição Cidadã proporcionou para a sociedade brasileira novos valores sociais, novos paradigmas, garantias de inclusão e a busca efetiva da Justiça. Positivou princípios a serem utilizados na solução de conflitos advindos da interpretação e aplicação de suas normas em harmonia com a legislação infraconstitucional.

Com o advento da Lei nº 8.987/95, a qual normatizou os institutos da concessão e permissão dos serviços públicos, regulamentou a possibilidade de suspensão do fornecimento de por falta de pagamento. Veio em momento posterior ao CDC, regulando de forma específica aquilo que ficara omissis no referido diploma e, desta maneira, perfeitamente aplicável às relações jurídicas que disciplina, em específico, a interrupção do fornecimento de energia em caso de inadimplência do usuário, uma vez que o serviço não é gratuito e o consumidor tem o conhecimento de que deverá contraprestar pelo produto posto a sua disposição.

O Poder Judiciário, ao prestar a jurisdição, em casos de colisão dos direitos envolvidos na relação, vislumbra nova posição para considerar legal a suspensão do fornecimento de energia frente a inadimplência e a irregularidade, conforme ilustração jurisprudencial já referendada. Tal posicionamento entende que não se caracteriza descontinuidade do serviço a sua interrupção nestas condições, considerada a supremacia do interesse da coletividade.

Não se está a desprezar os regramentos do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, a aplicação deste preceito cinge-se ao consumo dos locais prestadores de serviços públicos essenciais, como hospitais, escolas, prédios da administração pública, etc.. Assim, defende-se que a suspensão do fornecimento do serviço de energia elétrica por inadimplemento ou pela prática de irregularidade (fraude) do usuário, por se tratar de contrato bilateral, oneroso, de direito privado, não fere os dispositivos da Constituição Federal e nem a legislação consumerista, tanto quanto não representa exercício arbitrário, pois o regime de concessão regulou de forma especial e em harmonia com a legislação vigente.

Ocorrendo o conflito de direitos – de um lado o direito individual de utilizar energia sem a devida contraprestação e sem suspensão do serviço – e de outro – o direito coletivo

de pagar a energia que consumiu, sem adimplir valores decorrentes da inadimplência ou irregularidade alheia - deve preponderar o direito coletivo, pois graduado acima do individual, segundo os ditames constitucionais.

Referências

ANEEL *Resolução n° 456*, de 30 de novembro de 2000. Estabelece as condições gerais para prestação do serviço público de energia elétrica.

BRASIL. *Código civil*. Organização dos textos, notas remissivas por Antonio Luiz de Toledo Pinto, 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código penal*. Organização dos textos e interpretação jurisprudencial por Albert Silva Franco. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Código De Proteção e Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1990.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 10ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1998.

_____. *Lei n° 8.987*, de 14 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Malheiros, 24. ed.

Instâncias extrajudiciais

(8/7/9)

José Álvaro de Vasconcelos Weisheimer*

Introdução

A vida em sociedade humana é pautada por desajustes causados pelo convívio entre semelhantes, o ser humano vive em sociedade e essa vida em sociedade leva a desajustes sociais. Sabe-se que mesmo os mais primitivos grupos humanos tinham seus aspectos normativos, ou seja a norma é fundamental a vida em sociedade como fator determinante a regulação das condutas.

No processo evolutivo, depois de resolvidos os problemas em nível pessoal o cidadão se voltou a uma dimensão transpessoal, a vida em sociedade. A vida em sociedade com seus inúmeros desajustes, normalmente regulados pelo direito positivo, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, exceto em virtude de lei, parece trazer a solução. Porém mesmo

???

• • • CURRÍCULO DO AUTOR

com regulamentação desta vida em sociedade, se torna necessário alguém para dizer a lei aplicável ao caso concreto, apaziguar, e se for o caso, obrigar sua execução, aí entra o poder Judiciário. Poder esse que não comporta o número sem fim de processos, demanda além do seu limite, já que qualquer pretensão pode ser alvo de análise por parte do judiciário.

Desajustes sociais

O cidadão busca uma resposta para sua demanda, essa resposta ameniza as relações da vida em sociedade gerando paz social. Se não fosse assim, ele por seus próprios meios iria em busca de soluções, normalmente pela força. O Estado detém o monopólio da força, isso é só ele dispõe da coação em grau máximo, só ele pode obrigar. Porém, além do monopólio da força o Estado dispõe do monopólio da jurisdição.

Segundo Miranda¹ os grupos e forças sociais não podem coexistir, prevaleçam estes ou aqueles interesses sem a garantia prestada pelo Estado, por outro lado, o Estado, a sociedade urbana e industrializada num regime democrático, não pode prescindir da regulação dos conflitos.

Tendo em vista conforme preceituado na Constituição que a lei não pode excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, nos conduz a ideia de que qualquer situação, mesmo as que possam parecer insignificantes, teoricamente poderão ser alvo de análise, o que acabou sobrecarregando o sistema que se tornou lento demais, e esse emperramento gera insatisfações cada vez maiores, afinal o cidadão individualmente busca por justiça ao seu caso concreto, e na sua ótica esse é o mais importante de todos. Rui Barbosa já dizia, justiça tardia é injustiça, assim existe uma resistência ao ingresso em juízo principalmente pela demora, além dos

¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 172.

custos e procedimentos, deixando o cidadão muitas vezes descredenciado e na ponderação opta por arcar ou aceitar alguma injustiça, assim sem ver solução ao seu caso, o que gera insatisfações o que não é objetivo do Estado.

O Direito Processual Constitucional guiando procedimentos

Como o processo é o meio legal de se resolver lides na vida em sociedade, envolve-se no presente estudo o tema Direito Processual Constitucional.

Rapidamente poderia-se dizer que o processo é um conjunto de atos coordenados entre si que visam solucionar a lide.

O Direito como um todo encontra sua base de sustentação na Constituição Federal, assim tanto os processos judiciais como os administrativos seguem normas lá previstas, evidenciando o Direito Processual Constitucional como um sub-ramo do Direito Constitucional.

Assim, o Direito Constitucional é a matriz, já o Direito Processual Constitucional é um sub-ramo contendo normas processuais, destacando que será dada especial ênfase ao processo administrativo e instâncias extrajudiciais, foco principal do presente estudo, lembrando que às normas de Direito Processual Constitucional todos tipos de processo a elas se submetem, pois mesmo informal, o processo administrativo obedece as regras do devido processo legal.

Segundo Silva,² quando se fala em processo e não em procedimento, refere-se a formas instrumentais adequadas para que a proteção jurisdicional entregue ao Estado, e dê a cada um o que é seu, segundo imperativos da ordem jurídica.

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 432

Disse Aristóteles, (filósofo grego 384 a 322 a.C.) ultrapassando os limites do tempo, que o homem é um ser social e assim, necessita viver em sociedade. A grande preocupação da Ciência Jurídica é o comportamento e o relacionamento do ser humano no grupo social em que vive, assim, o objetivo maior do Direito é o ordenamento da conduta dos seres humanos em sociedade, a fim de que o Estado atinja seu supremo objetivo de paz social, segurança e justiça para todos.

O ser humano age conforme suas necessidades, sendo obrigado a procurar os bens da vida, essa procura, esse interesse pode encontrar resistências, gerando lides. Na vida em sociedade sempre se procurou soluções para uma pacífica vida em sociedade, longo, foi o processo evolutivo que resultou no ordenamento jurídico, jurisdição.

A palavra jurisdição remete a Montesquieu, o dogma da separação dos poderes, jurisdição é uma atividade pública exercida no lugar de outra pessoa. Destaca-se que a jurisdição é uma atividade provocada, provocada pela ação, e a aplicação da lei diante do caso concreto chama-se jurisdição.

Tipifica a Constituição, no art. 2º da CF/88 onde diz, são poderes da União, o legislativo, o executivo e o judiciário; esse último até então como o único a solucionar juridicamente desacerdos sociais, e refere-se a três tipos de processo:

- o legislativo, art.59, CF/88;³
- o administrativo, art.5, LV; e art. 41, § 1º, inciso II, CF/88;⁴

³ Art.59, CF/88. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.

⁴ Art. 5, LV, CF/88. – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 41, § 1º CF/88. O servidor público estável só perderá o cargo: II- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

– o judicial, art.5, LV(55); e 184 § 3º.⁵

Ainda, o art.22 CF/88 estabelece competir privativamente a União legislar sobre o Direito Processual. Fica nítida a relevância, monopólio do Estado, da União, em legislar sobre tão relevante assunto.

Todas normas de Direito Processual Constitucional derivam do princípio concentrador do devido processo legal (due process of law); genericamente, o princípio do devido processo legal é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, ou seja, tudo que disser respeito à tutela da vida, liberdade e propriedade está sob o proteção desse princípio.

Conforme artigo 5º, LIV,CF/88 prevendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, tal princípio envolve o processo civil, o processo penal, o processo do trabalho bem como o procedimento administrativo.⁶

Princípios Processuais.

Serão estudados alguns princípios processuais mais direcionados ou que tenham relação ao tema principal, as instâncias administrativas ou conciliatórias, objetivo maior do trabalho, evidenciando o princípio concentrador do devido processo legal, ou seja todos os demais advém dele. Observa-se que nem todos princípios aqui anotados são a risca seguidos pelos processos extrajudiciais, porém busca-se oferecer uma visão de suas particulares relevâncias.

No artigo 5º, LV, CF/88 anteriormente citado, nota de rodapé número 3, está disposto no mesmo plano, processos judiciais e administrativos, assegurando o contraditório e a

⁵ Art. 5 Art. LV, CF/88. – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 184 § 3º CF/88. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Remédios Constitucionais. Barueri, SP: Manole, 2004, p.27.

ampla defesa, porém outros tantos são de grande relevância, motivo pelo qual se elenca alguns outros.

Inafastabilidade do controle jurisdicional

Por primeiro destaca-se a preponderância do poder judiciário frente a outras instâncias por mais benéficas que possam ser, garantindo a cidadão a possibilidade de sempre recorrer ao judiciário.

No nosso Estado democrático de Direito está estabelecido que os litigantes tem pleno acesso ao judiciário, sendo inafastável esse acesso, complementando que não há espaço para fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei conforme art. 5, II, CF/88, assim o poder judiciário está inteiramente submetido à ordem jurídica, que também envolve os jurisdicionados.

Pode-se afirmar que nenhuma lesão ao direito ou ameaça pode ser afastada a apreciação do judiciário, assim, o acesso à justiça é previsto na Constituição pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Tem-se tal princípio como direito público subjetivo.

Tal princípio, da inafastabilidade da tutela jurisdicional só contempla uma exceção, quanto à disciplina e às competições desportivas, refere-se a instância administrativa de curso forçado, evitando insegurança, tumulto, o judiciário só pode apreciar essas questões após 60 dias da instauração na justiça administrativa, porém após esse período, o judiciário fica livre a demanda. Como se percebe, tudo, todas questões podem acabar no judiciário, isso numa sociedade em evolução e cada vez mais atenta aos seus direitos, que são tipificados dia a dia. O resultando da aplicação do princípio da inafastabilidade, é que nenhum processo administrativo, pode impedir acesso ao judiciário, exceção feita ao caso da justiça des-

portiva, por expressa previsão Constitucional, art.217, §1º da CF/88.

O princípio da inafastabilidade do judiciário visa proteção ao cidadão, mas também se observa o judiciário substituindo professores na avaliação de provas, decidindo competições desportivas o que acarreta sempre em reflexões.

Acesso à justiça

Volta-se ao assunto sob outro prisma, destacando a relevância do assunto e a condução do tema a importância das instâncias extrajudiciais.

Esta garantia está estampada na atual Constituição em diversos artigos, de forma direta ou indireta, especialmente no art. 5º, XXXV, LXXIV e LXXVII que assim preceituam:

- a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
- são gratuitas as ações de habeas corpus e hábeas-data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

O próprio preâmbulo constitucional cita como valores supremos, entre outros, a igualdade e a justiça.

