



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS - UFT
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* MESTRADO
PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS
HUMANOS

ARIÓSTENIS GUIMARÃES VIEIRA

**O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E OS GRANDES
CONGLOMERADOS EMPRESARIAIS – reflexões interdisciplinares**

PALMAS-TO

2015

ARIÓSTENIS GUIMARÃES VIEIRA

**O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E OS GRANDES
CONGLOMERADOS EMPRESARIAIS – reflexões interdisciplinares**

Dissertação apresentada à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Estado do Tocantins em convênio com a Escola da Magistratura do Estado do Tocantins.

Orientador: Prof. Dr. Oneide Perius

PALMAS-TO

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

V658s Vieira, Ariostenis Guimarães.

O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E OS GRANDES
CONGLOMERADOS EMPRESARIAIS – reflexões interdisciplinares. /
Ariostenis Guimarães Vieira. – Palmas, TO, 2015.

66 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins
– Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em
Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2015.

Orientador: Oneide Perius

1. Direito do consumidor. 2. Ativismo judicial. 3. Rede de controle
corporativo global. 4. Concretização de direitos constitucionais. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer
forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte.
A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ARIOSTENIS GUIMARÃES VIEIRA

AGRADECIMENTOS

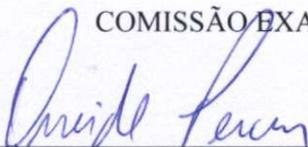
**O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E OS GRANDES
CONGLOMERADOS EMPRESARIAIS – reflexões interdisciplinares**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre.

Linha de pesquisa: **Efetividade das decisões
Judiciais e Direitos Humanos.**

Aprovada em 06 de outubro de 2015.

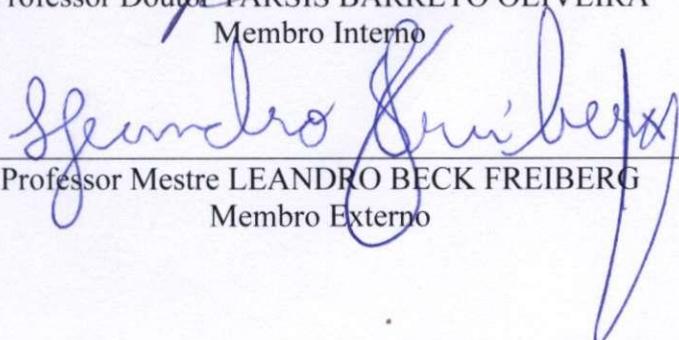
COMISSÃO EXAMINADORA



Professor Doutor ONEIDE PERIUS
Orientador e Presidente da Banca



Professor Doutor TARSIS BARRETO OLIVEIRA
Membro Interno



Professor Mestre LEANDRO BECK FREIBERG
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

À esposa e colega Cynthia, pelo incentivo e companheirismo.

A Lucas e Sofia, pela existência e convivência.

Ao Professor Oneide Perius, pela atenção, paciência e orientação do trabalho.

À equipe de servidores da Escola da Magistratura do Tocantins (ESMAT), em especial à Marcela e Andréia.

Aos servidores da Comarca de Tocantinópolis, em especial aos do Juizado Especial Cível e Criminal de Tocantinópolis, pelo empenho na missão de garantir a cidadania por meio de uma justiça célere, segura e eficaz.

RESUMO

Este trabalho se vale da interdisciplinaridade para analisar os desafios enfrentados para a concretização de direitos humanos desde as lutas que culminaram com a Revolução Francesa e a construção das primeiras declarações de Direitos Humanos até os dias atuais em que o Poder Judiciário vem cada vez mais sendo o depositário das expectativas e esperanças das sociedades democráticas. Para tanto, buscou-se, desde o início, trazer para o direito visões não exclusivamente jurídicas sobre a temática, exatamente para se conferir dinamicidade ao processo de conhecimento e, como se trata de um mestrado profissional, qualificar o aperfeiçoamento técnico. Objetivando uma melhor compreensão acerca das lutas e contradições do processo de construção dos direitos humanos, inserindo-os no contexto econômico e social do capitalismo, buscou-se trazer para o debate jurídico a visão da história, da filosofia e da sociologia. O resultado dessa complexa interação de conhecimentos é a superação da neutralidade axiológica que tanto influenciou a formação e a atuação dos profissionais do direito.

Palavras-chave: Interdisciplinaridade. Direitos humanos. Rede de controle corporativo global. Neoconstitucionalismo. Globalização. Sistema de proteção ao consumidor. Missão do juiz de direito.

ABSTRACT

This work takes advantage of interdisciplinarity to analyze the challenges to the realization of human rights since the struggles that led to the French Revolution and the construction of the first declarations of Human Rights to the present day where the judiciary is increasingly being depositary of the expectations and hopes of democratic societies. To this end, it sought from the start to bring the right visions not only legal on the subject, just to give dynamism to the process of knowledge and as it comes to a professional master's degree, qualify the technical improvement. For a better understanding of the struggles and contradictions of the construction process of human rights by inserting them in the economic and social context of capitalism, sought to bring the legal debate the view of history, philosophy and sociology. The result of this complex interaction of knowledge is the overcoming of value neutrality that both sought to mark the formation and performance of legal professionals.

Keywords: Interdisciplinarity. Human rights. Network of global corporate control. Neoconstitutionalism. Globalization. Consumer protection system. Law judge's mission.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1: INTERDISCIPLINARIDADE, DIÁLOGOS PARA SUPERAR A CRISE	11
2: BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS	14
2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS.....	15
2.1.1 Historicidade	15
2.1.2 Universalidade.....	16
2.1.3 Inexauribilidade	16
2.1.4 Imprescritibilidade.....	17
2.1.5 Inalienabilidade.....	20
2.1.6 Irrenunciabilidade.....	20
2.1.7 Vedação do retrocesso.....	21
2.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS? UM DEBATE A SER SUPERADO	21
3: AS ORIGENS DO MERCADO DE CONSUMO – BREVES REFLEXÕES INTERDISCIPLINARES	27
4: O SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR	37
5: A NOVA ORDEM ECONÔMICA MUNDIAL – A REDE DE CONTROLE CORPORATIVO GLOBAL	41
6: DOS DENUNCIADOS AO SISTEMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR	47
7: RELATÓRIO DO BANCO MUNDIAL PARA O PODER JUDICIÁRIO DA AMÉRICA LATINA	55
8: UMA NOVA MISSÃO PARA O JUIZ DE DIREITO: DE CONCILIADOR/MEDIADOR DE CONFLITOS A GARANTIDOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva trazer para o debate jurídico reflexões interdisciplinares sobre o direito, em especial os direitos que a Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor asseguram ao consumidor brasileiro, identificando alguns obstáculos que impedem a concretização de tais direitos com vistas a apontar caminhos e soluções.

Constatou-se, durante as atividades acadêmicas do mestrado profissional interdisciplinar, que as concepções do profissional do direito, de fato, são protegidas pela dogmática jurídica, prejudicando a compreensão das lides consumeristas advindas das relações de consumo de massas¹.

Para tanto, partiu-se da constatação de que o atual estágio da sociedade capitalista concentra poder econômico e político sem precedentes na história da humanidade, situação que coloca em risco tanto a ação dos governos quanto a força normativa dos ordenamentos jurídicos, ambos pressionados a satisfazer os interesses do chamado “mercado”.

Desde já é importante deixar bem claro que não se pretende aqui reproduzir o discurso político-partidário dos governos e das oposições, seja à direita, seja à esquerda, ora com críticas vazias às “forças do mercado”, ora com juras de amor externo ao denominado estado mínimo.

Também não se estará aqui tratando de direito alternativo², mesmo reconhecendo a importância desse movimento social e jurídico para a concretização de direitos e superação do legalismo. Entende-se aqui que, ao contrário do cenário jurídico que motivou a criação dos movimentos alternativos (direito alternativo, uso alternativo do direito, pluralismo jurídico etc.), o direito posto, ou seja, o declarado na Constituição brasileira e regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a construção de uma jurisprudência que realmente efetive os direitos dos consumidores.

Também é importante registrar em alto e bom tom que não se pretende defender aquilo que parte da doutrina denomina de ativismo judicial³, até porque os direitos e garantias

¹ Para Sodré (2007, p. 67), alguns fatores caracterizam a sociedade de consumo de massas: a) a produção em série de produtos; b) distribuição em massa de produtos e serviços; c) formalização da aquisição destes produtos e serviços por meio de contratos de adesão; d) publicidade em grande escala na oferta dos mesmos; e) oferecimento de crédito generalizado ao consumidor.

² Antes de tudo, é importante afastar a falsa afirmação estereotipada de que o direito alternativo é um movimento de esquerda contra a lei e que prega a liberdade de julgar segundo critérios individuais. O movimento nasceu na Europa nos anos 60 e pode ser conceituado de forma singela como uma tentativa de superar o legalismo estreito para, aplicando métodos de interpretação e aplicação diferenciada da lei, contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

³ Segundo o Ministro Luis Roberto Barroso (2015), o *ativismo judicial* não é um fato, é uma *atitude*. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a

que se pretendem ressaltar e criar mecanismos de proteção e concretude são e estão claramente declarados no Código de Defesa do Consumidor, não havendo necessidade de expansão, nem do sentido e muito menos do alcance de tais normas.

Buscar-se-á sim o estabelecimento de ideias e propostas com vistas a reiterar a relevância do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de direitos, procurando demonstrar que a pacificação social somente poderá ser alcançada quando o ilícito consumerista for, de fato, punido. Daí se afirmar que a grande maioria dos dissabores do cotidiano, em verdade, tipificam ilícitos civis que contribuem para a disseminação de um sentimento coletivo de desrespeito e descaso para com o consumidor, reclamando medidas mais enérgicas por parte do Poder Judiciário.

Defende-se que a cultura de conciliação e composição que se procura disseminar até mesmo a partir de órgãos de controle externo do Poder Judiciário de composição civil pouco resultado prático alcança quando se trata de conflitos existentes entre consumidores individuais e grandes fabricantes e/ou fornecedores. Isso reforça ainda mais a necessidade da utilização de sanções legais como melhor instrumento para que os grandes grupos econômicos adotem normas de conduta que possam ir ao encontro do estabelecido pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o sistema de proteção ao consumidor ganha cada vez mais relevância dentro do sistema jurídico, especialmente quando inserido no quadro político-econômico atual.

Ainda assim, como toda norma, há uma grande distância que separa o texto, a norma legal e a realidade das relações humanas. Qualquer cidadão que tenha um mínimo de compreensão acerca da sociedade brasileira na atualidade e se depare com as normas citadas acima conclui automaticamente pela necessidade de se adotar mecanismos de atuação mais eficientes e eficazes para que a constituição e a lei não se transformem em uma mera folha de papel sem qualquer força normativa, submetida à boa vontade dos grandes grupos econômicos.

O enfrentamento dessa realidade exige do profissional do direito, antes de qualquer coisa, disposição pessoal – leia-se: atitude – para compreender cada vez melhor a complexidade das relações sociais e econômicas e reconhecer a influência que as últimas exercem de forma crescente e constante sobre as primeiras.

uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes. O oposto de ativismo é a *autocontenção judicial*.

E é certo que tanto a compreensão quanto o reconhecimento reclamam diálogo com as demais ciências, emergindo daí a importância da interdisciplinaridade tanto para a formação acadêmica quanto para o aperfeiçoamento profissional.

Portanto, valendo-se da interdisciplinaridade que caracterizou a proposta pedagógica do mestrado acadêmico advindo da parceria ESMAT/UFT, utilizou-se como método a sistematização de consultas bibliográficas de livros, artigos de revistas e sites especializados, procurando extrair a compreensão do problema central – efetivação de direitos do consumidor – contribuições da história e filosofia para o aperfeiçoamento técnico do pesquisador em sua atividade profissional de Juiz de Direito.

Por se tratar de uma pesquisa que desde o início pretendeu se valer da interdisciplinaridade como orientação pedagógica, a técnica utilizada foi naturalmente a dialética, por entender ser essa a melhor técnica para um diálogo mais produtivo entre os diversos ramos do conhecimento.

O primeiro capítulo trata da importância de a interdisciplinaridade ser utilizada como forma de construção de um diálogo entre o Direito e as demais ciências humanas com reflexos altamente positivos na atuação do profissional, no caso, o Juiz de Direito.

No capítulo seguinte, procura-se traçar breves apontamentos acerca das características dos direitos humanos, com ênfase no debate em torno das gerações de direito e as críticas quanto ao risco de se passar a ideia de que há uma cronologia e uma substituição dos direitos ao longo do tempo.

O terceiro capítulo trata do surgimento do mercado de consumo e, para tanto, buscou-se estabelecer um diálogo entre a história, a filosofia e o direito.

O próximo capítulo aborda o sistema nacional de proteção e defesa do consumidor, não sob o aspecto puramente legislativo, mas também sob o aspecto principiológico, com ênfase no caráter dirigente da Constituição, na opção ideológica do constituinte de 1988 pela instituição de um Estado Social no Brasil, com o estabelecimento da defesa do consumidor como um dos pilares da ordem econômica e financeira.

O capítulo quinto aborda a nova ordem econômica mundial, com ênfase no estudo realizado pelos pesquisadores do Instituto Federal Suíço de Pesquisa Tecnológica (ETH), denominado “Rede de Controle Corporativo Global”, e no pensamento filosófico dos filósofos Antônio Negri e Michael Hardt, autores do livro “Império”, entre outros.

No capítulo sexto, procura-se demonstrar que há uma relação entre conglomerados econômicos que lideram e decidem os caminhos a seguir pela economia mundial e aqueles

que, no mercado brasileiro, lideram a lista de reclamações dos órgãos de proteção e defesa do consumidor.

No capítulo sétimo, debatem-se os aspectos econômicos e ideológicos que podem ter determinado a edição de uma série de recomendações do Banco Mundial para o poder judiciário, fazendo-se uma breve análise do “Documento Técnico n.º 319” daquela instituição financeira.

O capítulo oitavo busca traçar breves apontamentos históricos sobre o Poder Judiciário e o papel no juízo no Brasil desde o Período Imperial até os dias atuais.

Nas considerações finais, faz-se um resumo articulado do trabalho procurando explicitar a relevância da pesquisa para o aperfeiçoamento do profissional e a consequente melhoria na prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 1: INTERDISCIPLINARIDADE, DIÁLOGOS PARA SUPERAR A CRISE

A reflexão crítica sobre a prática se torna uma exigência da relação Teoria/Prática, sem a qual a teoria pode ir virando blabláblá e a prática, ativismo.

(FREIRE, 2009)

O mestrado profissional interdisciplinar oferece diversos olhares e leituras sobre o mesmo problema, o que permite uma análise mais aprofundada do próprio sistema jurídico. E isso, em última instância, reflete de forma positiva na atuação profissional tão prejudicada pelo autoisolamento dos cursos jurídicos no Brasil.

Esse autoisolamento dos cursos jurídicos, segundo José Eduardo Faria (1987, p. 17), foi acentuado pela Lei n. 5.540/1968, que fixou normas de organização e funcionamento do ensino superior instituindo um sistema educacional completamente dissociado do contexto socioeconômico. Essa reforma imprimiu uma política de massificação do ensino superior, transformou o currículo mínimo em máximo e aniquilou a perspectiva interdisciplinar pela divisão estanque do conhecimento.

Até hoje, filosofia, sociologia, política e economia, mesmo integrando o currículo mínimo dos cursos de Direito, são disciplinas apresentadas aos alunos da graduação como matérias isoladas, quase sempre postas em segundo plano, tanto pelos professores quanto principalmente pelos alunos. O resultado disso reflete na criação de obstáculos à abordagem e à compreensão sociológica do direito.

Logicamente, essa política foi instituída com a clara intenção de conferir higidez ao regime implantado a partir do golpe militar de 1964. Para Costa (2003, p. 65), “dentro da tradição conservadora, os cursos de direito eram os mais propícios a assimilar a ideologia da ordem, do cumprimento da lei, da hierarquização, da disciplina, da não contestação, quando não da participação ativa em favor do regime estabelecido”.

Esse clássico e evidente isolamento das ciências jurídicas já tinha sido apontado por Miguel Reale (2001, p. 6), o qual sinalizou para a necessidade de entendermos o Direito como fato social e histórico,

[...] Quando várias espécies de normas do mesmo gênero se correlacionam, constituindo campos distintos de interesse e implicando ordens correspondentes de pesquisa, temos as diversas disciplinas jurídicas, sendo necessário apreciá-las em

seu conjunto unitário, para que não se pense que cada uma delas existe independentemente das outras.

A percepção de que a construção do conhecimento não deve acontecer de forma fragmentada e estática, mas sim como um processo dinâmico foi também ressaltado por Morin (2004). Para esse autor, a supremacia do conhecimento fragmentado de acordo com as disciplinas impede frequentemente de operar o vínculo entre as partes e a totalidade, e deve ser substituída por um modo de conhecimento capaz de apreender os objetos em seu contexto, sua complexidade, seu conjunto.

Nesse cenário, a integração das diversas ciências é uma proposta alternativa de formação do profissional de todas as ciências, podendo contribuir para uma atuação mais eficiente. Segundo Fazenda (1994, p. 31), a interdisciplinaridade caracteriza-se pela intensidade das trocas entre os especialistas e pela integração das disciplinas, pois,

Em termos de interdisciplinaridade, ter-se-ia uma relação de reciprocidade, de mutualidade, ou, melhor dizendo, um regime de copropriedade, de interação, que irá possibilitar o diálogo entre os interessados. A interdisciplinaridade depende, então, basicamente, de uma mudança de atitude perante o problema do conhecimento, da substituição de uma concepção fragmentária pela unitária do ser humano.

Portanto, o rompimento do autoisolacionismo do direito e a superação daquilo que se denomina neutralidade axiológica⁴, mais do que necessidade, se constitui em um desafio profissional.

A propósito, sempre é importante ressaltar que a proposta deste trabalho foi desenvolvida durante o mestrado profissional UFT/ESMAT e buscou superar os problemas históricos e até culturais que marcam a formação do profissional do direito. Para tanto, buscou-se a construção de canais de diálogos permanentes com outras disciplinas das ciências humanas, em especial a filosofia e a sociologia.

E, ao fazê-lo, naturalmente, o profissional é levado a confrontar dogmas e princípios jurídicos tão solidamente construídos durante os anos de bacharelado com a peculiar visão da filosofia e da sociologia.

⁴ Segundo Trindade (2002, p. 114), a mesma demanda de neutralidade axiológica conduziria os juristas positivistas a circunscreverem esse estudo à investigação metódica do direito positivo (objetivamente existente em cada sociedade), suas normas e forma prescrita pelo próprio ordenamento jurídico para sua produção/modificação – sempre sem manifestar juízo de valor. A norma jurídica, portanto, também se converte em “objeto de observação”, ao qual o jurista deve se debruçar sem “admiração ou crítica”. A tarefa do jurista “científico” consistiria em explicar – pelas regras da própria lógica jurídica – e aplicar o Direito existente, sem indagações “extrajurídicas” quanto à sua legitimidade social.

Esse exercício intelectual direcionado para o sistema de proteção brasileiro do consumidor, um microssistema jurídico que privilegia o diálogo das fontes⁵ como um dos princípios norteadores, constrói conflitos internos e ideológicos que refletem de forma direta na atuação jurisdicional. É como Santo Agostinho dissera: “Dois homens olharam através das grades da prisão; um viu a lama, o outro as estrelas”.

Ao lançar olhares interdisciplinares sobre a sociedade, a ordem econômica e a atuação profissional do Juiz de Direito, surge de forma quase natural uma reflexão crítica e construtiva do papel do próprio Juiz de Direito como agente de concretização de direitos. Afinal, “nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, [o direito] é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais sociais” (STRECK, 2011, p. 59-60).

⁵ A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pela teoria, as normas não se excluíam, mas se complementarizam. Claudia Lima Marques ensina os fundamentos da teoria: “É o chamado ‘diálogo das fontes’ (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, Recueil des Cours, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.

CAPÍTULO 2: BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

[...] os direitos do homem [...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...]. Nascerem quando devem ou podem nascer.

(BOBBIO, 1992)

Os direitos humanos são os direitos que se têm apenas pelo fato de se ser pessoa, e não coisa. A pessoa pode agir como sujeito, como também pode se tornar um mero objeto. Portanto, em linguagem direta e objetiva, podem-se denominar Direitos Humanos o conjunto de direitos que deve garantir à pessoa os atributos de sujeito, inclusive o de agir livremente para que o direito declarado se concretize e se incorpore no dia a dia da pessoa e das sociedades.

De uma forma mais técnica, mas não menos direta, Morais (2010, p. 131) conceitua os direitos humanos como

[...] conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, [que] surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.

Bonavides (2006, p. 563) explica a inserção histórica dos direitos humanos ao afirmar que,

[...] descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo fez prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

A compreensão acerca do alcance dos direitos humanos passa necessariamente pela descrição de suas características básicas.

2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina aponta as características a seguir para os direitos humanos fundamentais, os quais se relacionam com a não interferência estatal na esfera de individualidade, respeitando-se o valor ético da dignidade humana.

2.1.1 Historicidade

Direitos fundamentais apresentam natureza histórica, ou seja, um mesmo direito se manifesta historicamente de forma diversa, não se podendo afirmar que haja uma evolução cronológica.

O fato de se reconhecer que o documento denominado cilindro de Ciro (539 a.C.) tenha sido a primeira carta⁶ de direitos humanos não significa afirmar que os documentos que a humanidade produziu nos séculos posteriores sejam uma evolução, e muito menos que tal evolução seja meramente cronológica.

Talvez por isso é que Bobbio (1992, p. 5) afirma que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja,

[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

⁶ Em 539 a.C., os exércitos de Ciro, O Grande, o primeiro rei da antiga Pérsia, conquistaram a cidade da Babilônia. Logo em seguida, ele libertou os escravos, declarou que todas as pessoas tinham o direito de escolher a sua própria religião e estabeleceu a igualdade racial. Esses e outros decretos foram registrados em um cilindro de argila na língua acádica com a escritura cuneiforme. Conhecido hoje como o Cilindro de Ciro, esse registro antigo foi agora reconhecido como a primeira carta dos direitos humanos do mundo. Está traduzido nas seis línguas oficiais das Nações Unidas e as suas estipulações são análogas aos quatro primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O caráter histórico dos direitos humanos, quando lançados no contexto dos chamados novos direitos – quarta ou quinta dimensão/geração –, deve ser analisado com cautela para que não implique retrocesso. Afinal, a história nem sempre é um evoluir.

2.1.2 Universalidade

Os direitos humanos alcançam a todos indistintamente, assegurando inclusive o direito de reivindicar a proteção nos foros internacionais do chamado “Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos”⁷.

Aqui reside uma diferença básica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, já que os Direitos Humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados no espaço territorial e no tempo (vigência da norma constitucional).

2.1.3 Inexauribilidade

São inesgotáveis no sentido de que podem ser expandidos, ampliados e a qualquer tempo podem surgir novos direitos. Essa característica está expressa no artigo 5º, §2º, da Constituição do Brasil, *in verbis*:

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:

[...]