É dever do Estado assegurar esse direito aos que se encontram em situação de inferioridade econômica, social ou qualquer outra que se apresente, no sentido de impedir ou dificultar o acesso à justiça. Visa, assim, o Estado promover a igualdade de todos perante o direito e a justiça. Essa garantia fundamental estabelece mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos. Assim, a gratuidade é fundamental aos que comprovarem insuficiência de recursos. A garantia do acesso à justiça não prevê que o processo deva ser gratuito,

porém uma vez que a taxa judiciária seja empecilho ao acesso à justiça, entende-se que aquela é inconstitucional por ofensa ao princípio em tela. O tema também é entendido não só como acesso à prestação jurisdicional, mas, também, como a possibilidade de viver dentro de uma ordem social que garanta a cada ser humano o mínimo necessário à sua dignidade.

Embora haja gratuidade assegurada a todos com insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade, ainda há muita exclusão nos serviços judiciários, diante da inevitabilidade de algum dispêndio, como a realização de perícias, obtenção de documentos, compromissos estes que não serão suportados pelo defensor constituído. Considerando que a justiça é uma prestação pública de caráter essencial, deveria ser inteiramente gratuita a todos. O autor ainda sustenta que a manutenção das custas só se justificaria se sustentassem o equipamento judiciário, porém isso não ocorre, e o montante arrecadado talvez não seja suficiente sequer para pagar os setores encarregados de fazer o sistema funcionar.⁷

A indisponibilidade financeira constitui relevante pressuposto desincentivador à procura judicial. Segundo Assis,⁸ para evitar tornar inútil a garantia judiciária à maioria da população, ao menos aos desprovidos de fortuna ou recursos, que a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos.⁹ Porém, antes de colocar em condições materiais de igualdade, é necessário fornecer-lhes os meios mínimos para que ingressem na justiça sem embargo da ulterior necessidade de recursos e armas técnicas, promovendo, assim, o equilíbrio concreto. Dessa forma, a gratuidade é essencial à garantia do acesso à justiça. Ainda, distingue três institutos:

⁷ NALINI, José Renato. O Juiz e o acesso à justiça. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000, p. 611.

⁸ ASSIS, Araújo de. Garantia de acesso à justiça. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999, p. 9.

⁹ Idem.

- Assistência jurídica integral; que compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo.
- Assistência judiciária, ou seja, o serviço público organizado, consiste na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que também pode ser desempenhado por entidades não estatais.
- Gratuidade da justiça, refere-se à gratuidade de todas custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo.

O art.5º, LXXIV, da Constituição de 1988, assegura aos que provarem insuficiência de recursos assistência jurídica gratuita. O art. 2º caput da lei nº 1 060/50 estende o benefício da gratuidade aos nacionais e aos estrangeiros residentes no país.

Necessitado é todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família. Nota-se que a lei parece contemplar pessoas físicas.

Ainda segundo o autor supracitado, é irrelevante a renda pessoal, pois as custas podem ser vultosíssimas e sem recursos para elas o interessado. Da mesma forma, nenhum é o relevo da existência de patrimônio, pois parece absurdo que alguém se desfaça de seus bens para atender às despesas do processo, o qual, certamente, não lhe dará garantias de retorno à situação patrimonial anterior. Assim, o que existe é uma equação econômica: a noção de necessidade decorrente da inexistência de recursos financeiros, apurada entre a receita e a despesa, e a avaliação objetiva da figura do necessitado, definido definindo subjetivamente uma ideia de renda da pessoa, sempre motivo de críticas.

O conceito de necessidade estampado no art. 5º, LXXIV,¹⁰ da Constituição de 1988 dá um sentido bastante amplo, não restrito à insuficiência de recursos, cabendo reconhecê-los aos carentes em geral, pois é quase impossível a impugnação da parte contrária conforme art. 4º, caput, da lei 1 060/50; assim, o conceito de necessidade visto no art. 5º, LXXIV, da Constituição, dá um sentido amplíssimo e não se circunscreve, rigorosamente, à insuficiência de recursos econômicos.

A necessidade econômica também é ignorada no patrocínio gratuito em outras situações. Cita-se como exemplo o art. 261 do CPP, que impõe a designação de defensor ao réu, conjugado com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, que prevê a efetiva e completa assistência técnica ao acusado, pouco importando sua possibilidade de pagar honorários.

O conceito de necessitado não exclui as pessoas jurídicas, pois, se em necessidade, estarão abrangidas no conceito do art. 2º, parágrafo único, da lei nº 1 060/50. Assim, uma vez configurada a impossibilidade de a pessoa jurídica arcar com as despesas do processo, não lhe conceder gratuidade constitui um atentado contra o acesso à justiça.

Quanto ao benefício da gratuidade, conforme art. 4º caput, art. 2º, parágrafo único, da lei nº 1.060/50, basta à parte contrária a simples alegação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou da família para se beneficiado em determinado processo, no qual a parte será representada por advogado designado. O benefício da gratuidade é diferente do benefício da assistência judiciária, e da assistência jurídica integral por ser mais restrito. A Constituição prevê a prova da insuficiência de recursos, assim preceituado: o Estado prestará assistência jurídica somente àqueles que comprovarem a necessidade deste serviço; assim, conforme Assis, ja-

¹⁰ Art. 5º, LXXIV CF/88. – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

mais padeceria de inconstitucionalidade a lei que, regulando a assistência jurídica, indicasse as provas necessárias para a verificação do estado de pobreza.¹¹

Notadamente, é um grande avanço em relação a outras eras, mas, mesmo assim, a condição financeira é um fator discriminante e diferenciador, a própria Constituição no artigo 5º, LXVI, prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança, ou seja se a lei admitir e o cidadão tiver condições financeiras paga a fiança e não será levado a prisão ou nela mantido. Apesar do Estado interventor, promovendo inversões do ônus da prova e outras tantas conquistas mais, ainda é possível a uma parte mais abastada, em detrimento de outra, contar com o laudo e assistência de um perito particular, por exemplo, logicamente custeado por esta parte mais abastada, e isso é um fator desequilibrante, ao menos teoricamente. É difícil imaginar o efetivo acesso à justiça em condições de completa igualdade.

Outro entendimento é que o acesso à justiça não significa apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, mas, também, uma rápida resposta por parte do Judiciário, pois, tardiamente, uma decisão não serviria para nada e, assim, não haveria justiça; dessa forma, uma justiça demorada seria uma forma de injustiça. Nas palavras de Rui Barbosa, “justiça tardia é mais perniciosa do que a falta de justiça”.

O juiz não pode exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar. Conforme art. 35, II, da Lei Orgânica da Magistratura, todos atos processuais têm prazo para sua realização. Lembra-se que a demora judicial pode representar negação de justiça.

¹¹ ASSIS, Araquém de. Garantia de acesso à justiça. Revista dos Tribunais. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

A demora do Judiciário, além das certidões de não-localização de ruas, de incoincidência de número da residência, de não ter sido encontrada a parte, o trâmite encontrará outros percalços até a definitiva outorga da prestação jurisdicional. Os advogados se atualizaram; computadores, fax, internet, enfim, a tecnologia atual a seu dispor visa à rapidez, entretanto o mesmo não ocorreu no Judiciário. Defende Nalini,¹² que a adoção de alternativas de agilização do processo, como a citação via e-mail, logicamente sofrerá resistência, como houve quando da implantação da intimação postal. Segundo o mesmo, a informática propiciará no futuro a substituição do processo corpóreo por um totalmente informatizado, pois, segundo o autor, não há empecilho técnico ao processo virtual. Assim, em lugar dos papéis que vão sendo grampeados ou ainda costurados a uma capa, poderá a petição inicial ser digitada no escritório do advogado e recebida no terminal do juiz, e o réu poderá dela tomar conhecimento da mesma forma. Não é demais pensar que a petição inicial já venha instituída com o número do fax, ou do videotexto, ou e-mail do interessado. Assim, a especificação de provas, seu deferimento, o saneador e a designação de audiência, tudo poderá ser feito sem formação de volumosos autos e sem o comparecimento pessoal a juízo, dispensando a locomoção física reiterada de advogados e partes. A audiência será filmada, e os computadores permitirão o acompanhamento dos atos processuais pelos vídeos, em tempo real, sem a presença física dos interessados. O juiz terá em seu gabinete condições de rememorar os pontos decisivos que assim entender e sentenciar num computador, que remeterá a decisão, por terminais, às partes interessadas. Isso tornará obsoleta a intimação pela imprensa, pois haverá controle do efetivo recebimento da comunicação.

¹² NALINI, José Renato. O Juiz e o acesso à justiça. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

O que já ocorre hoje é o cabimento de habeas corpus por fax, porém precisa-se abrigar outras tecnologias para, assim, tentar eliminar o descrédito à justiça, que tem papel reservado de garantir a existência digna do ser humano.

Percebe-se esforço no sentido de se oferecer uma maior celeridade, conforme emenda constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, no art. 5^a, LXXVIII da Constituição Federal, está assegurado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; o art.93, II, c, promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendido as seguintes normas: aferição do merecimento conforme desempenho pelos critério objetivos de produtividade [...], complementada pelo artigo 93, II,e, prevendo que não será promovido o juiz que injustificadamente retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; o inciso XII do mesmo artigo estipula que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedada férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; e ainda art. 93, XV, e 129 §5º, está determinado a distribuição imediata de processos em todos graus de jurisdição, para membros do Judiciário e do Ministério Público. Não basta que o cidadão tenha direito ao processo; é necessário que ele tenha direito à regularidade desse processo.¹³

Conforme se viu, o acesso à justiça não significa apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, é muito mais extenso e complexo. Além do impedimento econômico e da demora judicial como fatores impeditivos, outros tantos ângulos podem ser vislumbrados.

O preceito constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; o princípio consti-

¹³ CHIMENTI, Ricardo Cunha. Vários autores. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

tucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional é direcionado ao legislador, porém essa atinge a todos indiretamente, pois não pode o legislador ou mais ninguém impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

A garantia de acesso à justiça não sofre maiores restrições; tem caráter universal; abrange o direito das pessoas da concepção à morte, inclusive de pessoas jurídicas, estrangeiros; enfim, todos podem provocá-lo; é a possibilidade de se obter prestação jurisdicional do Estado de forma imparcial, rápida e eficiente. Não se percebe muitas possibilidades de exceção, porém, no art. 142, parágrafo 2º, anteriormente citado, da Constituição de 1988, assim está expresso: “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares,” destaca-se também o art. 217, §1º da Constituição visto anteriormente, prevendo que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei, porém segue-se no mesmo artigo §2º, “a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo para proferir decisão final”. Devem-se ter sempre muita cautela a quaisquer vedações aos usos de remédios ou instrumentos destinados a obter tutela jurisdicional.¹⁴

O direito de ação é garantido a todos e, nessa locução devem compreender-se tanto pessoas físicas como as jurídicas, também os entes despersonalizados, tais como condomínio de apartamentos e espólio e massa falida; estas têm personalidade judiciária, ou seja, podem ser parte ativa ou passiva na ação judicial.¹⁵

¹⁴ HENTZ, Luiz Antonio soares. A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça. Revista Inf Legis, Brasília, n.119, 1993. p. 97.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Princípio do processo civil na Constituição Federal. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.113.

Contraditório

O princípio do contraditório é fundamental, os litigantes em processo judicial ou administrativo tem garantido o direito de manifestarem-se sobre as alegações, documentos, testemunhas, provas, etc., apresentados pela outra parte, exercendo assim a sua defesa. Para seu exercício é necessário que as partes estejam em igualdade de condições no processo.

Consiste esse princípio no direito oferecido as partes de contraditar, podendo ou não fazer uso dele, ou seja, os atos podem ser contraditados por meio de alegações, provas, tanto nos processos administrativos quanto judiciais.

Esse princípio está na Constituição no art.5, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio está relacionado a outros princípios constitucionais como o da isonomia e devido processo legal.

O contraditório, assegurado pela Constituição Federal é fundamental ao Devido Processo Legal, possibilita às partes o exercício da ampla defesa dando ao julgador no processo judiciário ou administrativo segurança para avaliar, destacando que uma vez não observado esse princípio leva a nulidade do processo pelo cerceamento a defesa.

Ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa são conexos e fundamentais a qualquer tipo de processo, judicial, civil, penal trabalhista, bem como aos procedimentos administrativos.

A defesa de direitos envolve a todos indistintamente, seja pessoa física ou jurídica, brasileiros ou estrangeiros, todos atos processuais devem ser submetidos ao contraditório

que é uma defesa, sendo um direito oferecido as partes de contraditar, podendo a parte fazer ou não uso dele, podem ser usadas provas, alegações, enfim, a mais ampla defesa dentro dos moldes legais, com os meios e recursos a ela inerentes.