§ 2º 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.

⁷ O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, também chamado Sistema da ONU, é integrado por instrumentos normativos gerais e especiais e por organismos e mecanismos de vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização dos direitos humanos. Os instrumentos normativos gerais são principalmente aqueles que integram a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos, que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. São chamados de gerais porque endereçados a toda e qualquer pessoa humana, indistintamente. Além desses, também compõem o conjunto normativo do Sistema Global as diversas Convenções Internacionais.

O rol dos direitos sofre constante modificação com a mudança das sociedades e dos meios para a realização das aspirações humanas. Nesse sentido, Mazzuoli (2008, p. 740) explica que

[...] são os direitos humanos inexauríveis, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescidos novos direitos, a qualquer tempo, exatamente na forma apregoada pelo §2º do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, segundo o qual “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” [...]. Percebe-se, aqui, que a Constituição (pela expressão “não excluem outros...”) diz serem duplamente inexauríveis os direitos nela consagrados, vez que os mesmos podem ser complementados tanto por direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, como pelos dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte.

2.1.4 Imprescritibilidade

Os direitos não se perdem com o passar do tempo. Tal característica foi e ainda é debatida com muito afincamento no meio jurídico-político nacional em face da anistia concedida pela Constituição da República aos autores de crimes praticados contra os opositores do regime ditatorial instituído pelo golpe militar de 1964.

De um lado, há os que defendem a aplicação pura e simples do princípio para reconhecer imprescritíveis as sanções penais que devem ser aplicadas aos autores de tais delitos. De outro, a posição atualmente majoritária no âmbito do Supremo Tribunal Federal exteriorizada quando do julgamento da ADPF n. 153, de que a Lei da Anistia foi recepcionada e que não cabe ao Poder Judiciário reescrever a história. Transcreve-se a ementa desse julgado:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE

TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] têm de ter estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] têm de ter sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de

tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como abrogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-PP-00011).

A controvérsia em torno da recepção e/ou da correta aplicação da denominada lei da Anistia, apesar de aparentemente pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, está longe de ser superada no meio jurídico.

A propósito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao julgar o caso Gomes Lund e outros versus Brasil, decidiu em sentido contrário ao do Supremo Tribunal. Como bem ressalta Moraes (2013), na sentença prolatada pela CIDH, foi declarada a invalidade jurídica da Lei de Anistia, não só pelo aspecto formal (autoanistia), mas também material (violadora de direitos humanos), foi reconhecida a força normativa e vinculante dos princípios fundamentais do direito internacional consuetudinário (*jus cogens*), bem como refutadas as alegadas limitações à responsabilidade penal pelos crimes praticados durante a ditadura, fundadas nos princípios da reserva legal e da anterioridade.

2.1.5 Inalienabilidade

Os direitos humanos são, em regra, inalienáveis porque não possuem conteúdo econômico e, conseqüentemente, implicam limitação ao princípio da autonomia privada.

A alienação de um órgão para transplante ou a contratação de uma pessoa mediante o compromisso de o(a) contratado(a) realizar uma cirurgia de esterilização irreversível são negócios jurídicos nulos em face da ilicitude do objeto (art. 166, II, Código Civil).

Excepcionalmente, em algumas situações específicas e temporárias, determinados direitos humanos são relativizados. É o caso dos *reality shows*, nos quais os participantes ficam privados de sua liberdade de locomoção (art. 5º, XV) e de sua intimidade (art. 5º, X) durante o programa, bem como a penhorabilidade do bem de família em razão de débitos provenientes do próprio imóvel.

É com fundamento em tal pressuposto que se criminalizou no Brasil a venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, entendendo como crime tanto a conduta de quem vende como a de quem compra, intermedia, facilita, promove ou auferir qualquer vantagem com a transação⁸.

2.1.6 Irrenunciabilidade

O titular do direito não pode dispor desse direito ou da sua titularidade.

Tal característica encontra muita controvérsia na doutrina porque muitas vezes a disposição de um direito humano encontra fundamento na concretização ou no exercício de outro direito humano, não sendo possível estabelecer previamente qual deve prevalecer.

Os exemplos lançados para o debate residem nas greves de fome, nos casos de autoflagelação em algumas cerimônias religiosas, na recusa das testemunhas de Jeová em se

⁸ Art. 15 da Lei n.º 9.434/1997. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

submeterem à transfusão de sangue, além dos casos de eutanásia⁹, distanásia¹⁰ ou ortotanásia¹¹ consentidas.

2.1.7 Vedação do retrocesso

Os direitos humanos não podem ser extintos ou terem o seu aspecto de proteção reduzidos. A supressão de direitos humanos é proibida em respeito às conquistas históricas da humanidade.

O princípio da vedação do retrocesso, em verdade, cria para o legislador obrigações positivas e negativas. A primeira, com o objetivo de envidar esforços para consolidar e até mesmo ampliar os direitos fundamentais; e a segunda, de se abster de encaminhar propostas legislativas tendentes à redução de tais direitos e garantias.

Importante ressaltar que a proibição de retrocesso não impede que sejam feitas restrições ou limitações, mesmo após a inclusão do direito no ordenamento jurídico.

2.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS? UM DEBATE A SER SUPERADO

Usualmente, a evolução dos direitos humanos ao longo da história e das sociedades é apresentada ao estudante de direito como um processo meramente cronológico, dissociado dos aspectos históricos, ideológicos e econômicos.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é apresentada como um documento quase que estranho ao processo revolucionário que culminou com a queda do regime absolutista na França, omitindo as contradições e os conflitos ideológicos no próprio regime instituído a partir da queda da Bastilha.

No entanto, é inconteste que a 1ª geração/dimensão dos direitos humanos foi produto da luta contra os arbítrios dos governantes, que teve no direito de se assegurar liberdade ao ser

⁹ *Eutanásia* é entendida como morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre.

¹⁰ *Distanásia* é o prolongamento artificial da morte de um paciente terminal submetendo-o a um tratamento inútil.

¹¹ *Ortotanásia* – nesse caso, o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que esse estado siga seu curso natural.

humano a sua força motora. Nessa categoria, encontram-se as liberdades públicas, os direitos civis e políticos e a igualdade formal.

Quanto ao documento histórico, urge lembrar que a Revolução Francesa produziu três documentos, um em 1789, o segundo em 1793 e um terceiro em 1795. Todos com a intenção de exteriorizar uma carta de direitos, mas que, em verdade, retrataram os conflitos ideológicos e as contradições existentes dentro do próprio movimento revolucionário.

As diferenças na redação e, sobretudo, as diferenças de concepções que o texto revela é o retrato fiel e até o prenúncio dos caminhos que seriam cunhados após a queda do regime absolutista na França de 1789.

Uma simples transcrição dos preâmbulos das Declarações de 1789 e 1793 já revela as diferentes concepções de democracia, povo e governo, conforme exposto a seguir.

Tabela 1 - Comparação dos preâmbulos das Declarações de 1789 e 1793

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 1789	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 1793
Momento histórico: Votada definitivamente em 2 de outubro de 1789	Momento histórico: Redigida em 1793 durante Convenção Nacional e sob pressão dos <i>sans-culotte</i> e jacobinos, integrava a denominada “Constituição do Ano I ¹² ”.
Preâmbulo: Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembleia Nacional, considerando, que a ignorância o olvido e o menosprezo aos Direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolvem expor uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente a todos os membros do corpo social, permaneça constantemente atenta a seus direitos e deveres, a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo possam ser a cada momento comparados com o objetivo de toda instituição política e no intuito de serem por ela respeitados; para que as reclamações dos cidadãos fundamentais daqui pôr diante em princípios simples e incontestáveis,	Preâmbulo: O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão. Em consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a Declaração seguinte dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹² A “Constituição do Ano I” foi assim chamada porque a Convenção Nacional adotou um calendário não cristão, em que o “ano I” começava em 22 de setembro de 1792. Os meses, contados também a partir de setembro, receberam nomes ligados à natureza: vindimário (mês das vindimas), brumário (mês de neblinas), frimário (mês de geadas), nivoso (de neves), pluvioso (de chuvas), ventoso (de ventos), germinal (germinação de sementes), floreal (mês das flores), pradial (mês das pradarias), messidor (mês das colheitas), termidor (mês do calor) e frutidor (mês das frutas).

<p>venham a manter sempre a Constituição e o bem-estar de todos. Em consequência, a Assembleia Nacional reconhece e declara em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão.</p>	
---	--

Fonte: o autor

A Declaração de Direitos Humanos de 1793 compunha o primeiro capítulo da Constituição Francesa e, como bem assinala Trindade (2002, p. 66), além de todos os direitos, deveres e liberdades previstos na Declaração de agosto de 1789, a nova Declaração iniciava-se com a afirmação solene, já no art. 1º, de que “o fim da sociedade é a felicidade comum”, e colocava a igualdade (artigo 2º) entre os direitos naturais imprescritíveis – no mesmo nível da propriedade, liberdade e segurança.

É inegável que a Declaração de 1793 positivou direitos avançadíssimos para a época. Veja-se a seguir:

XVIII - Todo homem pode empenhar seus serviços, seu tempo; mas não pode vender-se nem ser vendido. Sua pessoa não é propriedade alheia. A lei não reconhece domesticidade; só pode existir um penhor de cuidados e de reconhecimento entre o homem que trabalha e aquele que o emprega.

XXI - Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar.

XXII - A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos.

XXIII - A garantia social consiste na ação de todos, para garantir a cada um o gozo e a conservação dos seus direitos; esta garantia se baseia sobre a soberania nacional.

Além de limitar pela lei os poderes e as funções da Administração Pública (art. 24), consagrou de forma incontestada o princípio da Soberania Popular (art. 26), implantação de mecanismos efetivamente democráticos (art. 29) e temporariedade dos mandatos e funções públicas (art. 30).

E, por fim, para assegurar a concretização das aspirações populares e o cumprimento das promessas por parte dos governos, dispôs, em seu artigo 35, que “Quando o governo viola os direitos do Povo, a revolta é para o Povo e para cada agrupamento do Povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensáveis dos deveres”.

Apesar do texto socialmente avançado e altamente democrático, o fato é que a Constituição/Declaração de 1793 não chegou a ser aplicada, e o massacre dos Jacobinos e dos

sans-culotte registrados na denominada Reação Termidoriana deslocou o poder político-militar ao encontro dos Girondinos, culminando na terceira Constituição da Revolução Francesa, a de 1795. Isso, obviamente, não só não referendou os avanços constantes na Declaração/Constituição de 1793 como procurou criar obstáculos definitivos à soberania popular, alçando de vez a burguesia e o capital ao controle dos destinos da revolução francesa.

As contradições descritas acima, por si só, já evidenciam que nem sempre há uma evolução meramente cronológica ou geracional nos direitos.

Contradições à parte, da leitura da declaração “oficial” da Revolução Francesa conclui-se, sem muito esforço, que os direitos humanos naquela ocasião eram concebidos como direitos individuais. Daí a inserção do texto no contexto literário da primeira dimensão de direitos humanos.

Ao criticar a declaração de 1789, Eric Hobsbawn (2003, p. 91) afirmou que “este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis”, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que “somente no terreno da utilidade comum”.

Em que pese a Revolução Francesa ter abolido o regime absolutista e cunhado à humanidade as declarações supramencionadas, a análise mais profunda sobre a nova ordem social erigida a partir de 1789 revelou um texto legal abstrato e muitas vezes contraditório. Isso porque é uma realidade ainda excludente e opressora, mas, ainda com todos esses aspectos negativos, nas palavras de Bobbio (1992, p. 129), “uma fonte ininterrupta de inspiração ideal para os povos que lutavam por sua liberdade”.