Isonomia

É uma garantia constitucional dada ao cidadão (pessoa física, jurídica ou de entidade legitimada), de igualdade ou de diferenciação de tratamento, em virtude de prévia disposição de lei, contra a discriminação e arbítrio. É o princípio da paridade, da igualdade, igualizador.

Fundamento constitucional: art.5, caput e inciso I; art. 3, inc. III e IV; art. 7, inc. XXX e XXXI. Também estampado no preâmbulo constitucional.

O princípio da isonomia é histórico e estabelece a igualdade na aplicação das normas jurídicas aos seres humanos a que a ela estão sujeitos. A Constituição veda todas formas de distinção, porém conforme art.7º, XVIII e XIX CF/88, a licença maternidade é superior a licença paternidade; também existem minorias protegidas como índios, negros, crianças, idosos, deficientes, políticos, homossexuais, etc..

Apesar da garantia de inviolabilidade dos direitos arrolados no art. 5. CF/88, existe ressalva para os casos de decretação de estado de defesa e estado de sítio que pode restringir ou suspender determinados direitos conforme o art.136 parágrafo primeiro inciso I;¹⁶ art.138 e 139, CF/88.

Segundo Silva,¹⁷ o princípio da isonomia em matéria processual assegura tratamento paritário, sem privilégios

¹⁶ Art.136, I – restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 23.

a nenhuma das partes, assim, o artigo 125, I, do Código de Processo Civil foi recepcionado pela Lei Maior estabelecendo que ao juiz compete dirigir o processo e assegurar às partes igualdade de tratamento.

No art. 5º, inciso I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos dessa Constituição”, só essa portanto, pode estabelecer desequiparações entre homem e mulher, já as demais normas não o podem fazer sob pena de inconstitucionalidade por lesão ao princípio da isonomia.

A Constituição chega a ser redundante, mas evidencia o repúdio a desigualdade quando estipula todos são iguais perante a lei, e logo anuncia, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigação, ora, homens e mulheres fazem parte de todos, mas o destaque constitucional serve de alerta para não hajam, desequiparações de espécie alguma.

Motivação das decisões.

Embora tal princípio remeta diretamente ao Judiciário convém observação por parte das demais instâncias extrajudiciais. Afinal, as partes devem se conformar com as decisões, e nada mais convincente do que decisões alicerçadas no direito positivo.

A sentença tem que ser fundamentada, conforme o artigo 93, IX da CF/88 todos julgamentos dos órgãos do poder judiciário dever ser fundamentados sob pena de nulidade, ou seja o juiz deve descrever o caminho legal que percorreu até chegar a sua decisão.

A parte vencida terá assim um porque, uma resposta com base na própria lei.

Duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição apesar de não formalmente tipificado, não se pode negar, é uma garantia visando evitar injustiças resultantes de uma sentença errada ou injusta. Por princípio do duplo grau de jurisdição entende-se como a possibilidade de se pedir revisão das decisões de juízes, julgadores de primeiro grau (ou de primeira instância), encaminhando-se o pedido por via de recurso aos juízes, julgadores, de segundo grau (ou segunda instância, ou seja, aos tribunais). Assim, a decisão judicial pode ser revista por um grau superior de jurisdição. De outra banda, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, aceito como formalmente escrito o princípio do duplo grau de jurisdição é plenamente aplicado, embora não tenha expressa tipificação na Constituição, porém nela se encontra implícito, pois se estabelece competências recursais para os órgãos que integram o Poder Judiciário.

O duplo grau depende de vontade da parte, do terceiro ou do Ministério Público em recorrer, assim ninguém é obrigado a recorrer ou a deixar de recorrer, exceto o duplo grau obrigatório, determinando que algumas sentenças não produzirão efeitos antes de confirmadas pelo tribunal como é o caso de sentença proferida contra a União, Estado, Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

No sistema brasileiro vigora a ampla recorribilidade, são amplos os caminhos para que a parte apresente sua inconformidade e recorra.

Publicidade

Mais voltado ao processo judicial, a CF/88 assim estipula o princípio da publicidade: no art. 5º, LX, dispôs que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; e no art. 93, IX, todos julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Porém tal princípio da publicidade não é absoluto, conforme a CF/88, art.5º, inc. X, é inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas... em alguns casos, em nome do interesse público barra-se a regra da publicidade, assim, em algumas hipóteses pode estar melhor resguardado se o conhecimento do processo for a portas fechadas, são ações que digam respeito a casamento, filiação, separação do cônjuges, conversão em divórcio, alimentos, guarda de menores, e outras causas em que seja necessário exigir o interesse público.

Mediação e Direitos do Consumidor

Chega a público a informação que o Judiciário iniciou o ano de 2009 com 45 milhões de processos, o que gera uma enorme inquietude entre os operadores do Direito.

Até então o assunto tratado envolvia processos judiciais ou administrativos, mas o objetivo final do estudo é o direcionamento do assunto as instâncias extrajudiciais que nem fazem julgamentos, mas mediação, aproximação, onde o caso é tratado diretamente entre as partes com interferência de um mediador aproximando as partes e evitando processos.

Será dado um enfoque ao tratamento relativo aos direitos do consumidor por ele ser talvez o Direito mais próximo do

cidadão, exercido por todos nós o tempo todo. Diz respeito ao dia a dia de qualquer um o tempo todo; diante de um mercado bem preparado, ousado, com novidades cotidianas, quando produtos e serviços chegam o tempo todo e envolvem, exigindo assim atenção e preparo para a efetiva defesa do consumidor, tratado muitas vezes como hipossuficiente, quando a melhor solução é a educação para o consumo consciente.

O conceito de consumidor adotado pelo código tem caráter econômico, personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final.¹⁸

Segundo Lenza,¹⁹ a Constituição portuguesa de 1976 foi pioneira regulamentação de direitos dos consumidores, influenciada, na mesma linha seguiu a Constituição espanhola, que acabou por influenciar a nossa Constituição de 1988.

Legislação existe, operacionalizar essa legislação é difícil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXXII, estabelece, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Em 1990, pela Lei 8.078 foi então criado o Código de Proteção e defesa do Consumidor e ainda, em nível municipal, na vanguarda a cidade gaúcha de Passo Fundo cria o primeiro Código Municipal de Defesa do Consumidor promulgado janeiro de 2009.

Dentre a positividade consumerista destaca-se o artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor²⁰ que indica instrumentos de defesa do consumidor com respeito sobretudo a sua dignidade. Tem-se tal artigo como norteador, altamente

¹⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 26.

¹⁹ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 13. ed. Saraiva, 2009, p. 694.

²⁰ Art. 4º CPDC. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

abrangente e elucidativo, portanto de suma importância contendo princípios gerais a proteção do consumidor, inclusive prevendo constante estudo das modificações do mercado de consumo, tendo em vista o nítido reconhecimento da vulnerabilidade por parte do consumidor no mercado de consumo.

Balcão do consumidor

A evolução da sociedade, cada vez mais exigente ao cumprimento dos seus direitos não foi acompanhada por semelhante evolução no Poder Judiciário, evolução que se existisse essa poderia inclusive excluir algumas classes se fosse operacionalizada, como seria o caso da informatização do processo, que certamente excluiria alguma parcela da população, assim o problema se apresenta de tamanha complexidade.

O problema existe, mas a solução também já desponta no horizonte legal.

A palavra mediação parece trazer num primeiro instante amenização e posteriormente solução ao problema em tela.

Surge timidamente, ganha força, e então é bem recebida pela sociedade a instância extrajudicial ou instâncias administrativas que se submetem aos princípios adotados pelo judiciário, como o devido processo legal em sua amplitude envolvendo entre outros a igualdade, a ampla defesa, o duplo grau, buscando uma solução rápida a um custo baixo e produzindo paz social, além de desobstruir o judiciário que ainda poderá ser acionado se a demanda não for satisfatoriamente resolvida. Mas antes de se falar em processo de qualquer tipo, se antevê a mediação como o primeiro recurso, já se percebe mediação nas relações de consumo, mediação familiar e outras tanto em fase de implantação.

No presente texto será tratado de forma especial uma instância extrajudicial pioneira, ousada, envolvendo o Direito do Consumidor, o Balcão do Consumidor, que se trata de um

projeto de extensão da Universidade de Passo Fundo envolvendo o Procon, Prefeitura Municipal e o Ministério Público Estadual criado em 29 de setembro de 2006, direcionado a comunidade.

O projeto objetiva solucionar conflitos decorrentes da relação de consumo, o intuito de aproximar o consumidor com o fabricante, distribuidor e assistência técnica, atua em cima do Código de Defesa do Consumidor, já de olho no atualíssimo e em vigor Código Municipal de defesa do Consumidor. Além de projeto de extensão, voltado a comunidade, o projeto também envolve estágio, já que os atendimentos são feitos pelos alunos, estudantes de Direito que tem sua oportunidade de, diante de casos concretos resolverem lides, e ainda o projeto envolve pesquisa, quando são desenvolvidos textos, cartilhas, livros, palestras tendo como enfoque educação para o consumo. Destaca-se que é um serviço gratuito colocado a disposição da comunidade, com números que números chegam a 300 atendimentos por mês, são em média 15 casos novos por dia, no total são mais de 7.000 consumidores atendidos em menos de três anos, ou seja desde 30 de setembro de 2006 até o momento, fins de junho de 2009; tendo por solucionada em média 70% da demanda; conforme dados oficiais fornecidos pelo Balcão do Consumidor. Em resumo, são milhares de pessoas atendidas que tiveram seus casos resolvidos sem processo, só com mediação, aproximação das partes, sem a necessidade de processos, especificamente sem ingresso no judiciário.

Conclusão

Concluindo, o Estado não está se eximindo de suas obrigações, reconhece sua limitação; e a Constituição, o ordenamento máximo, identifica o problema resultante da intensa demanda endereçada principalmente ao judiciário, e mostra que algo precisa ser feito quando assegura a razoável dura-

ção do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, e ainda prevendo que não será promovido o juiz que injustificadamente retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolve-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; ora isso não precisaria ser norma constitucional se o problema resultante não fosse tão maléfico, se a demora não fosse tão grande, é assim a maior desencorajadora a propositura da ação, justamente numa sociedade ansiosa por seus antigos e novos direitos.

Deslumbra-se com a regulamentação da instância administrativa de curso forçado nas competições desportivas, quebrando a hegemonia do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, vasto horizonte, o reconhecimento das instâncias administrativas como apaziguadoras, rápidas, baratas e necessárias a paz social objetivo maior do Estado, ora ameaçada, deixando para o Judiciário as questões mais complexas que exigem procedimentos processuais formais, destacando que só ele tem a força da execução, então como última instância. Devendo a parte primeiramente tentar acordo, não conseguindo procurar uma instância conciliatória, que no caso do Balcão do Consumidor resolve em média 70% dos casos, não conseguindo procurar uma instância administrativa se houver, e aí sim, sem solução ao caso, procurar o judiciário que tem a força da execução.

São milhares e milhares de processos que não precisariam existir, essa avalanche de processos precisa ser contida, e a solução são as instâncias extrajudiciais, seguras, rápidas, baratas, que se não derem resposta satisfatória as partes, não excluem o Judiciário, que pode ser acionado a qualquer tempo, mas melhor seria se extrajudicialmente houvesse a composição de lide, assim, certamente o número, a demanda não seria a mesma, bem como o tempo de duração do processo judicial.

Pode-se ainda antever o próximo passo, o Estado cada vez mais reconhecendo, incentivando e delegando poderes a essas instâncias extrajudiciais que poderão ser a única solução a demanda crescente, alicerçada por uma legislação que oferece como deveria ser ao cidadão, direitos cada vez mais exatos a cada caso concreto.

Bibliografia

ASSIS, Araquém de. *Garantia de acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Ministério da Justiça 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 41. ed. São Paulo: Saraiva.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Vários autores. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça*. Revista Inf Legisl, Brasília, n.119, 1993.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Observação de segunda ordem como alternativa para a efetivação do direito consumerista

Paulo Roberto Ramos Alves*

Introdução

A compreensão da sociedade como sistema consiste um marco interdisciplinar sem precedentes. Inicialmente proposta em ramos como a cibernética de Von Foerster e a biologia de Maturana e Varela, a Teoria Sistêmica foi profundamente aproveitada por Luhmann como maneira de explicação das complexas relações sociais contemporâneas, viabilizando, na segunda fase de sua teorização, o olhar sobre a sociedade e o direito como sistemas autopoieticos.