Diante desse cenário de abstração em contraposição a uma realidade cada vez mais concentradora de poder nas mãos de poucos e miséria na vida de muitos, outro caminho não restou à maioria humana senão intensificar a luta por melhores condições de vida.

E aí reside a razão pela qual a 2ª geração/dimensão foi produto da luta dos movimentos trabalhistas do século XIX em face dos graves problemas sociais provocados pela Revolução industrial. A 2ª geração/dimensão de direitos tem na igualdade e na justiça social a força motora que estimulou os Estados a agirem positivamente para satisfação das necessidades da coletividade. Nessa categoria, encontram-se os direitos sociais, especialmente trabalhistas, habitação, lazer, educação e saúde.

A 3ª geração/dimensão dos direitos humanos, por sua vez, surgiu como reação às atrocidades cometidas na segunda guerra. Segundo Cáceres (1994), a explosão das bombas

atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional. Segundo Sarlet (1998), os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Podem ser inseridos na terceira geração/dimensão de direitos humanos, os direitos de gênero, os direitos da criança e do adolescente, os direitos do idoso, os direitos dos deficientes físicos e mentais e os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais).

O desenvolvimento tecnológico aplicado na área da medicina, em especial na engenharia genética, fez nascer a possibilidade concreta de manipulação do patrimônio genético dos seres vivos, inclusive os humanos, fazendo a quarta geração de direitos como forma de resolução dos novos conflitos sociais. Brandão (2000, p. 123-124) lembra que os direitos decorrentes da biotecnologia e da bioengenharia geram direitos sociais, que podem dizer respeito ao consumidor quando se trata de alimentos modificados.

A complexidade da sociedade atual e, porque não dizer, dos conflitos da modernidade, é tamanha que levou Sauwen (1997, p. 57) a afirmar que os conflitos advindos, por exemplo,

[...] da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle da natalidade, da clonagem e de outros 'possíveis' à Engenharia Genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meio de acordos internacionais.

Paralelamente aos avanços da biogenética, o desenvolvimento da cibernética e da robótica cunhou a inteligência artificial criando a chamada Era Digital, experiência humana que, como não poderia ser diferente, cria situações de violência e opressão, seja no aspecto individual (1º geração) com a invasão de privacidade, seja no aspecto coletivo e transnacional (3ª geração) com a espionagem, ataques cibernéticos e concentração de poder sem precedentes.

Portanto, independentemente da discussão acerca da forma de se corretamente classificar os direitos humanos, se em “gerações” ou em “dimensões”, o mais importante é se

compreender que esses direitos não são substituídos ou alterados de tempo em tempo, mas resultam em um processo de fazer-se e de complementaridade permanente (SARLET, 1998).

CAPÍTULO 3: AS ORIGENS DO MERCADO DE CONSUMO – BREVES REFLEXÕES INTERDISCIPLINARES

A compreensão acerca do surgimento dos direitos do consumidor e sua identificação como um direito humano de terceira dimensão passam necessariamente pela compreensão do que foi a denominada Revolução Industrial e quais as transformações por ela implementadas tanto na economia, quanto na sociedade e, por que não dizer, no direito.

Se por um lado é verdade afirmar que a Revolução Francesa criou o cenário político-social para que surgissem as declarações de direitos humanos, também é verdade que tais direitos surgiram apenas no aspecto formal e abstrato, criando um verdadeiro abismo entre o declarado no ordenamento jurídico e a realidade social.

E as razões lógicas residem no fato de que a queda do regime absolutista e a hegemonia dos burgueses nos destinos da Revolução Francesa consolidaram a ideologia liberal na política e na economia do ocidente, causando profundas alterações, tanto no modelo de produção, quanto na relação estabelecida entre produtores, comerciantes e consumidores de produtos.

Com uma economia basicamente de subsistência, até o fim do século XVIII, a imensa maioria da população vivia no campo e produzia apenas para o núcleo familiar. Essa população passou, com a Revolução Industrial, a migrar para as cidades, fazendo surgir a figura do trabalhador assalariado.

Daí se afirmar que antes da Revolução Industrial a figura do consumidor, tal como identificamos hoje, simplesmente não existia, já que na forma artesanal as figuras do produtor, do trabalhador e do consumidor quase sempre convergiam para a mesma pessoa ou núcleo familiar.

O surgimento do trabalho assalariado se acentuou com a inclusão das máquinas no processo de produção de bens, fazendo surgir, concomitantemente, a divisão social da produção e o aumento da produtividade. Com o aumento da produtividade, ampliou a quantidade de produtos e a conseqüente necessidade de se buscar consumidores para tais produtos.

Portanto, a figura do consumidor surgiu no mesmo momento histórico em que se disseminava pelo mundo capitalista a figura do trabalhador assalariado, razão pela qual as características de ambos, ou seja, tanto do mercado de consumo quanto da classe trabalhadora são apresentadas em conjunto:

- a) hegemonia ideológica do pensamento liberal burguês pós revolução industrial;
- b) êxodo rural;
- c) deslocamento da força de trabalho para as cidades;
- d) trabalho assalariado;
- e) precárias condições de vida dos trabalhadores;
- f) aumento da produção e da produtividade gerando estoque de produtos;
- g) necessidade de busca de mercado para os produtos em estoque;
- h) o trabalhador assalariado é alçado à posição de consumidor.

Antes da Revolução Industrial, o trabalhador conseguia manter a si e à sua família com o produto do seu trabalho no campo. Após, atraído pelos encantos do novo sistema econômico, se vê deslocado na cidade, sendo obrigado a trabalhar em condições desumanas em troca do salário que deveria conferir ao próprio trabalhador e à sua família, no mínimo, a mesma dignidade que tinha no campo.

Juridicamente, o pensamento ideológico hegemônico cunhou um conceito de direito meramente formal, acessível somente à nova burguesia que, com a Revolução Industrial, além de assumir o controle das terras advindas do êxodo urbano, empoderou-se ainda mais ao assumir o controle dos meios de produção.

E o cenário não poderia ser outro. Afinal, tamanha concentração de poder nas mãos de um único agrupamento social, mais uma vez, fez nascer lutas para o resgate da dignidade humana. Com efeito, a concentração populacional nas cidades (êxodo rural) e as precárias condições de trabalho (carga horária excessiva, baixos salários e moradia indigna) causaram instabilidade social com risco grave de comprometer o próprio modelo de produção capitalista, especialmente após a edição do Manifesto Comunista, que conclama os trabalhadores de todo o mundo à construção de uma nova revolução.

E o direito? Esse se guiava pela doutrina positivista de Augusto Comte, a mesma que é reproduzida até hoje em boa parte das faculdades de direito, segundo a qual o profissional do direito deve interpretar e aplicar o direito tal como ele é, sem valorações. O Juiz deve ser, portanto, um ser acrítico, apolítico e com atuação eminentemente “técnica”, ou seja, interpretando a lei apenas com o objetivo de extrair dela a “vontade do legislador”.

Segundo Trindade (2002, p. 111), a proposta de Comte com o Positivismo era que

[...] essa nova realidade fosse adotada apenas como “objeto de observação”, sem “admiração ou crítica”, produto espontâneo do “estado da sociedade”, não restaria mais o que fazer senão estudá-la com aquela “neutralidade”, favorável a seu progresso natural, o que exige a restauração da ordem. Pois, com efeito, a transformação exigida pela “força dos antecedentes” já estava completada: se o feudalismo fora destruído porque contrariava as “leis naturais invariáveis”, impunha-se a conclusão de que o capitalismo seria a realização concreta dessas leis. Portanto, a rebeldia – antes recomendável – agora deve ser afastada, já não se justifica, malgrado certos males do capitalismo, que serão corrigidos com o triunfo da filosofia positivista.

Portanto, a figura do Juiz neutro e apolítico marcou a atuação do Poder Judiciário na aplicação das leis contribuindo para a concretização de uma ordem social cada vez mais conflituosa porquanto injusta.

E é em tamanha contradição que se chega ao final do século XIX, com um ordenamento jurídico meramente formal, com um conceito de liberdade assegurada à classe burguesa, um conceito de igualdade meramente escrito e com o juiz influenciado pelo positivismo de Comte, travestido de neutralidade e apoliticismo, servindo aos interesses da classe hegemônica.

As revoltas e insurgências populares não tardaram a surgir. E as primeiras propostas de concessões em defesa da manutenção do modelo de produção e de divisão de poder, motivadas também pela escalada dos movimentos comunistas, vieram da Igreja Católica, mais precisamente por iniciativa do Papa Leão XIII que, em 1891, propôs reformas pontuais no sistema em vigor com a edição da encíclica *Rerum Novarum*, descrevendo a situação da seguinte forma:

[...] A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efectivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito.

Por toda a parte, os espíritos estão apreensivos e numa ansiedade expectante, o que por si só basta para mostrar quantos e quão graves interesses estão em jogo. Esta situação preocupa e põe ao mesmo tempo em exercício o génio dos doutos, a prudência dos sábios, as deliberações das reuniões populares, a perspicácia dos legisladores e os conselhos dos governantes, e não há, presentemente, outra causa que impressione com tanta veemência o espírito humano. [...] Em todo o caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida. O século passado destruiu, sem as substituir por coisa alguma, as corporações antigas, que eram para eles uma protecção; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os

trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada. A usura voraz veio agravar ainda mais o mal. Condenada muitas vezes pelo julgamento da Igreja, não tem deixado de ser praticada sob outra forma por homens ávidos de ganância, e de insaciável ambição. A tudo isto deve acrescentar-se o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito, que se tornaram o quinhão dum pequeno número de ricos e de opulentos, que impõem assim um jugo quase servil à imensa multidão dos proletários [...]¹³.

Ao estabelecer a necessidade de união entre o capital e o trabalho como uma “imperiosa necessidade uma da outra”, a Igreja Católica contribuiu para a manutenção do modelo capitalista de produção e, sobretudo, para o desenvolvimento da sociedade de consumo que, com algumas nuances, se transmudou hodiernamente para a sociedade de massas.

Portanto, partir da Igreja Católica, houve a primeira das tentativas de salvar o modelo de produção cunhado a partir da Revolução Industrial ao se proporem medidas para distencionar a relação capital-trabalho e fincar as raízes do que se chama hoje de Direito do Trabalho e de Justiça Social.

Mais uma vez restou evidenciado que o trabalhador e o consumidor se constituíram em pilares do sistema capitalista, tendo sido depositada em ambos a responsabilidade de manter a higidez do sistema, em uma relação de dependência quase que doentia.

Isso não quer dizer que a paz e a justiça social voltaram a reinar com as “concessões” do capitalismo aos trabalhadores, os quais, juntamente com os consumidores, passariam em menos de um século a ocupar a posição de “mercadorias” do sistema, tal qual prenunciou Marx (s/a., p. 22):

[...] A força de trabalho é pois uma mercadoria que o seu proprietário, o operário assalariado, vende ao capital. E por que razão a vende? Para viver. Mas a manifestação da força de trabalho, o trabalho mesmo é a atividade vital própria do operário, a sua maneira específica de manifestar a vida. E é essa atividade vital que ele vende a um terceiro para conseguir os necessários meios de subsistência. Quer isto dizer que a sua atividade vital não é mais do que um meio para poder existir. Trabalha para viver. Para ele, o trabalho não é uma parte de sua vida, é antes um sacrifício da sua vida. É uma mercadoria que os outros utilizarão.