Com a transição do modelo de sociedade simples para a sociedade complexa e funcionalmente diferenciada, múltiplas possibilidades foram irradiadas no meio social, desenca-

* Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Bolsista Prosup/Capes; Membro do grupo de pesquisa “Teoria do Direito/CNPQ”; Advogado; Email: pauloalvess@yahoo.com.br.

deando a necessidade crescente de serem realizadas escolhas, afinal, o que era simples tornou-se complexo. Essa expansão de possibilidades igualmente caracterizou a sociedade como palco de uma incrível fragmentação de sentido, por meio da constante especialização de discursos sociais (subsistemas funcionais parciais).

Valendo-se do referencial sistêmico luhmanniano, o presente ensaio centra-se na análise da falta de efetividade do direito do consumidor, buscando visualizar evidentes paradoxos suscitados, por um lado, pela necessidade de proteção aos consumidores e, por outro, pelo conseqüente conflito com a racionalidade própria de outros sistemas funcionais, como a economia, bem como objetiva a análise de possibilidades para a concretização das garantias consumeristas.

Comunicação, autopoiese e diferenciação funcional

A superação do conceito de ação,¹ a partir da compreensão da sociedade enquanto sistema comunicativo² autorreferencial, deu vazão ao surgimento da ideia de autopoiese (autoprodução, autocriação). Inicialmente, estudados pelos neurobiólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, os sistemas autopoieticos foram propostos, originaria-

¹ A sociologia era, até então, dependente do conceito de ação, razão pela qual o homem exercia papel central, eis que a ação, em sua compreensão tradicional, pressupunha necessariamente a existência de um sujeito, notadamente identificado enquanto ser humano. Ainda, na gênese da teoria dos sistemas sociais, estes eram pressupostos por Parsons como “constituídos por estados e processos de interação social entre unidades de ação”. PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 18.

² Em Luhmann, a ação é superada pela compreensão da sociedade como comunicação. LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 78.

mente, como fator explicativo aos mecanismos constitutivo-organizacionais dos seres vivos, estabelecendo, então, a ideia de autoprodução e automanutenção dos sistemas vivos, com base em seus próprios elementos constitutivos e nas relações e processos internos inerentes a tais sistemas.³

Com isso, pelas mãos de Luhmann, surge a ideia de autopoiese social, que “significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos”,⁴ isto é, a comunicação se perfaz via outras comunicações. Comunicações geram comunicações, que, por sua vez, geram novas comunicações e assim por diante, em uma cadeia de (re)produção comunicativa, cuja existência é impossível fora da própria rede de interações.⁵

Maturana e Varela definem a autopoiese de um sistema (biológico) de forma que “a organização autopoietica significa simplesmente processos concatenados de uma maneira específica, tal que os processos concatenados produzem os componentes que constituem o sistema e especificam como uma unidade”,⁶ ou seja, o sistema autopoietico é aquele em que, através de operações hermético-recursivas e autorreferentes, (re)produz seus próprios elementos, de forma que seu produto final é sempre o próprio sistema.

³ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 52.

⁴ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Sequência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 20.

⁵ LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix.; ZOUWEN, Johannes van der (Eds.). *Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems*. London: Sage, 1986.

⁶ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 72.

Os sistemas sociais autopoieticos funcionam em uma clausura operativa,⁷ abarcando toda a comunicação atinente à sociedade com o escopo de ordenar a excessiva complexidade do entorno. Dessa maneira, há a necessidade de ordenação das mais diversas comunicações que ingressam no sistema de modo a ser possibilitada a sua operacionalização.

Essa ordenação torna-se possível pelo processo de diferenciação funcional, o qual tem lugar quando ocorre uma superespecificação de funções dentro do próprio sistema. Assim, toda a comunicação binariamente identificável tenderá à formação de subsistemas autopoieticos autônomos de segundo grau, com funções próprias. Para Luhmann e De Giorgi

es decisivo el que, en un cierto momento la recursividad de la reproducción autopoietica comienza a comprenderse a si misma y alcance una cerradura a partir de la cual para la política sólo cuenta la política, para el arte sólo el arte, para la educación, sólo la predisposición y la disponibilidad para el aprendizaje, para la economía sólo el capital u la utilidad, mientras que los correspondientes entornos sociales internos [...] se perciben sólo como ruido irritante o como molestias.⁸

Quando determinada comunicação fechar-se recursivamente em si própria tenderá à formação de subsistemas parciais. Sempre que houver uma especificação comunicativa no âmbito social, de modo que tal comunicação seja apta a delimitar fronteiras de sentido⁹ e caracterizar-se como um subsis-

⁷ Ainda que paradoxalmente exista de forma simultânea abertura e fechamento, pode-se diferenciar a abertura cognitiva e o fechamento operacional como sendo, no primeiro caso, a obtenção, pelo sistema, de influências externas, bem como o repasse do produto de tais irritações à sua fonte originária, e, no segundo, o fechamento sistêmico para o processamento das perturbações adquiridas e para sua autoorganização. Para maiores detalhes vide MATURANA; VARELA. *A árvore do conhecimento*, 2001.

⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaella. *Teoría de la sociedad*. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993. p. 326.

⁹ A delimitação de fronteiras de sentido é condição de possibilidade à existência dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, eis que por meio desses limites é especificado ao sistema a área de sua abrangência, sendo-lhe lícito operar apenas no âmbito estabelecido pelo sentido. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Anthrops, 1996. p. 147.

tema autopoietico parcial, deparar-se-á com a diferenciação funcional. Tal fenômeno tem espaço por meio da codificação binária, que se caracteriza de forma a especificar novos sistemas funcionais.

No âmbito do sistema da sociedade, as comunicações internas deverão ser identificáveis. A particularização dos diferentes tipos comunicativos torna possível a identificação de cada uma com base em um código específico, havendo então a especificação de funções com base neste código. É justamente essa codificação que viabiliza a existência de comunicação da sociedade, pois, as comunicações são reconhecidas e passam a integrar os sistemas funcionais.

O processo de diferenciação funcional se dá “cuando un sistema se diferencia del propio entorno, al trazar limites”.¹⁰ Nota-se então que o surgimento de limites internos, dada a formação de subsistemas funcionais, pressupõe a compreensão da diferenciação sistema/entorno no interior do próprio sistema, logo o interior da sociedade, será compreendido enquanto entorno dos demais subsistemas.

Desse modo, o sistema social abarcará um sem número de novos subsistemas, cada um diferenciado com base em funções específicas. Desse modo, para um sistema em particular, os demais subsistemas serão concebidos como entorno ou como sistemas no entorno.¹¹ Nesse passo, pode-se visualizar o direito do consumidor como um âmbito particular de operações no interior do sistema jurídico.

A ideia de código e função são requisitos indispensáveis à diferenciação funcional, ou seja, cada comunicação particular possuirá um código binário que a identificará mediante a

¹⁰ CORSI; ESPOSITO; BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 56.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 52.

diferenciação sim/não.¹² Dito de outra forma, a comunicação que ingressar no sistema deverá possuir uma identificação pela qual lhe possibilitará a realização de operações exclusivas, assim, a comunicação cujo código binário for governo/oposição será inerente ao sistema político, o código ter/não ter ao sistema econômico, legal/ilegal ao sistema jurídico, e assim por diante.

O direito apresenta-se como um dos subsistemas sociais, ativando-se em razão do desenvolvimento da sociedade como um todo e adquirindo sua autonomia em razão dos problemas originados por tal desenvolvimento e da necessidade de sua regulação.¹³ A codificação binária do sistema do direito obedece, então, a lógica legal/ilegal, logo, “através da aceitação da um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações pertencentes ao sistema se elas obedecem a essa lei”.¹⁴

Desse modo, todas as comunicações que se identifiquem com tal código pertencerão ao sistema jurídico, que, mediante sua própria autopoiese, operará no interior do sistema social com características particulares. Por isso, a recursividade da comunicação atinente ao direito do consumidor, ocupa-se não com delitos penais ou questões sucessórias, mas sim, e tão somente, de situações que envolvam particularidades da própria comunicação consumerista, ou seja, da comunicação na qual se revestem as relações de consumo.

¹² CORSI; ESPOSITO; BARALDI, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 40-43.

¹³ LUHMANN; DE GIORGI, *Teoría de la sociedad*, p. 327.

¹⁴ LUHMANN, *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*, p.18.

Autopoiese jurídica e o direito do consumidor

O sistema do direito funda-se na distinção binária legal/ilegal, sendo a comunicação jurídica autonomizada no sistema social de primeiro grau em virtude da constante evolução da sociedade e da necessidade de regulação dos problemas advindos desta evolução. A partir da especificação comunicativa no interior sistêmico são delimitadas fronteiras de sentido, sendo que toda a comunicação identificável segundo a forma legal/ilegal pertencerá ao direito.

A sociedade contemporânea caracteriza-se por notáveis níveis de complexidade, onde são ofertadas infinitas possibilidades, todavia jamais realizáveis em sua totalidade. Nesse sentido, o sistema desenvolve mecanismos seletivos, de modo a reduzir a excessiva complexidade e contingência do ambiente.¹⁵ Tais mecanismos consistem na institucionalização de expectativas comportamentais, de modo que a normatividade da expectativa a imunizará frente a desapontamentos e frustrações.¹⁶ Por isso

o sistema jurídico aparece como um dos 'sistemas funcionais' do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se.¹⁷

A partir daí, de modo a possibilitar certo equilíbrio entre as múltiplas possibilidades, Luhmann observa o direito como um sistema que visa a assimilação da complexidade por meio

¹⁵ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 58.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. I. p. 68.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

da criação de expectativas comportamentais recíprocas, redução esta baseada na generalização de expectativas em três dimensões: temporal, social e prática.¹⁸

A generalização de expectativas em nível temporal significa a possibilidade de estabilização dessas expectativas contra frustrações por meio da normatização.¹⁹ Assim elas cristalizam-se temporalmente, ainda que, eventualmente, venham a ser frustradas. O desapontamento pela não satisfação de uma expectativa normativa será captado e assimilado pelo próprio sistema, tornando-a imune a frustrações.

Em outras palavras, no que tange ao direito consumerista, o descumprimento de um contrato, a má prestação de determinado serviço ou a comercialização de bens que venham a apresentar defeitos serão assimilados pelo sistema jurídico, todavia as expectativas normativas permanecerão incólumes, configurando-se contrafaticamente, de modo que possam ter duração e estabilidade temporal. Ainda que os rumos do sistema jurídico sejam incertos, a expectativa, mesmo quando violada, permanece intacta.

Já na dimensão social há a possibilidade de institucionalização das expectativas, assim elas “podem ser apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros”,²⁰ isto é, existe a presunção do consenso geral, inexistindo a necessidade de aceitação individual em relação a determinado programa legal. Para o direito pouco importa se, por exemplo, o fornecedor de determinado bem ou serviço aceita ou não determinada expectativa, ela mantém-se independentemente de aceitação ou recusa individual.

Por sua vez, “na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confir-

¹⁸ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 109-110.

¹⁹ *Idem*, p. 109.

²⁰ *Idem*.

mações e limitações recíprocas”,²¹ ocorrendo assim uma projeção de expectativas sobre expectativas: o modo de agir de alguém pode ser esperado de determinada forma por outrem, com base na programação jurídica existente.²² Desse modo, “A” pode contratar um serviço a ser prestado por “B”, certo de que “B” deverá prestá-lo da determinada maneira. Para Luhmann,

[...] el derecho tiene que ver con los costos sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objectual y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas.²³

O direito projeta o futuro com base em seus próprios elementos, gerando programas de conduta e cristalizando temporalmente expectativas comportamentais de modo a viabilizar certa estabilização dessas expectativas. Todavia, o “sentido do futuro”²⁴ dado pelo direito é baseado em seus próprios elementos, o que vem ao encontro da própria noção de autopoiese.

A autopoiese do sistema do direito surge como possibilidade de aproximação entre o fato e a norma jurídica. O enclausuramento normativo do sistema factualmente resultaria em conclusões acerca de uma nova teoria positivista, eis que

²¹ LUHMANN, *Sociologia do direito I*, p. 109.

²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. II. p. 27.

²³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2005, p. 188-189.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

somente existe direito no próprio direito, excluindo-se valores outros que não atinentes ao próprio sistema jurídico.

Nesse sentido, o direito não é algo concedido pelos deuses, como era denotado pelas vetustas concepções do direito divino, tampouco possui sua existência como algo inerente ao ser humano, como um dado *a priori*, consoante a compreensão de direito natural. O direito é, antes, um produto da evolução social, um subsistema diferenciado funcionalmente e autonomizado em razão de tal evolução.²⁵ À compreensão do sistema jurídico foge qualquer vinculação a algo pré-existente ou a valores transcendentais ao próprio direito.

O direito é fechado, e, repita-se, somente direito produz direito, todavia, pela necessidade de observação de seu ambiente, o sistema jurídico deve transpor para dentro de suas fronteiras os problemas do mundo. Via constantes e sucessivos acoplamentos, os problemas extrasistêmicos serão transpostos para dentro do sistema, fechando-se novamente em sua própria positividade de modo a construir a realidade jurídica. Eis a autopoiese.

Pela ótica construtivista, viabilizada pela noção de autopoiese, o direito é produto do próprio direito, o sistema jurídico é (re)inventado mediante a (re)produção hermético-recursiva e circular de seus elementos. A partir do momento em que o direito encontra-se no âmbito do sistema social, vem apresentar pontos particulares e essenciais à sua compreensão, sendo sua autopoiese objeto do estudo dado por Teubner,²⁶ onde propõe o sistema jurídico como autorreferente, indeterminado, imprevisível, circular e permeado pela existência de paradoxos.

²⁵ QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica. *Sequencia*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 46, jul., 2003. p. 79.

²⁶ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

A autorreferência deve ser compreendida como uma operação indicativa de algo ao qual pertence. Desse modo é traduzida a capacidade dos sistemas em distinguirem suas próprias operações bem como o que lhes é próprio face ao restante, então pertencente ao entorno. Enquanto a autopoiese diz respeito à (re)produção das operações internas com base em seus elementos, pela autorreferência se dá a indicação dessas operações no âmbito interno do sistema.²⁷

A partir da característica da autorreferência dos sistemas autopoieticos, Teubner propõe que “o direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria positividade”,²⁸ fato este que exclui do sistema jurídico tudo aquilo que não respeitar a lógica binária legal/ilegal. Nesse passo, a autorreferência do sistema do direito significa que o sistema deve (auto)observar-se de modo a possibilitar um agir seletivo hábil a seu (auto)desenvolvimento com base em seus próprios elementos.

Pela autorreferência, a indeterminação do direito se dá no sentido de que ele retoma sua validade a partir de operações anteriormente realizadas, logo “o direito é o que o direito diz ser direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores”.²⁹ O direito será válido sempre que buscar tal validade em suas próprias decisões, referindo-se a si próprio e nunca *importando* sua validade externamente.

A indeterminação sugere uma segunda característica do direito autopoietico: a imprevisibilidade. A partir da ilustração do sistema jurídico pela narrativa do Talmude,³⁰ Teubner explica que as discussões e conclusões ocorridas em outros

²⁷ CORSI; ESPOSITO; BARALDI, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 35.

²⁸ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 2.

²⁹ ROCHA, *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*, p. 41.

³⁰ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 1.

subsistemas sociais, ainda que previsíveis, não interferem o curso das discussões jurídicas. Tudo aquilo ocorrido fora do sistema jurídico, não é considerado para fins de sua operacionalidade.

Delimitando a indeterminação e imprevisibilidade ao âmbito consumerista, compreende-se que os debates envolvendo relações de consumo levados a efeito, sempre terão seu desfecho delimitado pelo próprio direito e não por critérios diversos daqueles afirmados pelo discurso jurídico. Nesse contexto, a proteção jurídica aos consumidores não encontra seu apoio fundamental na política ou na economia, mas sim, e tão somente no próprio direito.

Sob tal entendimento rompe-se com a crença em uma segurança jurídica no sentido de previsibilidade de sua aplicação a determinado caso concreto, pois “o ideal da certeza e segurança jurídica, que repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida seria incompatível com essa característica da autorreferência”³¹ do sistema jurídico.

Isso sugere um visível paradoxo, pois, por um lado, ao mesmo tempo que as expectativas (normativas) consumeristas mantêm-se contrafaticamente, mesmo sob condições de conflituosidade, por outro lado, a indeterminação e imprevisibilidade do sistema jurídico sugerem que as respostas dadas pelo direito não são conhecidas, tampouco determinadas por outros discursos, “existe a certeza de que haverá Direito, porém a incerteza quanto ao seu conteúdo”.³²

Conforme Rocha, “a própria contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação

³¹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 3.

³² NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 238,

diretamente vinculada à autonomia do sistema do direito”.³³ Desse modo, pelo postulado da imprevisibilidade quebram-se determinados paradigmas então vigentes: questiona-se aqui a estreita visão proporcionada pela dogmática jurídica, defensora da possibilidade do direito abarcar a complexidade sistêmica com caracterizações hábeis a englobar todo um universo de possibilidades de forma generalizada e inequívoca, bem como de controlar toda a realidade dos fatos mediante generalizações normativas.

A imprevisibilidade do direito resta, pois, estreitamente relacionada com sua indeterminação, dado que as decisões presentes serão remetidas sempre para feitos passados, com o escopo de construção do futuro e validação do direito a partir de seus próprios elementos. O sistema jurídico observará seu passado de modo a garantir seu futuro. Com isso, qualquer possibilidade de previsão a determinado caso concreto torna-se incompatível para com sua autorreferência originária.³⁴

A partir da compreensão do direito como indeterminado e imprevisível emerge a terceira característica do direito autopoietico: a circularidade. Por circularidade entende-se que o sistema jurídico funciona hierarquicamente, sendo que as normas superiores tornam por legitimar as inferiores. Refira-se, pois, ser qualquer semelhança com o escalonamento piramidal kelseniano³⁵ mera coincidência, eis que a hierarquia das fontes do direito nas discussões jurídicas se dá, conforme Teubner,³⁶ de forma circular e reflexiva.

Dito de outro modo, as normas inferiores remetem às superiores, todavia, ao se chegar no topo da cadeia normativa não há para onde ir, sendo o único caminho possível a reme-

³³ ROCHA, *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*, p. 40.

³⁴ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 3.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 246 et. seq.

³⁶ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 4-6.

sa ao nível mais baixo da mesma. Dessa maneira, apesar de certa estranheza, as normas de nível superior tornam por ser legitimadas pelas normas inferiores, perfazendo, com isso, a hierarquia reflexiva do sistema jurídico.

A quarta interpretação refere-se à existência dos inegáveis paradoxos no sistema jurídico.³⁷ A própria constituição autorreferencial do direito funda-se em um paradoxo fundamental: o direito somente existe por causa do não direito, toda a funcionalidade jurídica baseia-se nesta distinção direito/não-direito.

O paradoxo permeia os sistemas sociais de modo inafastável, eis que a própria existência dos sistemas gravita em torno de uma diferença entre dois lados. Somente pode-se falar em direito do consumidor em oposição ao que não é direito do consumidor. O processo de diferenciação, então, ocorre mediante a aplicação do paradoxo sobre o qual se fundam os sistemas (sim/não), utilizando sua distinção constitutiva como parâmetro de seleção para “apreender e aferir situações do mundo real”.³⁸

Sempre que houver o processo de diferenciação no âmbito dos sistemas sociais, isto é, quando ocorrer a necessidade de se aplicar a distinção sim/não, ocorrerá a produção de diferença mediante a repetição do paradoxo constitutivo do sistema. Entretanto, a problemática referente aos paradoxos surge no momento em há a pretensão de aplicação da forma sobre si própria, ou seja, a autoaplicação do código direito/não direito, momento este que surgem os chamados paradoxos da autorreferência.

Os paradoxos da autorreferência, dessa maneira, seriam responsáveis pelo bloqueio no processo de tomada de decisões, pois ao aplicar a distinção direito/não-direito sobre sua própria diferença constitutiva surgiriam resultados conducentes

³⁷ TEUBNER, *O direito como sistema autopoiético*, p. 6-10.

³⁸ *Idem*, p. 6.

a conclusões como: não é direito *operar com o código direito/não-direito*.³⁹

Vê-se, pois, que a aplicação do código sobre si próprio coloca em cheque a própria existência do sistema jurídico, todavia, a consciência acerca dos paradoxos conduz à (re)afirmação de que, conforme Rocha, o direito apresenta-se em uma realidade circularmente estruturada, vinculando-se a partir de seus próprios elementos constitutivos de forma igualmente circular⁴⁰ e autorreferencial.

Essa forma de observação oferece uma nova visão sobre o fenômeno jurídico: a possibilidade do direito efetivamente conhecer e aprender, o que provoca questões a serem pensadas, como suas relações com outros sistemas sociais, notadamente, no caso em tela, a necessária observação entre o direito do consumidor e a lógica aposta pelo discurso econômico.

Direito, economia e a inefetividade jurídica

O aspecto cognitivo é central para a compreensão do direito como sistema autopoietico. O direito (assim como outros sistemas) efetivamente conhece, independentemente do que se passa na mente de advogados, juizes, promotores, etc. O direito processa de forma autônoma as perturbações que sofre, cria sempre renovadas realidades jurídicas, constitui horizontes de sentido.

O direito é um sistema comunicativo, isto é, formado exclusivamente por comunicações, não por normas.⁴¹ As comunicações jurídicas encontram-se relacionadas em uma rede empenhada sempre na produção de novas comunicações. Estes eventos comunicativos permitem que o direito observe seu

³⁹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 6.

⁴⁰ ROCHA, *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*, p. 43.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 41.

ambiente circundante, entretanto essa visão limita-se aos critérios estabelecidos pelo próprio direito.

Em outras palavras, o direito jamais é determinado ou instruído pelo mundo exterior (entorno, ambiente, meio), mas sim ocorre uma construção de mundo, uma construção jurídica interna daquelas perturbações sofridas, o direito cria sua própria ordem e um mundo próprio de sentido jurídico.

Nesse passo, a personalidade jurídica, as figuras simbólicas erigidas pelo sistema jurídico (consumidor e fornecedor, contratante e contratado, autor e réu, juiz, legislador, etc.) são meras construções do direito. Tais papéis, enquanto identificados juridicamente, não possuem valor fora do âmbito do sistema do direito. Essa constatação não exclui o fato de que tais atores são, na individualização de suas consciências, evidentes sistemas autopoieticos autônomos (psíquicos).⁴²

Dessa maneira, o processo de diferenciação funcional ao qual se submete a comunicação torna por fazer emergir novos centros cognitivos. A unidade característica do homem cede lugar a uma multiplicidade de discursos sociais que, igualmente, conhecem, aprendem e constroem sempre renovadas realidades de acordo com suas próprias estruturas.

Os conflitos, dessa maneira, são reconstruídos no âmbito do direito e substituídos por comunicações jurídicas. Precisamente neste ponto devem ser salientadas as relações entre os sistemas jurídico e econômico. A economia igualmente cons-

⁴² TEUBNER, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, p. 44: “los actores humanos tienen una doble ‘identidad’ en el mundo de la autopoiesis. Mientras que en la existencia social son el palido construto de los sistemas sociales autopoietico, entre ellos del derecho, en su existencia psiquica son vibrantes sistemas autopoieticos”. Precisamente nesse ponto é possível rebater grande parte das críticas à autopoiese social, notadamente no que tange à compreensão acerca a eventual desumanização do social. O homem não é meramente retirado da sociedade ou relegado a um plano de menor importância, a relevância do ser humano é mantida de forma evidente quando é destacada a possibilidade de co-existência entre a autonomia epistêmica humana (existência biológica e pensamentos) e a fragmentação dos discursos sociais (comunicação).

trói mundos de sentido. O discurso econômico opera mediante uma codificação própria (ganho/perda), todavia essa verdade é a verdade da economia, não do direito.