Em que pese alguns autores defenderem que o direito do consumidor tem origem no Código de Hamurabi (1700 a.C.) pelo fato de se identificar naquele documento histórico

¹³ Carta Encíclica Rerum Novarum. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 set. 2015.

alguns dispositivos que protegiam o proprietário de uma construção¹⁴, prevalece o entendimento de que as primeiras normas de proteção dos consumidores surgiram a partir dos movimentos sociais organizados nos Estados Unidos da América no final do século XIX.

A posição explicitada acima se justifica pelo fato de, apenas naquele momento (final do século XIX) e naquele país (Estados Unidos da América) se reunirem as condições econômicas, sociais e históricas para o surgimento de movimentos reivindicando respeito e proteção aos destinatários daquilo que o sistema capitalismo conseguiu produzir em excedente a partir do novo modelo econômico cunhado pela Revolução Industrial.

E aqui, mais uma vez, depara-se com a análise conjuntural da economia e da política como determinantes para a formação e a construção da ordem jurídica.

Azevedo (2009, p. 35) assevera que

A origem do direito do consumidor está associada, assim, à necessidade de se corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade de produção e consumo massificados. Com efeito, o sistema de produção em série está baseado no planejamento dessa produção pelos fornecedores, o que torna estes sujeitos mais fortes do que os consumidores, pois, além do poder econômico, detém ainda os dados (as informações) a respeito dos bens que produzem e comercializam.

Naquele momento histórico, o livre exercício da atividade empresarial e a ausência de qualquer regulamentação estatal criou o ambiente jurídico propício à formação de monopólios¹⁵ e cartéis¹⁶, com evidente concentração de poder econômico e em detrimento dos consumidores estadunidenses. Para corrigir essa “anomalia” do sistema capitalista daquele País, editou-se, em 1872, a Lei Sherman (*Sherman Anti Trust Act*).

Sobre a Lei Sherman, Forgioni (2012, p. 65) explica que

[...] representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Não se deve dizer que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram

¹⁴ Art. 229. Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto.

Art. 233. Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruíu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas.

¹⁵ O monopólio pode ser definido como a situação em que uma empresa detém o controle do mercado em relação a determinado serviço ou produto, impondo seu preço e restringindo a liberdade do consumidor determinado ramo a constituição de uma única organização empresarial.

¹⁶ O cartel é a união de empresas com o objetivo de aumentar o preço dos produtos ou restringir a oferta para os consumidores, dominando assim o mercado.

trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o Sherman Act tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis.

A criação de instrumentos legislativos para tutelar ou ao menos reduzir os efeitos devastadores da concentração de poder econômico se intensificam nos anos seguintes, sempre em resposta aos movimentos sociais que, exteriorizando os absurdos do novo modelo de produção, reivindicavam respeito aos consumidores e proteção, em verdade, contra o próprio sistema capitalista.

Um exemplo claro e evidente da força dos movimentos e das iniciativas que buscavam denunciar as péssimas condições de vida dos trabalhadores de um lado e, concomitantemente, o descaso para com os consumidores é encontrada em um dos livros de Upton Sinclair, intitulado *“The Jungle”* (*A selva*). Na obra se denunciam as péssimas condições laborais dos trabalhadores e o descaso para com os consumidores de carne no mercado norteamericano do início do século XX. A ênfase das denúncias e a reação social à situação dos frigoríficos e matadouros nos EUA foram tamanhas que em 1906 editou-se a *“Pure Food And Drug Act”* e a *“Meat Inspect Act”*, estabelecendo um sistema estatal federal de fiscalização sobre as fábricas de alimentos.

Algumas décadas seguintes, mais precisamente na década de 1960, o advogado Ralph Nader, assessor do governo norteamericano, trouxe a público um relatório técnico demonstrando que a maioria dos acidentes ocasionados nas rodovias se dava pela falta de segurança dos veículos vendidos aos consumidores. A repercussão da denúncia fez surgir o que se convencionou chamar de demandas repetitivas¹⁷, no caso, ações indenizatórias propostas pelos consumidores que se sentiram atingidos pelo ilícito (omissão no dever jurídico de estabelecer condições seguras de trafegabilidade).

No mesmo momento histórico, importante citar a mensagem especial do Presidente Kennedy endereçada ao Congresso dos Estados Unidos acerca da Proteção dos Interesses dos Consumidores, ao afirmar:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da

¹⁷ **Demandas repetitivas, demandas de massa** ou ainda **causas repetitivas** são termos jurídicos que correspondem a um conjunto significativo de ações judiciais cujo objeto e razão de ajuizamento são comuns entre si.

economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos¹⁸.

A propósito, o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor foi escolhido para ser comemorado no dia 15 de março, exatamente porque o supracitado discurso foi feito em 15 de março de 1962, tendo sido o gesto político o deflagrador de debates em vários países e, por isso mesmo, considerado um marco na defesa dos direitos dos consumidores.

Estava, pois, criado o ambiente social e político para que os governos – inicialmente os EUA e parte da Europa – incluíssem a defesa dos consumidores como política pública, trazendo de forma definitiva a tutela jurisdicional para o portfólio de direitos denominados de terceira geração/dimensão (solidariedade e fraternidade).

Mais adiante, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) editou, em 16 de abril de 1985, a Resolução 39/248, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no plano internacional ao afirmar que muitas vezes os consumidores enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, conhecimento técnico e poder de negociação. Na ocasião, estabeleceu uma série de diretrizes aos estados e governos, especialmente os dos países em desenvolvimento, entre as quais:

- (A) A proteção dos consumidores de riscos para a sua saúde e segurança;
- (B) A promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- (C) o acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas de acordo com os desejos e necessidades individuais;
- (D) A educação do consumidor;
- (E) Disponibilidade de reparação eficaz dos consumidores;
- (F) A liberdade para formar grupos relevantes de consumo e outros ou organizações e a oportunidade de tais organizações para apresentar seus pontos de vista em processos que lhes digam respeito de decisão.

Ao estabelecer diretrizes para promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, a ONU estabeleceu também algumas recomendações, em síntese:

1. As políticas governamentais devem incentivar os fornecedores a obterem uma melhor utilização de seus recursos econômicos. Eles também devem procurar alcançar metas de padrões de produção e desempenho satisfatório, adequado métodos de distribuição, práticas comerciais justas, marketing informativo e uma proteção eficaz contra as práticas que possam afetar negativamente os interesses econômicos dos consumidores;
2. Os governos devem intensificar seus esforços para evitar práticas que prejudicam os interesses econômicos dos consumidores, garantindo que fabricantes,

¹⁸ Tradução livre de um trecho do discurso disponibilizado na íntegra no endereço eletrônico <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 24 set. 2015.

distribuidores e outros envolvidos no fornecimento de bens e serviços cumpram as leis e normas estabelecidas. Consumidor as organizações devem ser incentivadas a monitorar práticas adversas, como a adulteração de alimentos, afirmações falsas ou enganosas em marketing e serviço fraudes.

3. Os governos devem adotar ou manter políticas que deixam clara a responsabilidade do produtor para garantir que as mercadorias atendam a padrões razoáveis de durabilidade, utilidade e confiabilidade, e são adequados para a finalidade para a qual se destinam. Políticas similares devem aplicar-se à prestação de serviços.

4. Os governos devem encorajar a concorrência leal e eficaz, a fim de fornecer aos consumidores com a maior variedade de escolha entre produtos e serviços ao menor custo.

5. Os governos devem, se for caso disso, fazer com que os fabricantes e/ou varejistas garantam a disponibilidade adequada de serviço pós-venda.

6. Os consumidores devem ser protegidos contra abusos contratuais. Práticas de marketing e vendas promocionais devem ser guiados pelo princípio do tratamento justo dos consumidores e devem atender aos requisitos legais. Isso requer o fornecimento das informações necessárias para permitir que os consumidores possam tomar decisões conscientes e independentes, bem como medidas para garantir que as informações prestadas sejam verdadeiras.

7. Os governos devem encorajar todos os interessados a participar do livre fluxo de informações precisas sobre todos os aspectos de produtos de consumo.

8. Os governos devem, dentro do seu próprio contexto nacional, incentivar a formulação e implementação por parte das empresas de códigos de conduta e outras práticas de negócios para garantir adequada proteção dos consumidores.

Dáí se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor foi construído para ser um microsistema jurídico-processual de concretização de direitos constitucionais, principalmente os que emanam de forma cristalina dos seguintes dispositivos:

Artigo 5º, inciso XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor (grifei);

Para compreender a importância do Código de Defesa do Consumidor para a luta dos direitos humanos, é importante a releitura da exposição de motivos do que viria a se tornar a Lei n. 8.078/1990.

O anteprojeto incluiu em sua exposição de motivos a advertência de J. M. OTHON SIDOU¹⁹, o qual disse resultar

¹⁹ Diário do Congresso Nacional, Seção II, Edição de 3 de maio de 1989, p. 1663.

[...] da própria definição (isto é, de “consumidor” com várias acepções) ser utópico elaborar um estatuto de proteção ao consumidor em sentido locupletíssimo, porque o cotidiano *struggler for life* se encarregaria de revelar sempre algo a prevenir, mesmo que nos subsidiassem, beneditinamente coligidos e sem a ausência de um só, todos os códigos, todas as leis, todos os ordenamentos, desde os senectos monumentos legislativos de ontem aos modestos e não raro canhestros provimentos burocráticos de hoje, posto como todos são tomados no não-intuito de resguardar as relações do homem coletivizado, do consumidor, portanto.

Em nível supraestatal, a Organização das Nações Unidas, em sua Resolução n. 39/248, aprovou, em sessão plenária de 9 de abril de 1988, uma política de proteção ao consumidor, destinada aos estados filiados, tendo em conta os interesses e as necessidades dos consumidores de todos os países e, particularmente, dos em desenvolvimento, reconhecendo que os mesmos consumidores enfrentam amiúde desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. Reconhece ainda que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

Resumidamente, os chamados "direitos do consumidor" elencados na referida Resolução da ONU foram repassados aos países da América Latina e Caribe pela representação regional da “*Internacional organization of Consumers Unions*” (IOCU), com assento na referida ONU com as seguintes sugestões legislativas para abarcar:

- a) proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança;
- b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras, conforme os desejos e necessidades de cada um;
- d) educação do consumidor;
- e) possibilidade de compensação efetiva ao consumidor em face dos danos ou prejuízos sofridos;
- f) liberdade de constituírem-se grupos e outras organizações de consumidores e oportunidade para que essas organizações sejam ouvidas quanto às suas opiniões nos processos de adoção de decisões que os afetem.

Estava, pois, evidenciada, desde a origem dos movimentos consumeristas, a necessidade de se criar instrumentos de defesa dos consumidores em face do poder econômico.

Em 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei n. 8.078, arcabouço legislativo que, alinhado aos mais modernos sistemas de defesa do consumidor, instituiu as bases para o sistema de proteção e defesa do consumidor brasileiro.

CAPÍTULO 4: O SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

A edição da Lei n. 8.078/1990 (CDC) veio na esteira histórica e social da denominada Constituição Cidadã, a ordem jurídica constitucional erigida a partir de 1988 como resposta ao movimento social que exigiu a implantação de uma ordem democrática que haveria de por fim ao regime ditatorial vigente desde o golpe militar de 1964.

Analisando criticamente o texto constitucional, Streck (2002, p. 358) pontua que,

Da dialética resultante dos confrontos políticos e sociais ocorridos no decorrer da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, optou-se por constitucionalizar as mais diversas questões, pela exata razão de que, no Brasil, a efetividade do sistema jurídico sempre deixou a desejar. Daí por que as diferentes correntes de opinião e grupos que participaram do processo constituinte – mormente às ligadas ao constitucionalismo comunitarista –, face a esse grave problema de efetividade, optaram por colocar diretamente no texto constitucional os seus anseios, esperando que, desse modo, haveria o cumprimento das regras.