A construção da realidade no âmbito interno dos sistemas promove evidentes choques entre epístemes diferentes. A visão utilitarista do sistema econômico afronta critérios jurídicos, eis que opera sob uma codificação própria e específica (ganho/perda). Não é possível que a economia observe juridicamente o mundo, tampouco pode o direito observar seu meio extrasistêmico economicamente.

A observação da observação como alternativa à concretização do direito do consumidor

Pois bem, com base nas considerações tecidas até o momento, como seria possível que o direito crie condições para que as garantias consumeristas sejam efetivadas? Dito de outro modo, como um direito enclausurado operativamente (ainda que aberto cognitivamente) poderia oferecer elementos para que outros subsistemas sociais, como a economia, assimilem a lógica das expectativas dos consumidores, juridicamente garantidas? As considerações previamente expostas conduzem a determinadas conclusões:

- 1) ao mesmo passo em que o direito não é determinado por outros sistemas sociais, igualmente não é possível ao sistema jurídico os determinar, isto é, a decisão jurídica não delimita os rumos a serem tomados pelos demais discursos sociais;
- 2) tendo em vista o fechamento operativo, possibilitado pela codificação binária, o sistema jurídico não pode operar com possibilidades diversas daquelas oferecidas por seu código próprio (direito/não-direito), por

- isso não é possível que observe seu ambiente com critérios alheios aos jurídicos;
- 3) não obstante, valendo-se de uma cibernética de segunda ordem, o direito pode observar outros sistemas sociais, ainda que essa observação mantenha sua delimitação estritamente jurídica.
 - 4) o direito processa de maneira muito particular as expectativas normativas, de modo que tais expectativas mantenham-se incólumes no caso de violações, desapontamentos ou conflitos. Embora não possa garantir que tais expectativas não sejam violadas, pode assegurar que serão mantidas, ainda sob situações conflitivas.⁴³

O direito contemporâneo enfrenta uma evidente crise, relacionada à sua falta de efetividade. Essa crise reflete em uma visível falta de capacidade do sistema jurídico em causar ressonâncias em outros discursos sociais. Desse modo, ao mesmo tempo que o direito estabiliza expectativas comportamentais, tais expectativas possuem seu valor próprio apenas em seu interior.

Isso pode ser exemplificado pela prática jurídica cotidiana, afinal, o que ocorre quando em determinada demanda judicial o Poder Judiciário fixa multa irrisória por descumprimento de decisão?⁴⁴ Ou, ainda, quando violadas garantias consumeristas, há a condenação de determinada empresa de grande porte ao pagamento de indenização em valores baixíssimos?

A resposta parece óbvia: embora haja uma decisão judicial válida e legítima, não se mostram efetivas as garantias

⁴³ LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 73.

⁴⁴ Vide ilustrativamente Agravo de Instrumento nº. 70029391844, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 08/04/2009.

consumeristas, eis que a observação econômica não assimila tal decisão como algo de relevância econômica, ainda que juridicamente relevante. Assim há uma visível perda da credibilidade do direito, notadamente em razão de sua incapacidade de observar o que ocorre em outros sistemas sociais.

Nesse passo, a prática jurídica tradicional é absolutamente incapaz de estabelecer ressonâncias hábeis a provocar modificações estruturais na economia. Pela lógica econômica é ótimo que o direito permaneça agrilhado a critérios legalistas e seja aparentemente incapaz de alcançar outros níveis de observação.

Ao observar a complexidade do mundo, o direito do consumidor erige critérios que apenas são válidos se referentes às relações de consumo e, porque subsistema jurídico, apenas observável enquanto direito, todavia, mesmo enclausurado em sua rede comunicativa própria, o direito pode observar os fatos ocorridos em outros subsistemas.

A economia não se ocupa do raciocínio sobre a eventual legalidade de determinadas condutas, mas sim opera sempre (e não há como ser diferente) mediante sua condição binária própria (ganho/perda), por isso pouco importa ao discurso econômico se a má prestação de determinado serviço ou a cobrança indevida de valores fere o direito, eis que o ponto de observação econômico baseia-se em um cálculo utilitarista e não em critérios de legalidade.

O direito contemporâneo deve desenvolver novas formas de observação como condição para a efetivação das garantias consumeristas. Somente um direito autopoietico, enclausurado operativamente, porém aberto cognitivamente, pode observar a observação,⁴⁵ construindo alternativas jurídicas para problemas originados em outros subsistemas sociais.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador: contribuciones al constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 69.

Dessa maneira, a economia, embora não possa ser determinada juridicamente, pode sofrer perturbações e ressonâncias. Por isso, um direito que observe a economia é capaz de construir um conjunto de alternativas jurídicas que fatalmente causarão ressonâncias que o sistema econômico abarcará com base em suas própria estruturas e especificidades.

A proposta de uma observação de segunda ordem como condição para a efetivação das garantias dos consumidores é um desafio para o direito que, insistentemente, opera com base em relações de causalidade e permanece agrilhado a uma cultura dogmático-positivista. Entretanto, pode-se afirmar, com toda a clareza, que a falta de efetividade do sistema jurídico é um problema a ser resolvido pelo próprio direito, mediante uma radical mudança em sua prática cotidiana e pelo estabelecimento de novas formas de observação.

Considerações finais

A teoria autopoietica oferece uma robusta base teórica para a compreensão do fenômeno social contemporâneo. Com a ideia de sistema a ação humana cede espaço à contemplação da comunicação como fenômeno eminentemente social. Assim, tanto a sociedade, como os demais discursos sociais, como o direito, a política, a economia, a política, a educação, etc. são nada mais do que comunicações passíveis de operacionalização.

Precisamente pelo fato de a sociedade compor-se comunicativamente há uma incrível pluralidade discursiva, isto é, há o constante processo de diferenciação no âmbito do sistema social, viabilizando, por isso, uma imensa fragmentação de sentido entre os diversos discursos e, logo, surgindo o problema do conflito comunicativo entre tais centros cognitivos autônomos. Isso se torna um problema para o direito quando

a verdade jurídica particular colide com outras construções de realidade, como a lógica econômica.

O problema dos conflitos entre o Direito consumerista e os demais discursos sociais, notadamente a economia, é uma realidade evidente e presente no cotidiano das operações sociais. Todavia, tendo em vista o fato de que a realidade contemporânea não mais comporta sentidos únicos e inequívocos, é premente a aquisição de novas formas de observação para velhos problemas. Em outras palavras, o direito deve observar (juridicamente) outros sistemas, como a economia, atribuindo sentido próprio e buscando a produção de ressonâncias capazes de desencadear mudanças estruturais no âmbito econômico.

Por isso, a prática jurídica contemporânea deve ser voltada à observação da realidade sistêmica na qual se reveste a sociedade. Nesse contexto, expectativas comportamentais, como as consumeristas, apenas serão efetivadas mediante uma radical virada na prática jurídica tradicional, que deve levar em conta toda uma rede de fatores, da realidade autopoietica na qual se insere o discurso jurídico à necessidade de novos níveis de observação como forma de concretização de direitos.

Referências

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Anthropos, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? In. WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del obser-*

vador: contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 60-72.

_____. El derecho como sistema social. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 69-85.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994.

_____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. I.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. II.

_____. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix.; ZOUWEN, Johannes van der (Eds.). *Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems*. London: Sage, 1986.

_____.; DE GIORGI, Rafaelle. *Teoría de la sociedad*. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

_____. *De maquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 219-242,

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 46, jul., 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-48.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

O (re)pensar do direito pelo paradigma da preservação ambiental: uma confrontação de matrizes teóricas sistêmica autopoiética do direito versus análise econômica do direito

Luiz Fernando Del Rio Horn*

O esforço dos filósofos tende a compreender o que os contemporâneos se contentam em viver.

Friedrich Nietzsche

Introdução

A fim de se evitar uma saturação intertextual, tanto a teoria de direito econômico, modelada na chamada “análise econômica do direito”, bem como a teoria sistêmica autopoiética do direito são enfrentadas pressupondo um domínio

* Mestrando em Direito Ambiental e Novos Direitos pela Universidade de Caxias do Sul – UCS, Especialista em Direito Civil Contemporâneo, bacharel em Direito, acadêmico de História, pesquisador integrante do Grupo de Pesquisas Metamorfose Jurídica – UCS, advogado, servidor municipal, Assessor Técnico Jurídico do PROCON Caxias do Sul.

mínimo pelo leitor de inúmeros conceitos inerentes a ambas as construções mentais, muito embora sempre presente uma abordagem explicativa dos traços marcantes e delineadores das diferentes propostas, valendo também naquilo em que convergentes, ou seja, a busca da eficiência.

Por sua vez, o ato comparativo como traço típico da atividade científica moldura a metodologia adotada, fugindo a simples repetição de pensamentos. A inovação reside na confrontação de referenciais teóricos intimamente ligados à questão econômica e jurídica, e de como estas devem ser conduzidos e/ou compatibilizados com a natureza e o ideal de equilíbrio que a cerca, podendo advir disto, ou não, uma constatação de uma pluralidade de emprego conjunto das teorias em diferentes dimensões.

A busca, muito embora represada à ciência jurídica, alcança a técnica, ou seja, a prática jurídica, de modo a que possa ser sinalizada a matriz teórica mais acabada e focada à preocupação ambiental. Mas, e acima de tudo, busca-se resposta ao paradoxo mais caro à humanidade na contemporaneidade: preservação ambiental e desenvolvimento econômico. A instigação abstrata está longe de exaurir o tema, mas perfila como o primeiro passo rumo à desconstrução ou reinterpretção da citada complexidade edificada em passado recente.

O mal-estar da pós-modernidade ou modernidade radicalizada

Antes, porém, de adentrarmos na preocupação cerne deste trabalho, cabe tecer um pertinente panorama temporal da humanidade em voga. Trata-se da chamada pós-modernidade, nomenclatura carregada de toda sorte de características

próprias e cada vez mais consolidada na literatura científica, a revelar uma nova era ainda que apenas em seu início.¹

Discernir sobre a mesma, suas condições e posições ora em caráter transitório demandaria um espaço único destoante da proposição assumida. Isto não impede, no entanto, de ressaltar aspectos ímpares, então fatores da sensação de desorientação social ou da crise representada na quebra da unidade histórica antes assentada no valor do progresso e da outrora relevante tecnociência.²

O somatório de experiências negativas da humanidade do fim da primeira metade do século XX para cá não possui paradigma predecessor. Possibilidade de extermínio de gentes, risco permanente de guerra nuclear total, exaustão de recursos naturais, desordem global ambiental na biosfera, miserabilidade de regiões continentais, conflitos armados constantes, entre inúmeras outros, não mais apenas desafiam a crença do projeto científico-positivista do século XIX lastrado nas visões de ordem, progresso, segurança, ciência e tecnologia, desenvolvimento, alívio existencial e felicidade, mas sim o destronam.

A falência advém independentemente da solidificação do estado moderno, da vivência democrática e dos pressupostos dos direitos humanos – ainda que meramente formais, das ações globais preventivas pela paz ou da expansão intrínseca

¹ Anthony Giddens, em toda a extensão da sua obra *As conseqüências da modernidade* (1991, p. 58) adota a expressão “modernidade radicalizada”, defendendo a continuidade da modernidade somente que agora em acentuada velocidade e nocividade. Abstemo-nos de tal discussão pelo entendimento do despropósito de fixação temporal quando o mesmo autor reconhece as mudanças a substanciar a proclamada pós-modernidade por outros estudiosos, quando somente o futuro irá melhor definir realidades contemporâneas e suas datas. A relevância reside no apontamento das transformações humanas, sociais e suas implicações. Por ora, a adoção do termo pós-modernidade espelha seu constante e majorado uso.

² A problemática do meio-ambiente é somente uma dentre o rol pertencente a uma crise inaugurada no pós-modernismo.

do capitalismo refletida na globalização. Da esperada direção à utopia imaginada antes resta o caminho da distopia.

A reboque a descrença no saber científico, na sua pregação de legitimidade, então dotada de neutralidade na sua metodologia e não na aplicação, corriqueiramente desvirtuada e condição de perpetuação da dominação do homem versus homem e natureza. A busca de uma vida decente não lograda na modernidade é a frustração a alimentar a pós-modernidade, a crise sua face de marco, a ineficácia dos modelos universais e sua subversão o acalentador das discórdias sociais e conflitos. Em curso o resultado da ambivalência paradoxal moderna³ e o gerenciamento de riscos.

Eficiência: aspecto de convergência teórica entre as duas matrizes

Considerando a microeconomia como área da ciência econômica devota ao exame dos comportamentos dos agentes no mercado, sejam indivíduos, firmas ou estados, sua aplicabilidade rotineira é uma constante, de modo a extrair explicação dos acontecimentos econômicos do dia-a-dia, fugindo da errônea ideia da existência única da macroeconomia e seu natural distanciamento do direito.⁴

Ainda que sucintos, tais esclarecimentos permitem, segundo a análise econômica do direito, buscar modelos explicativos do comportamento humano atentando para a sua natural insatisfação e motivação pela busca de bens escassos – todos, inclusive o próprio tempo –, levando a racionalização dos atos e a eficiência em todos os campos do agir social,⁵ valendo também para o direito.

³ Eduardo C. B. Bittar. *O direito na pós-modernidade*, 2005, p. 89.

⁴ Ralph T. Byrns e Gerald W. Stone Jr. *Microeconomia*, 1996, p. 17.

⁵ Gary S. Becker. *The economic approach to human behavior*. 1976, p. 8, 14, 87 e 251.

Por outro lado, o resultado da adoção da teoria de sistemas de Luhmann corresponderia a uma explicação da sociedade num sistema social reconhecidamente complexo, permitindo uma maior eficiência para o arcabouço jurídico. Neste último, em que pese ainda o domínio da dogmática positivista, a qual enfatiza as matrizes analíticas e hermenêuticas, ambas vinculadas à figura do estado moderno, a pragmática-sistêmica – terceira e última – tem total prestígio na teoria de sistema autopoietico, abarcando a ideia de decisão.

Tal distinção combinada com a interação com as demais matrizes e a práxis social condiciona a elaboração de uma nova teoria do direito.⁶ Situações estas, então, extremamente favoráveis para o enfrentamento das provações da pós-modernidade, principalmente no descontrolo da compreensão dos fenômenos sociais, dos desacreditados mitos universais do direito como a justiça, a igualdade material, a neutralidade, enfim, toda uma crise de eficácia acumulada no decorrer da modernidade e com estopim no fim da primeira metade do século passado.

A análise econômica do direito

A análise econômica do direito provém da Escola de Chicago, termo este concebido na década de 1950 aos professores pertencentes ao Departamento de Economia e áreas da administração e direito da Universidade de Chicago, então reunidos em acalorados debates cristalizadores de ideias associadas à teoria neoclássica da formação de preços e do liberalismo econômico quase totalmente desprovido de regulamentação e atrelado ao monetarismo, estendendo seus interesses para as mais diversas áreas do conhecimento. Juízos que se refletiram na administração econômica de diversos

⁶ Leonel Severo Rocha; Germano Schwartz; Jean Clam. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*, 2005, p. 32.

países em diversas épocas, nas políticas do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional.

A disciplina *Law and Economics* ou seu equivalente no idioma pátrio *Análise Econômica do Direito* detém-se no estudo das dimensões econômicas de problemas jurídicos numa visão *eficientista* em detrimento a um panorama equitativo, com seus expoentes nas décadas de 1960 e 1970 assentados em nomes como Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner.

Esse último, com base na concepção de economia de Gary Becker, assevera um mundo como resultado da escolha racional de prioridades sobre uma escassez de recursos, relegando ao homem a maximização por si só de seus objetivos, valendo igualmente para os não essencialmente econômicos.

O comportamento humano passa a ser objeto de estudo da economia numa visão de resultados em busca da eficiência ou riqueza e suas maximizações. De matérias pontuais do direito a disciplina passa a ser vista como uma espécie de regra de caráter ético na busca de objetividade nas relações jurídicas, a configurar uma base segura para os magistrados nas decisões dos casos difíceis através da coerência econômica.

Tais padrões teriam sido desenvolvidos frente à incompletude da justiça aristotélica corretiva e distributiva, bem como da filosofia moral ou jusfilosofia, esta pela vã intentona de motivar a pessoa fundada na moral, aquela sedimentada numa certa visão econômica não apenas do social, mas de tudo.

Para Posner, o homem econômico ou homem pragmático consistiria numa representação fidedigna da ação humana, tendo o direito à função de amparo e impulso na geração de resultados economicamente eficientes.⁷

⁷ Luiz R. R. Rieffel. *Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*, 2006, p. 39.

Diversas são as críticas a essa teoria adotada por inúmeros agentes de diferentes escalões.

Inicia-se pelo critério base da concepção do homem, do indivíduo alinhada por Posner. Para este haverá a busca da maximização dos interesses práticos seja a pessoa ou seu escopo de intenção egoísta, altruísta, leal ou masoquista.⁸

A indiferença, porém, é relevante. Sendo a mira a economia não corretiva e distributiva, ou seja, desigual, a perpetuação da exploração não é discutida com profundidade, mas aceita pelos idealizadores da análise econômica do direito como inerente.

A própria teoria moderna dos jogos, dentro da microeconomia, exemplifica isto na análise matemática de situações que envolvem conflitos de interesses. A neutralidade econômica erigida por Posner para o direito não possui origem isenta de dogma, precisamente do ideal liberal⁹ e em razão disto o cerne de sua atenção reside no indivíduo e não no social.

Observação essa que nos reporta a uma última, a da limitação do alcance da proposta econômica do direito frente à complexidade dos fenômenos sociais, podendo afirmar que a eficiência econômica e o mercado não reúnem todas as relações humanas, onde imperam princípios não mercadológicos sob pena de desagregação. É o que Michael Sandel¹⁰ expressa como *mercadorias contestadas*.

A teoria sistêmica autopoiética do direito

A descrição da realidade social na atualidade pós-moderna e global emoldura o propósito da teoria sistêmica autopoiética de Luhmann, então delineada anteriormente por Par-

⁸ Gary, S. Becker. *The economic way of looking at life*, 1993, p. 37.

⁹ Stephen Law. *Guia ilustrado Zahar: filosofia*, 2008, p.163.

¹⁰ Michael Sandel. *What Money can't buy*, 1998, p. 104.

sons numa formatação clássica, ou seja, ainda de matrizes analítica e hermenêutica.

Tanto Habermas como Luhmann vão acentuar a matriz pragmática-sistêmica, este último, porém, numa perspectiva de produção das diferenças hegeliana e não o consenso como procura aquele. Weber também é absorvido na problemática da ação, da decisão. Assim que do elemento bruto tem-se os sistemas social, biológico, psíquico e máquina.

Dentro desses os sistemas de segundo grau ou subsistemas, como, a exemplificar no primeiro, acaba comportando o direito, político, econômico, cultural, ético, entre outros.¹¹

Cada sistema, seja em nível for, é auto-reprodutivo e auto-referencial, condizente a autopoíese e a sua simultaneidade de fechamento e abertura atrelados a uma adaptabilidade constante ao meio em si próprio, sendo a base reprodutiva, no caso dos sistemas sociais, a comunicação.¹²

Da comunicação provém o risco de indeterminação de efeitos, e do seu controle a geração de mais indeterminações num contexto paradoxal. Para o subsistema de direito, portanto, as concepções de risco e paradoxo e sua aceitação como inerente ao social radicaliza sua crítica, permitindo um estreitamento entre a norma jurídica e a práxis social, de aplicação concomitante dos elementos analítico, hermenêutico e pragmático, mas com ênfase neste último e sua função junto à linguagem, resultando numa coerência fruto da harmonização das dimensões temporal, social e prática.

O jusnaturalismo, o positivismo legalista, o normativismo analítico neopositivista, a hermenêutica jurídica, a sociologia sistêmica e a pragmática-sistêmica são superadas pela pragmática-sistêmica em Luhmann.¹³

¹¹ Leonel Severo Rocha; Germano Schwartz; Jean Clam. Op. cit., 2005, p. 35.

¹² Gunther Teubner. O direito como sistema autopoietico, 1989, p. XII.

¹³ Leonel Severo Rocha; Germano Schwartz; Jean Clam. Ibidem, 2005, p. 47.

Ao contrário da jusfilosofia, a super teoria luhmanniana não indica comportamentos preconizados, tampouco visa à redução da complexidade da sociedade, mas sim sua explicação e maior organização, interagindo com a mesma, contemplado tanto o super sujeito de Parsons como do sujeito à sociedade de linha marxista, redirecionando a discussão não mais no homem e sim na comunicação, partindo daí o estudo das ciências como o direito, a economia, isto é, da sociedade para um dos ramos científicos e não o seu inverso.

Muito embora sem o total referendo de Luhmann se pode dizer que as verdades absolutas são relativizadas a uma *racionalidade prática* nas atitudes em dado momento. A efetividade no direito é intensificada convertendo a ação por decisão. A reinterpretação ou neutralização dos paradoxos permanece como um questionamento de procedimento inacabado, confronto característico entre Luhmann e Teubner,¹⁴ podendo advir daí a adoção de ambos.

Preservação e equilíbrio ambiental e a interação entre os subsistemas de direito e economia

As observações críticas acima correspondentes a cada edificação intelectual restaram represadas ao cerne das suas propostas, estando pendente uma comparação entre a análise econômica do direito e a teoria sistêmica autopoietica do direito com a finalidade de indicar a maior afinidade e conveniência de uma destas perante o meio ambiente, especificadamente para o ideal da sua preservação e equilíbrio.

Para tanto, a tarefa pode encontrar início através do quesito vigência.

¹⁴ Leonel Severo Rocha; Germano Schwartz; Jean Clam. Ibid, 2005, p. 40.

Enquanto a primeira restou adotada por estados-nações e organismos multilaterais – estes últimos preconizadores de bulas econômicas para os países do terceiro mundo –, a perdurar com alterações de roupagem de maior e menor incidência conforme o momento, a segunda ainda não goza de adoção total mesmo no meio acadêmico, quanto mais a servir de guia teórico para os agentes tomadores de decisões na atualidade.

Porém, quando reiterada a inquietação moderna e a lógica exploratória nociva do homem contra o homem e o ambiente, vem em mente nosso segundo quesito a enfrentar: a propagada ausência de neutralidade da tecnociência.

Concentrados mais na desilusão do conhecimento e da razão moderna¹⁵ do que na propagada ilusão pela corrente cética,¹⁶ recaímos na verificação da existência ou não de componentes ideológicos presentes nas fórmulas abstratas em debate.

A análise econômica de direito possui declarada raiz no liberalismo, o qual assume a desigualdade como condição inerente à natureza humana, sendo que discussões de níveis exploratórios sempre encontrarão limitação.

Por outro lado, tal carga de ideias dogmatizadas não encontra reflexo na teoria sistêmica, destinada antes a permitir uma explicação do todo sem utilização da concepção matéria¹⁷, posição que remete a um terceiro quesito: a da concepção do homem no universo.

Antropocêntrica é a visão do homem como medida para todas as coisas e por isto sua prerrogativa de tudo deter e utilizar¹⁸. Já a visão holística parte da sintetização das unidades em totalidades organizadas, onde o homem é considerado um todo indivisível, impossível de ser explicado separadamente.

¹⁵ Eduardo C. B. Bittar. Op. cit., 2005, p. 359.

¹⁶ Stephen Law. Op. cit., 2008, p.50.

¹⁷ Edgar Morin. *Ciência com consciência*, 2005, p. 257.

¹⁸ Luís C. A. Costa; Leonel I. A. Mello. *História moderna e contemporânea*, 1991, p. 34.

Evidente que a proposta da análise econômica do direito deita bases no antropocentrismo de raiz no humanismo renascentista construído nos séculos XIV e XVII no continente europeu, num viés econômico pós-moderno com seu homem pragmático, sem considerar abertamente a transmutação para o egocentrismo, então expressão pejorativa da conduta problemática do homem em seu meio.

A teoria sistêmica, por sua vez e grosso modo, encontrar-se-ia no holismo.¹⁹

A sintetizar tais apontamentos agregados de exame criterioso, emerge o necessário repensar da teoria da análise econômica de direito, pois, mesmo não sendo o único fator desagregador da modernidade, perfilou como condição teórica permissiva para a prática do somatório e exacerbamento das contradições numa linha extremamente perigosa para a humanidade, ainda que reversível.