Em que pese as críticas à direita e à esquerda, o certo é que a Constituição de 1988 aponta para a construção de um Estado Social intervencionista em total descompasso com o que propõe e exige o capitalismo.

E mais, além da clara opção pelo denominado Estado Social, a Constituição Federal de 1988 é classificada pela doutrina como programática, dirigente e diretiva, sessões que tecnicamente são sinônimas. Segundo Novelino (2009, p. 113), caracteriza-se por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos.

Um exemplo reside no artigo 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito das relações de consumo, a Carta Magna também é dirigente ao estabelecer a defesa do consumidor como um direito e uma garantia fundamental, que deve ser assegurada a todos e todas. Veja-se:

Artigo 5º: 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;

Mais adiante, o texto constitucional estabelece como princípios da ordem econômica e financeira os seguintes:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;(grifei)

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Esses dois dispositivos legais supracitados (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, V) constituem os fundamentos (pilares) do sistema nacional de defesa do consumidor.

É por isso que se afirma que o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor tem matriz constitucional e decorre da total ausência de controle dos meios, modos e dados da produção.

Ao reconhecer que o consumidor é a parte mais frágil da relação econômica, a Constituição brasileira reconhece que, de fato, quem detém os dados e as informações dos produtos produzidos e comercializados, especialmente as concernentes à qualidade e segurança, não é o consumidor e, portanto, este deve ser empoderado com o princípio da vulnerabilidade.

A crítica à aplicação indiscriminada do princípio da vulnerabilidade está centrada no fato de alguns consumidores possuírem maior poder aquisitivo, mais conhecimento técnico do que muitos fabricantes e fornecedores, especialmente os pequenos e microempresários. Não obstante, mesmo em tais situações econômicas e sociais, a vulnerabilidade ainda é a marca registradora da relação, por uma situação inquestionável, pois, apesar de possuir o poder de compra e deter uma situação econômica e intelectual superior, ainda assim o consumidor continua sem controlar a produção, ou melhor, os dados e as informações.

Importante, pois, não se confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. A propósito, Benjamin (2001, p. 325) diferencia os institutos da seguinte forma: “A *vulnerabilidade* é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a *hipossuficiência* é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores” (grifos nossos).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor ganha uma compreensão menos conflituosa quando em análise na sociedade de massa, a qual se caracteriza pela produção em larga escala, concentração industrial, expansão dos meios de comunicação de massa e consumismo. Segundo Comparato (1974, p. 23),

O período da produção em massa, instaurado com a chamada “revolução industrial” acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Para ele, *Produtores* são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõe de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. *Consumidores*, os que não dispõem do controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes (grifos nossos).

Portanto, ao reconhecer que os consumidores estão submetidos ao poder dos detentores dos bens de produção, reconhece-se econômica, política e socialmente a vulnerabilidade. E é para se assegurar a paridade de armas que o sistema jurídico brasileiro, além de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor previamente e para todas as relações de consumo, estabelece também normas programáticas que exigem dos poderes – inclusive do Judiciário – ações para concretizar aquilo que Grau (1997, p. 122) denomina de Intervenção por Direção, ou seja, uma forma de intervenção que ocorre por pressões sobre a economia, utilizando-se de mecanismos e normas de comportamento para os agentes econômicos.

Daí se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo sistema jurídico ainda pouco explorado pela Teoria do Direito, o da lei principiológica. Segundo Nunes (2012, p. 114), “como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema

jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional”.

Nunes (2012, p. 117) consigna que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

Daí a importância que uma leitura interdisciplinar do direito do consumidor. Afinal, a compreensão de que as relações jurídicas de consumo são estabelecidas e atreladas ao sistema econômico que, na atualidade, é o da produção e consumo massificados, se torna mais clara e sólida com a contribuição das demais ciências. No caso deste trabalho, optou-se pela sociologia e pela filosofia.

CAPÍTULO 5: A NOVA ORDEM ECONÔMICA MUNDIAL – A REDE DE CONTROLE CORPORATIVO GLOBAL

As indagações sobre a organização e a distribuição do poder político na atualidade conduzem inexoravelmente ao reconhecimento do caráter hegemônico do modelo capitalista de produção, em especial após a derrocada da experiência soviética e a adoção, ainda que parcial, da economia de mercado como modelo de geração de riqueza pela China socialista.

Partindo desse pressuposto, o Instituto Federal Suíço de Pesquisa Tecnológica (ETH), em estudo coordenado pelos pesquisadores Stefania Vitali, James B. Glattfelder e Stefano Battiston, selecionou 43 mil corporações do banco de dados Orbis 200720 levando em consideração:

- a) peso econômico da empresa (fatia de participação no mercado);
- b) atuação das empresas no mercado (rede de conexões);
- c) fluxos financeiros; e
- d) participação acionária (controle acionário).

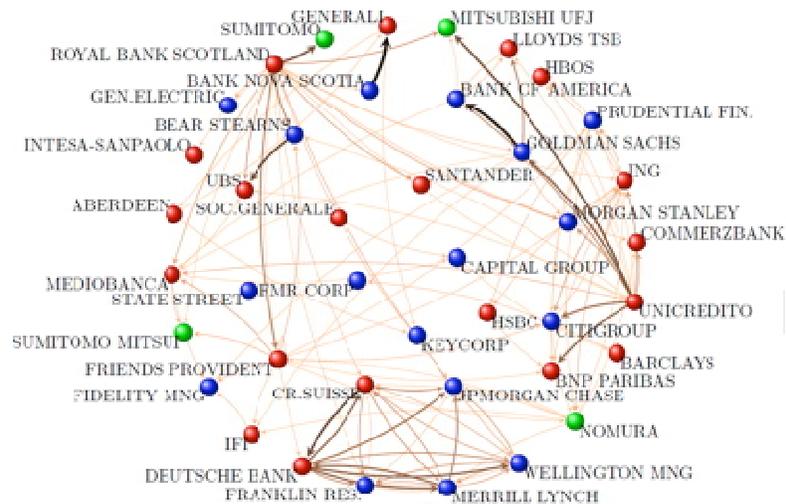
O resultado da pesquisa foi a revelação de uma estrutura que os pesquisadores denominaram “a rede do controle corporativo global”.

Descobriu-se que as corporações transnacionais formam uma gigantesca estrutura em forma de gravata borboleta (bow-tie) e que uma grande parte do controle flui para um núcleo (core) pequeno e fortemente articulado de instituições financeiras. Esse núcleo pode ser visto como uma ‘superentidade’ (super-entity), que concentra de forma excepcional o poder de decisão e controle sobre as demais corporações menores. Em números, apenas 737 dos principais grupos empresariais (top-holders) acumulam 80% do controle sobre o valor de todas as empresas transnacionais (ETN). Isso significa que o controle em rede (network control) é distribuído de maneira muito mais desigual do que a riqueza.

Segundo o ETH, a estrutura da rede de controle das corporações transnacionais impacta a competição de mercado mundial e a estabilidade da economia, podendo colocar em risco os governos e até mesmo o regime democrático.

²⁰ O Banco de Dados ORBIS reúne cerca de 37 milhões de empresas e investidores de todo o mundo.

Figura 1 - Estrutura da rede de controle das corporações transnacionais



Fonte: Dowbor (2012, p. 10)

Essa rede de controle corporativo global se constitui em uma força política de difícil controle por parte dos estados e dos governos. Nesse sentido, Dowbor (2011, p. 1), em artigo publicado no Jornal Francês *Le Monde*, alerta que esse cenário econômico “é demasiado fechado e articulado para ser regulado por mecanismos de mercado, poderoso demais para ser regulado por governos eleitos, incapaz de administrar os gigantescos volumes de recursos que controla o sistema financeiro mundial gira solto, jogando com valores que representam cerca de catorze vezes o PIB mundial”.

Do rol de controladores, os primeiros 25 conglomerados financeiros que compõem o centro dessa “superentidade” são os seguintes:

- Barclays plc
- Capital Group Companies Inc
- FMR Corporation
- AXA
- State Street Corporation
- JP Morgan Chase & Co
- Legal & General Group plc
- Vanguard Group Inc

- UBS AG
- Merrill Lynch & Co Inc
- Wellington Management Co LLP
- Deutsche Bank AG
- Franklin Resources Inc
- Credit Suisse Group
- Walton Enterprises LLC
- Bank of New York Mellon Corp
- Natixis
- Goldman Sachs Group Inc
- T Rowe Price Group Inc
- Legg Mason Inc
- Morgan Stanley
- Mitsubishi UFJ Financial Group Inc
- Northern Trust Corporation
- Société Générale
- Bank of America Corporation

No mesmo sentido concluiu François Morin (*apud* 2015), professor emérito de economia na Universidade de Toulouse e ex-membro do Conselho Geral do Banco da França que, em sua obra *L'hydre mondiale: L'oligopole bancaire* (A hidra mundial: o oligopólio bancário, Lux Editeur) afirmou que o mundo, a política, as democracias e as finanças são dominados por uma hidra mundial composta por 28 grandes bancos internacionais, cujas políticas fixam o curso não apenas das finanças, mas também das democracias parlamentares.

Afirma o autor supracitado que os créditos existentes em favor das 28 instituições financeiras internacionais (50,341 trilhões de dólares) são, em 2012, superiores à dívida pública global (48,957 trilhões de dólares). Também afirma que o poder econômico dessa oligarquia foi reconhecido por algumas autoridades judiciais dos Estados Unidos, Inglaterra e a Comissão Europeia, as quais, desde 2012, aplicaram sanções a muitas dessas instituições – sobretudo onze entre eles (Bank of America, BNP-Paribas, Barclays, Citigroup, Crédit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan Chase, Royal Bank of Scotland, UBS) – pela construção sistemática do que se denominou “acordos organizados em bandas”.

Para Morin (*apud* DOWBOR, 2012, p. 2), “a imposição de multas de muitos bilhões de dólares, contra a manipulação do mercado de câmbio ou da Libor [taxa de referência para juros interbancários, estabelecida em Londres], demonstra que esta prática existe”²¹.

Nessa conjuntura econômica e política, Santayana (2013, p. 2) assevera que

Não temos, a rigor, sistema democrático no mundo. Temos alguns sistemas republicanos melhores do que os outros, mas em nenhum deles vigora a democracia real. O que temos é um sistema de oligarquias plutocráticas, organizadas hierarquicamente, no plano nacional e no plano mundial, em torno de um centro de mando único, efetivo por ser implícito, que não precisa dar as caras para ser obedecido.

A partir desse ponto é que se entende ser oportuno dirigir um olhar ao pensamento de Antônio Negri, filósofo político italiano que, ao lado de Michael Hardt, filósofo político estadunidense (HARDT; NEGRI, 2002), escreveram duas obras de extrema relevância para a compreensão da sociedade dita pós-moderna: *Império*, lançado em 2000, e *Multidão*, lançado em 2004.

A escolha de Hardt e Negri (2002) para ser base teórica principal deste trabalho se deu pelas ideias defendidas por esses autores sobre os novos contornos do que eles mesmos denominaram de “Império”, conceito que vai ao encontro da nova forma de organização e atuação dos conglomerados econômicos e financeiros no mercado global, ambos agindo sem o estabelecimento de base territorial fixa e com capacidade de mobilização sem qualquer limitação física e/ou temporal.

Já no prefácio de *Império*, os autores afirmam que o atual cenário econômico ocasionou um enfraquecimento dos Estados-nação, constatação que é tida como consequência primária do fortalecimento dos conglomerados financeiros internacionais. O resultado disso são as dificuldades práticas de se aplicar às relações estabelecidas entre os grandes grupos econômicos e a sociedade, dificuldade que se amplia quando se lança os olhos sobre as relações individuais.

Para Hardt e Negri (2002, p. 12) o imperialismo era, na realidade, uma extensão da soberania dos Estados-nação europeus além de suas fronteiras. Em contraste com o imperialismo, o Império não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É um aparelho de descentralização e desterritorialização do geral

²¹ Entrevista concedida a Eduardo Febbro. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/545323-oligopolio-bancario-age-como-uma-quadrilha-organizada-entrevista-com-francois-morin>>. Acesso em: 27 set. 2015.

que incorpora gradualmente o mundo interior dentro de suas fronteiras abertas e em expansão. O império administra entidades híbridas, hierarquias flexíveis e permutas plurais por meio de estruturas de comando reguladoras.

As características fundamentais do Império, segundo Negri e Hardt (2002), são:

- ausência de fronteiras territoriais;
- exercício do poder sem qualquer limitação;
- apresentação, não como uma conquista histórica, mas sim como uma ordem que na realidade suspende a história (ou até mesmo decreta o seu fim);
- eternização do estado de coisas existente, ou seja, do ponto de vista do Império, é assim que as coisas serão hoje e sempre;
- capacidade de exercer o poder de mando sobre toda a sociedade (biopoder)²², preconizando uma paz perpétua e universal, fora da História, criando e, ao mesmo tempo, satisfazendo necessidades e vontades individuais e coletivas.

Os autores afirmam que os processos constitucionais que instituíram o conceito de estados-nação tiveram como fundamento jurídico-filosófico a proposta de Kelsen de que os Estados individuais deveriam se constituir em entidades de igual categoria e que deveriam ser organizados por um “Estado mundial e universal”, superior aos Estados individuais. Teoricamente, o papel de organizador e unificador caberia, nesse cenário, à Organização das Nações Unidas, e foi exatamente a partir da ONU que os autores identificaram o movimento denominado “constitucionalização de um poder supranacional”.

Procurando afastar a ideia de que há em curso uma “teoria conspiratória da globalização”, Hardt e Negri (2002) eliminam duas concepções comuns a respeito da nova ordem econômica: a primeira delas é a de que essa nova ordem jurídico-econômica surgiu de forma espontânea como forma de equilibrar as forças do próprio mercado; e a segunda é a ideia de que o ambiente jurídico-político mais propício para o mercado é aquele em que não há regulamentação estatal.

²² Segundo Hardt e Negri (2002), Biopoder é a forma de poder que regula a vida social por dentro, acompanhando-a, interpretando-a, absorvendo-a e a rearticulando. Para se tornar efetivo é necessário o envolvimento das pessoas e das sociedades, ambas, alvos e, ao mesmo tempo, instrumento nessa relação de poder (biopolítica). Trazendo o conceito para as relações de consumo, cita-se Bauman (2008, p. 20), segundo o qual “na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável”.

Transcendendo a ideia clássica de predomínio de um estado sobre outros estados – imperialismo – Hardt e Negri (2002, p. 27) julgam necessário notar que “o que era conflito ou competição entre diversas potências imperialistas foi, num sentido essencial, substituído pela ideia de um poder único que está por cima de todas elas, que as organiza numa estrutura unitária e as trata de acordo com uma noção comum de direito”.

Se por um lado o império não nega o predomínio da lei (em sentido formal), por outro, legitima a recriação e a atuação do estado de exceção e das técnicas de polícia. Os questionamentos pontuais sobre o seu modo de agir não encontram ressonância porque a legitimação da nova ordem mundial reside nas indústrias de comunicação é, nas palavras de Hardt e Negri (2002, p. 52) “um sujeito que produz sua própria imagem de autoridade”.

CAPÍTULO 6: DOS DENUNCIADOS AO SISTEMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul.

(HOLANDA, 1948)

Traçadas as bases econômicas e filosóficas da nova ordem econômica mundial e demonstrado o arcabouço jurídico de direitos e garantias do consumidor, procurar-se-á demonstrar como se dá, na prática, essa relação.

Inicialmente, a pesquisa revelou que o poder de influência dos conglomerados financeiros sobre a ordem jurídica e sobre o estado nacional transcende, como inerente à globalização, os limites até mesmos morais estabelecidos pelas sociedades. Um exemplo disso foi descrito por Sandel (2011, p. 56) aos alunos do curso de direito da Universidade de Harvard:

A Philip Morris, uma companhia de tabaco, tem ampla atuação na República Tcheca, onde o tabagismo continua popular e socialmente aceitável. Preocupado com os crescentes custos dos cuidados médicos em consequências do fumo, o governo tcheco pensou, recentemente, em aumentar a taxação sobre o cigarro. Na esperança de conter o aumento dos impostos, a Philip Morris encomendou uma análise do custo-benefício dos efeitos do tabagismo no orçamento do país. O estudo descobriu que o governo efetivamente lucra mais do que perde com o consumo de cigarros pela população. O motivo: embora os fumantes, em vida, imponham altos custos médicos ao orçamento, eles morrem mais cedo e, assim, poupam o governo de consideráveis somas em tratamentos de saúde, pensões e abrigo para idosos.

Voltando os olhares para o sistema de proteção erigido para o consumidor residente na Brasil, constata-se, desde o início, uma forte resistência dos conglomerados econômicos e financeiros até mesmo em se submeter à nova ordem erigida a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

Vale citar que a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) e outras instituições ligadas ao mercado defenderam em Juízo a tese de que o cliente das instituições financeiras não deveria ser tido como um consumidor, e que o CDC não teria legitimidade para alcançar os integrantes do sistema financeiro porque se tratava de uma mera lei ordinária.

A tese, não acolhida pelas instâncias inferiores, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça²³, foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2591, a qual somente foi julgada em 7/6/2006, ou seja, quase dezesseis anos após a entrada em vigência do CDC.

Outro exemplo de resistência aos ditames do ordenamento jurídico nacional consumerista é evidenciado na tese levada ao Superior Tribunal de Justiça por um dos integrantes do setor de telecomunicações questionando a competência do PROCON para interpretar, por seus atos, cláusulas contratuais. A questão foi decidida da seguinte forma pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.279.622 - MG (2011/0168356-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PLANO "NET VIRTUA". CLÁUSULAS ABUSIVAS. TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DA ATIVIDADE AO CONSUMIDOR. PROCON. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO. AUTORIZAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES VIOLADORAS DO CDC. CONTROLE DE LEGALIDADE E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ATIVIDADE NÃO EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DA PROPORCIONALIDADE DA MULTA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ.

1. O Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio contratual, da equidade contratual e, enfim, da justiça contratual, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas.
2. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor.
3. O Decreto n. 2.181/1997 dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).
4. O art. 4º do CDC (norma principiológica que anuncia as diretivas, as bases e as proposições do referido diploma) legitima, por seu inciso II, alínea "c", a presença plural do Estado no mercado, tanto por meios de órgãos da administração pública voltados à defesa do consumidor (tais como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os Procons estaduais e municipais), quanto por meio de órgãos clássicos (Defensorias Públicas do Estado e da União, Ministério Público Estadual e Federal, delegacias de polícia especializada, agências e autarquias fiscalizadoras, entre outros).
5. O PROCON, embora não detenha jurisdição, pode interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento

²³ RESP 57.974, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.5.1995; RESP 106.888, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 5.8.2002; RESP 175.795, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 10.5.1999; RESP 298.369, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25.8.2003; e RESP 387.805, rel. Min^a. Nancy Andrichi, DJ 9.9.2002; RESP 160.861, rel. Min. Costa Leite, DJ 3.8.1998; RESP 163.616, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 3.8.1998; RESP 47.146, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 6.2.1995; etc.

administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita, mesmo porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CF).

6. A motivação sucinta que permite a exata compreensão do decisum não se confunde com motivação inexistente.

7. A sanção administrativa aplicada pelo PROCON reveste-se de legitimidade, em virtude de seu poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) para cominar multas relacionadas à transgressão da Lei n. 8.078/1990, esbarrando o reexame da proporcionalidade da pena fixada no enunciado da Súmula 7/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Como o julgamento no âmbito do STJ se deu 17/8/2015 e o acórdão ainda não transitou em julgado, não seria surpresa a interposição de mais recursos para levar a questão até o Supremo Tribunal Federal.

Se por um lado é importante reconhecer que o direito do recurso decorre da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição, por outro, é igualmente fundamental que se reconheça a existência de limites legítimos ao exercício de tal direito. Afinal, como bem pontuou Alcalá-Zamorra, *“el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por cansacio al adversario que tenga razón; ha de representar un camino breve y seguro para obtener una sentencia justa y no un vericuate interminable y peligroso para consumir un atropelo”*²⁴.

Não obstante, mesmo na seara consumerista, constata-se um crescente movimento da sociedade com vistas à concretização dos direitos declarados na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor.

Estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça²⁵ em algumas capitais brasileiras (Belém, Campo Grande, São Luiz, São Paulo e Florianópolis), revelou que as causas de pedir fáticas mais comuns em demandas de consumo em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis são as seguintes:

CATEGORIAS DE CAUSAS DE PEDIR FATICAS MAIS COMUNS EM DEMANDAS DE CONSUMO	
Cobrança indevida	20,66%
Não pagamento de indenização do DPVAT	14,05%
Vício de produto ou serviço	9,92%

²⁴ Citado por Justino Magno Araújo. Os poderes do juiz no processo civil moderno - visão crítica. Revista de Processo, v. 32, p. 101.

²⁵ Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Coord. Paulo Eduardo Alves da Silva [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

inscrição em cadastro de inadimplente	8,82%
cobrança abusiva	6,34%
negativa de tratamento de saúde	5,23%
descumprimento do contrato pelo fornecedor	4,96%
correções decorrentes de planos econômicos	4,13%
não entrega do produto	3,03%
movimentação indevida em conta corrente	2,75%
cancelamento do serviço	2,75%
descumprimento do contrato pelo consumidor	2,75%
fraude	1,93%
violação e dano a bagagem	1,10%
desistência do consumidor	1,10%
assalto/roubo	0,83%
diferença de preço	0,83%
falta de informação ao consumidor	0,83%
reembolso de valor de passagem	0,55%
extravio de bagagem 0,55%	0,55%
bloqueio indevido de serviço 0,55%	0,55%
correção a menor 0,55%	0,55%
overbooking 0,55%	0,55%
furto no estabelecimento do fornecedor causou dano ao consumidor	0,55%
uso de cartão de crédito furtado	0,55%
indenização por acidente	0,55%
acidente no estabelecimento do fornecedor causou dano ao consumidor	0,55%
negligência do fornecedor que causou dano ao consumidor	0,28%
renovação de contrato sem anuência do consumidor	0,28%
exibição de documentos bancários	0,28%
cobertura do seguro	0,28%
revisão de financiamento	0,28%
alteração unilateral do serviço pelo fornecedor	0,28%
uso indevido do nome do consumidor para ligação do serviço	0,28%
prisão por furto no estabelecimento do fornecedor	0,28%
atraso de voo	0,28%
dano decorrente do serviço	0,28%
NI	0,28%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Analisando os dados, o CNJ concluiu no mesmo estudo que os juizados especiais vêm recebendo uma grande demanda por julgamento de ações de consumo e, nesse espectro,

“conflitos de massa” que, em geral, têm como réu empresa integrante do setor de telecomunicações ou do sistema financeiro.