Por trás do homem econômico ou pragmático também se encontram as corporações multinacionais e estados, ambos agentes de mercado, igualmente a se orientar pela maximização dos recursos na noção de escassez presente na teoria em tela, a transformar ações individuais em movimentos de escalas globais.

Mesmo o princípio do dano²⁰ – o qual prevê a formulação de leis limitadoras do agir do indivíduo quando aviltantes a terceiros – não possuiu e tampouco provocará as mudanças pleiteadas.

É pouco provável, portanto, que as mudanças concretas logrem execução na teoria abarcada, mas a ressalva de transmutação permanece. Muito embora a teoria sistêmica autopoietica sempre possa a vir a apresentar um risco de desvirtuamento quando da tomada de decisões pelo retorno aos

¹⁹ Para Edgar Morin (*Ciência com consciência*, 2005, p. 257/258), a teoria dos sistemas quebra inclusive com o holismo, já que este também careceria do mesmo princípio simplificador explicativo que se vale o reducionismo.

²⁰ Stephen Law. *Guia ilustrado Zahar: filosofia*, 2008, p.164.

represamentos da mente frente a motivações mundanas, acaba sendo uma aposta necessária.

Uma definitiva e correta adoção dessa torna obsoleto o outro extremo do antropocentrismo, ou seja, o ecocentrismo, ainda mais quando reconhecida a presença natural da ordem e desordem no meio, outro quesito destacado a seguir.

Os escritos no tópico de convergência entre as duas teorias apontaram o fator eficiência como uma dentre suas preocupações âmagas, posição que nos leva à discussão em torno da ordem e desordem.

A modernidade, fruto da civilização de modelo europeia, preconiza a ordem e sua busca incessante como baluarte, advindo disto a fixação de normas e da sujeição a regras transmutadas nos ordenamentos jurídicos dos estados modernos, de maneira a perpetuar uma organização social e com esta uma mínima estabilidade.²¹

As metas universais do direito, como o desenvolvimento das potencialidades humanas ou a felicidade e justiça coletiva, convertem-se em mitos universais do direito.²² Tal desmascaramento é fundamental para o mais completo possível entendimento das coisas e a priorização do pertinente.

Nesse sentido a análise econômica do direito, através de Posner²³, não se poupou de pensamentos contrários à concepção de justiça corretiva aristotélica, para ele tautológica do seu tempo, descompromissada da avaliação do status da vítima e do ofensor, bem como incompleta quando da definição de ato injusto ou ilícito.

A justiça distributiva para Posner não gozou de outro perfil senão o do fracasso, a ligar a distribuição de riquezas à esfera privada e não pública, num contexto de cidades gregas, numa democracia restritiva aristocrática.

²¹ Cristiane Derani. *Direito ambiental econômico*, 2008, p. 4-5.

²² Eduardo C. B. Bittar. Op. cit., 2005, p. 362.

²³ Richard Posner. *The problems of jurisprudence*, 1990, p. 322.

Já a jusfilosofia é vista pelo mesmo como receptora das filosofias morais rudimentares, onde na atualidade a moral não presta serviço para a tomada de decisões, sendo quase totalmente preenchida pela razão.²⁴

É o foco na eficiência a justificar tais conclusões, corroborando a falácia dos princípios universais “liberdade, igualdade e fraternidade” da Revolução Francesa de 1789, a adotar a pragmaticidade como regra comportamental social e civilizatória.

Em outro viés, a teoria dos sistemas de Luhmann atenta para a eficiência na identificação dos decisores de modo a relativizar as verdades absolutas a razões práticas em dados momentos em virtude da autoconsciência sistêmica autopoiética, fugindo à lógica perversa da produção reiterada de normas ou de dilemas econômicos como solução para os conflitos sociais tratados como de interesse ou de valor.²⁵

No caso do conflito ambiental, para ser mais preciso e a título de exemplificação, a distinção entre risco e perigo sugerida por Luhmann, além de apontar os decisores e os afetados, menciona um possível consenso como resultado da co-participação destes em objetivo único, ainda a ser fomentado pelo subsistema político.²⁶

A enfrentar esse último quesito mesclado em discernimento crítico refuta-se dita inaplicabilidade jusfilosófica prescrita em Posner, pois embora o social tenha realização própria, esta resulta das inúmeras interações entre seus diversos componentes, devendo haver o domínio da emoção pela razão como defendido por Aristóteles²⁷. Os valores, suas cons-

²⁴ Richard Posner. *The problematics of moral and legal theory*, 1990, p. 15.

²⁵ Rocha, Leonel Severo; Simioni, Rafael Lazzarotto. *A forma dos conflitos ecológicos na perspectiva de Niklas Luhmann*, 2008, p. 88.

²⁶ Rocha, Leonel Severo; Simioni, Rafael Lazzarotto. *Ibidem*, 2008, p. 83 e 93.

²⁷ Marco Zingano. *Aristóteles lido hoje*. In. Scientific American Apresenta Gênios da Ciência – Aristóteles, o pai de todas as ciências, 2006, p. 98.

truções e revisões constantes, até mesmo a errônea ausência proclamada destes, permeiam as relações sociais e, inclusive, mesmo que de forma aparentemente oculta, estão enraizados nos ensinamos de Posner.²⁸

A filosofia e seu ramo jusfilofósico servem sim de guia preconizador da sociedade em dado tempo. Suas metas traçadas são o limite, mas também servem de impulso indicador dos meios, e disto tudo se revela sua importância.

Ambas as teorias energizam a eficiência através da decisão, mas na teoria prosseguida por Posner resta a razão como única a importar, e uma razão econômica, constituindo apenas uma forma de saber e observar as coisas, déficit incorrigível, o que para seus militantes dá bom resultado.

Tal império da razão é minorado ou possui lacuna para a emoção na teoria sistêmica justamente quanto ocorrem os acoplamentos estruturais entre subsistemas, numa subsequente auto-regulação e referencialidade.

E mais, no paradigma da complexidade dos sistemas a desordem passa a ser reconhecida tanto quanto à ordem. Nas palavras de Edgar Morin:

A incerteza, a indeterminação, a aleatoriedade, as contradições aparecem não como resíduos a eliminar pela explicação, mas como ingredientes não elimináveis de nossa percepção/concepção do real, e a elaboração de um princípio de complexidade precisa de que todos esses ingredientes, que arruinavam o princípio de explicação simplificadora, alimentem daqui em diante a explicação complexa.²⁹

O ganho é evidente quando “[...] o lado desviante da sociedade”³⁰ também é trabalhado como parte do problema e não o problema, eis que inerente à normalidade social, ema-

²⁸ Mais uma vez é o fracasso da suposta neutralidade da razão.

²⁹ Edgar Morin. Op. cit., 2005, p. 272.

³⁰ Rocha, Leonel Severo; Simioni, Rafael Lazzarotto. Ibid, 2008, p. 80.

nando das decisões o resultado do normal e desviante ou o seu equivalente ordem e desordem. Com isto agrega-se o fator risco que no caso do conflito ambiental, antes citado, deve ser desdobrado em risco e perigo.

E mais, antes da eficiência proclamada, o correto na linha sistêmica em questão o termo efetividade, e sua acepção traduzida no resultado verdadeiro.³¹

Antes, contudo, de uma declaração de total de conveniência da teoria do sistema autopoietico do direito em favor da preservação e equilíbrio ambiental, cabe enfocá-lo sob este prisma.

Sobrevivência material, preservação dos recursos, sustentabilidade e desenvolvimento para a teoria sistêmica comportam traços de uma perspectiva econômica a remontar a Marx e sua representação da disputa apropriatória privada de recursos naturais. A perpetuação deste enfoque no direito equivaleria à reprodução de novos conflitos ecológicos sob novas formatações e deslocamento de problemas.³²

Assim que a teoria sistema autopoética do direito na sua absorção da preservação e equilíbrio ambiental implicaria não somente uma revisão de nomenclaturas, mas, e principalmente, de direção do agir.

Considerações finais

Alguns questionamentos tecidos no decorrer do trabalho agora encontram melhor resposta, outros nem tanto.

Comumente propaga-se a exigência da construção de um novo paradigma para a relação homem versus natureza, de modo que se transmute para homem e natureza.

³¹ André F. dos Reis Trindade. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*, 2008, p. 23.

³² Rocha, Leonel Severo; Simioni, Rafael Lazzarotto. *Idem*, 2008, p. 88.

Os meios para tanto se revestem desde a maior simplicidade possível ou até mesmo inocência, passando por propostas outras merecedoras de atenção, envolvendo não apenas realinhamento de condutas, mas estudos profundos de geopolítica, comportamentos e engrenagens sociais, processos de produção.

Os vícios presentes nestas idealizações são diversos, porém e talvez um dentre os mais perniciosos seja o componente ideológico, fator volátil encontrado na predominância de *carros-chefe* da justificação da exploração não somente contra o meio ambiente, mas também de homem para homem, razão que, combinadas com as antes correntes, permitem afastar de vez as determinações da análise econômica do direito.

Em paralelo perfila a teoria de sistema autopoietica do direito, transpondo a barreira desta discussão de linha econômica inaugurada por Marx para alcançar uma autoconsciência mais próxima possível da realidade, de forma a explicá-la como nunca antes, alcançando as áreas do social, biológico, psíquico e máquinas.

A complexidade teórica com adoção do risco e paradoxo somente se equipara com aquilo que busca explicar, o que a faz despontar como um conhecimento racional de maior interesse para auxiliar nos conflitos ecológicos, onde o primeiro ato se reflete na busca da compreensão da dialética de posições – inclusive as de motivação puramente emocional – para, a partir de então, fazer elencar as proposituras dentro de uma *racionalidade prática* a conduzir a ações/decisões de efetividade.

Tal incitação não se apresenta de fácil tarefa, pois, e como salientado em tópico anterior, a teoria sistêmica aponta para uma solução que se emoldura na proposta consenso de ninguém mais poluir – todos os decisores e afetados –, visão muito além do discurso do desenvolvimento sustentável. Neste ponto o raciocínio entre em xeque, pois ainda carente a in-

dicação dos meios a fazer lograr tal patamar de decisão para o subsistema de direito ou de ação no próprio sistema social.

O escopo deste trabalho, no entanto, não capitaneava referida busca dos instrumentos-meios de mudança de decisão. O seu limite espelhava justamente no referendo ou refutação de uma ou de ambas as matrizes teóricas para o direito, numa atuação a partir da ciência e técnica jurídica. O parâmetro principal era e permanece no ideal de preservação e equilíbrio ambiental, o qual a teoria sistêmica autopoietica, como já ventilado antes, parece melhor se adequar.

Resta clara a real condição de adoção integral dessa última pelos agentes de transformação ou detentores de poder de decisão, seja, como ponto de partida, da ciência e técnica jurídica para os demais subsistemas ou no seu inverso. É o (re)pensar do direito.

Inegável, contudo, que tal processo constitui um desafio em si, porém nada comparável a mega, intrincada e árdua tarefa de fazer romper no sistema social os paradoxos vigentes, de forma a atrair outros, agora renovados em distintos desafios atrelados à meta de melhor compatibilização do homem para com o outro homem e a natureza.

Referências bibliográficas

BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. EUA: University of Chicago, 1976.

_____, Gary S. *The economic way of looking at life*. In: *Journal of Political Economy*. Vol. 101, EUA: 1993.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BYRNS, Ralph T.; STONE Jr., Gerald W. *Microeconomia*. Trad. Fernanda Camila R. Carvalheiro. São Paulo: MAKRON Books, 1996.

COSTA, Luís Cesar Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História Moderna e Contemporânea*. 8ª ed. São Paulo: Scipione, 1991.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EATTON, B. Curtis; EATTON, Diane F. *Microeconomia*. Trad. de Cecília C. Bartalotti. São Paulo: Saraiva, 1999.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

LAW, Stephen. *Guia ilustrado Zahar: filosofia*. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University, 1999.

_____, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990.

RIEFFEL, Luiz R. R.. *Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A forma dos conflitos ecológicos na perspectiva de Niklas Luhmann*. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: Educs, 2008.

SANDEL, Michael. "What money can't buy". *The Tanner Lectures on Human Values*. EUA: University of Utah, 1998.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André F. dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZINGANO, Marco. "Aristóteles lido hoje". *Scientific American Apresenta Gênios da Ciência – Aristóteles, o pai de todas as ciências*. São Paulo: Duetto, 2006.