No âmbito dos Procons, a conclusão é a muito semelhante, ou seja, o maior volume de reclamações é dirigido contra as empresas que integram os grandes conglomerados do sistema financeiro e do setor de telecomunicações.

Em São Paulo, ao comparar o volume de reclamações entre 2010 e 2014, o Procon chegou à conclusão de que tais empresas se revezavam nas primeiras posições, conforme exposto a seguir.

Tabela 2 - Posições quanto o volume de reclamações

Ano	1º colocado	2º colocado	3º colocado
2014	Telefônica Vivo	Claro/Net/Embratel	Lenovo CCE
2013	Claro/Net/Embratel	Itaú Unibanco	Telefônica Vivo
2012	Itaú Unibanco	Claro	Bradesco
2011	Bradesco	B2W	Itaú Unibanco
2010	Telefônica	Itaú Unibanco	Bradesco

Fonte: Procon/SP

Lançando os olhares sobre o ranking de reclamações no Estado do Tocantins, constata-se quadro quase idêntico. Segundo o Procon/TO, no ano de 2012, ao compilar as informações levantadas pelos núcleos regionais com sede em Palmas, Porto Nacional, Araguaína, Gurupi, Guaraí, Araguatins, Dianópolis, Tocantinópolis e Colinas, chegou-se ao quadro exposto a seguir.

Figura 2 - Posições quanto o volume de reclamações

SUPERINTENDÊNCIA PRÓ DIREITOS E DEVERES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO		SINDEC v.1.5.4.9
Emissão : 14/1/2013 11:22	Ranking de Fornecedores no Atendimento/Reclamação	Página : 1
Unidade: Todas as Unidades	Período: 01/01/2012 a 31/12/2012	
Qtde. Fornecedores: Limite de 15 fornecedores		
Ocorrências: Todas as ocorrências		

Nome	Total	%
Atendimentos		
AMERICEL S.A.	3667	8,79
14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A	2107	5,05
BRASIL TELECOM S/A	2088	5,01
BANCO BMG S/A	1757	4,21
BANCO PANAMERICANO SA	1540	3,69
CIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DO TOCANTINS	1508	3,62
BANCO DO BRASIL S/A	887	2,13
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	740	1,77
NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA	707	1,70
BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A.	663	1,59
SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA	626	1,50
TELEGOIÁS CELULAR S.A.	618	1,48
BANCO BRADESCO S/A	596	1,43
TIM CELULAR S.A.	583	1,40
DISMOBRÁS IMP. EXP. DISTR. DE MÓV. E ELETROD. LTDA	563	1,35
Total - Atendimentos da Estatística:	18650	
Total Geral de Atendimentos:	41701	

Fonte: Procon/TO

Procurando confrontar a conclusão extraída a partir dos dados do Procon de São Paulo e do Tocantins com os dados relacionados ao Poder Judiciário²⁶, especialmente para aferir a posição ocupada pelos réus/demandados no mercado de consumo, elegeu-se o Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Tocantinópolis como objeto a ser pesquisado no âmbito do Poder Judiciário local.

A Comarca de Tocantinópolis é composta por seis municípios (Tocantinópolis, Nazaré, Santa Terezinha do Tocantins, Luzinópolis, Palmeiras do Tocantins e Aguiarnópolis), os quais possuem aproximadamente 43.000 habitantes, segundo o IBGE²⁷.

²⁶ O Procon integra o sistema nacional de defesa do consumidor, mas não é órgão do Poder Judiciário, e sim do Poder Executivo.

²⁷ Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/home.php>>. Acesso em: 29 set. 2015.

Para tanto, procurou-se analisar todos os processos distribuídos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2014 exclusivamente para o Juizado Especial Cível e, em seguida, organizaram-se os integrantes do polo passivo, ou seja, os réus, em áreas comuns – telecomunicações, sistema financeiro, empresas privadas prestadoras de serviços públicos de água e energia etc. – com o objetivo de quantificar os maiores demandados naquele Juízo.

De um universo de 2.244 processos distribuídos apenas para o Juizado Especial Cível, identificou-se que 1.103 tratavam de relações eminentemente de consumo, e os demais, 1.141 processos, envolviam conflitos jurídicos que materializavam relações jurídicas não consumeristas.

Ao final, chegou-se ao quadro a seguir.

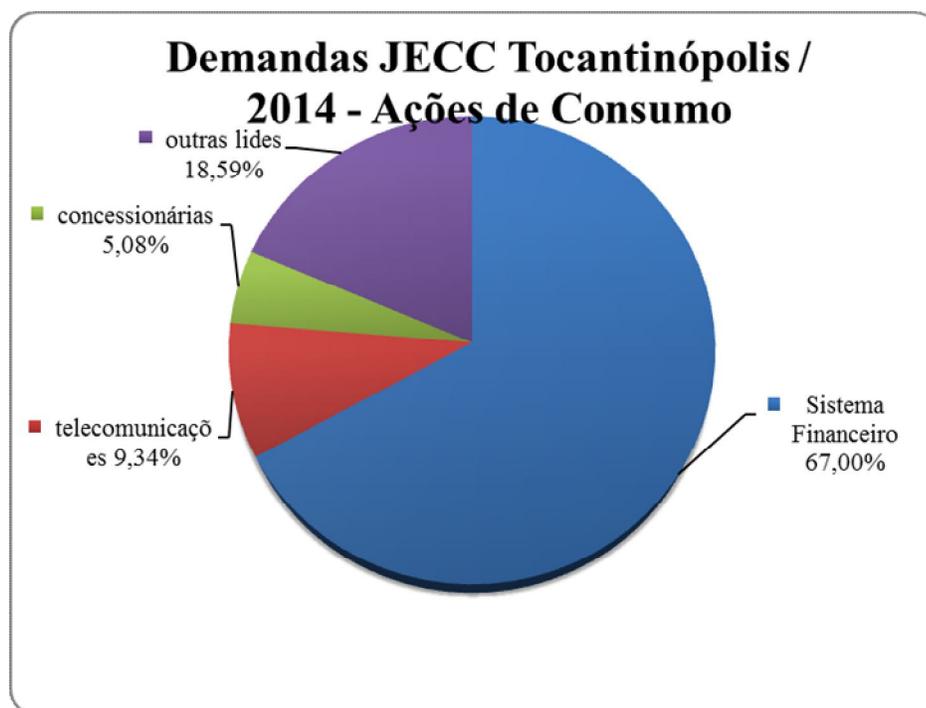
Quadro 1 - Processos distribuídos no Juizado Especial Cível da Comarca de Tocantinópolis

Natureza da atividade econômica desenvolvida pelo réu no mercado de consumo*	Total	%
	739	67,00
Sistema Financeiro	103	9,34
Telecomunicações	56	5,08
Concessionárias – Água e Energia		18,59
Outras Lides de Consumo	205	
Total Geral de Ações Envolvendo Relações de Consumo	1103	100,00

*Período: janeiro a dezembro/2014.

Fonte: Sistema Eproc. TJ/TO

Gráfico 1 - Processos distribuídos no Juizado Especial Cível da Comarca de Tocantinópolis



Fonte: Sistema Eproc. TJ/TO

Portanto, da análise dos dados coletados, tanto no âmbito local – Juizado Especial Cível e Criminal de Tocantinópolis – quando no âmbito do Estado do Tocantins e do Estado de São Paulo, seja judicial, seja extrajudicialmente, os grandes demandados são os integrantes dos principais conglomerados econômicos e financeiros da economia globalizada.

Paradoxal e concomitantemente às resistências apontadas acima, cresce no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, inclusive com a encampação do Conselho Nacional de Justiça, a implantação de medidas para tornar as decisões judiciais mais previsíveis, iniciativa que merece uma reflexão interdisciplinar por guardarem relação direta com a forma como o Poder Judiciário deve decidir as denominadas lides consumeristas.

CAPÍTULO 7: RELATÓRIO DO BANCO MUNDIAL PARA O PODER JUDICIÁRIO DA AMÉRICA LATINA

O Banco Mundial elaborou um relatório “técnico”²⁸ para “orientar” os governos e os poderes da América Latina e Caribe. Da sua leitura constata-se, em várias passagens, a palavra “previsibilidade”. Veja-se:

[...] O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e **previsibilidade** de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema.[...]

[...] Não obstante, pretende-se evitar a morosidade e **imprevisibilidade** do sistema.[...]

[...] Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) **previsibilidade** nos resultados dos processos [...] (grifos nossos).

Por que em tempos de neoliberalismo é tão importante um Judiciário previsível? O que seria um Judiciário previsível?

Respondendo ao questionamento acima, Celso Limongi alertou – ainda nos debates que culminaram na Emenda Constitucional 45 – que os investidores de fora serão beneficiados pelo novo projeto, à medida que haja pressão sobre o Superior Tribunal de Justiça. Tal pressão, conforme o desembargador, viria inclusive do próprio governo, interessado nos investimentos estrangeiros. “Esses investimentos só virão se o Judiciário for previsível, se ele (o Judiciário) der certeza que os contratos serão cumpridos, pouco importando se eles são lesivos para as empresas nacionais”²⁹.

É certo que a previsibilidade das decisões judiciais se constitui em uma garantia contra o arbítrio do Juiz, contribuindo, sobremaneira, para a segurança jurídica das relações jurídicas – entre as quais as comerciais –, conferindo integridade e coerência ao próprio ordenamento jurídico.

Todavia, antevedendo a possibilidade de tentativas de movimentos para afastar a independência funcional assegurada ao juiz brasileiro, alerta Limongi que “em um Judiciário

²⁸ DOCUMENTO TÉCNICO NÚMERO 319. Elementos para reforma. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Maria Dakolias. Banco Mundial Washington, D.C. Tradução: Sandro Eduardo Sardá.

²⁹ Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/limongi_2005_reformajudic.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

previsível e asséptico, o juiz deve ser escravo da Lei, a boca e a voz da lei, proibido de interpretá-la, tal como um ser inanimado”³⁰.

Procurando esclarecer o papel do Juiz e do Poder Judiciário, Nalini (2008) pontua que, apesar de a Constituição de 1988 conferir ao Juiz ferramentas importantes para a atuação como agente de poder, na prática, o juiz brasileiro atua como uma mera autoridade judiciária fragilizada diante dos interesses do capital econômico e do poder político. Isso ocorre seja por deficiências na formação e na atuação ou por obstáculos criados pelo próprio modelo processual, mas, especialmente, pelo desprestígio do juiz de primeiro grau, vez que não raras vezes suas decisões possuem quase nenhuma efetividade.

Nalini (2008, p. 138) registra que a chamada crise do judiciário não é um fenômeno exclusivamente brasileiro e que a sua superação passa necessariamente por uma mudança de atitude do juiz e por uma reforma estrutural que busque: 1) implementação de uma real separação de poderes; 2) ruptura com as tradições jurídicas predominantes que contribuem para impedir o judiciário de assumir papel proativo no desempenho de sua missão de proteção constitucional; 3) democratização interna como forma de romper o imobilismo das cúpulas e viabilizar o protagonismo institucional e as mudanças no sistema judiciário; 4) alterações das regras de distribuição de competências jurisdicionais para unificar o Poder Judiciário.

Esse autor – que atualmente exerce a presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo – afirma que o Judiciário, mesmo a Constituição de 1988 tendo conferido todas as ferramentas para comportar-se como poder de Estado (autogoverno, autônima administrativa, prerrogativas e garantias constitucionais), na prática, não raras vezes, tem postergado a assunção de sua missão pelas seguintes razões:

- a) sequer discutia, em igualdade de condições, a sua proposta orçamentária;
- b) não desenvolveu órgão de planejamento;
- c) administrou muito mal os recursos que lhe foram disponibilizados.
- d) o discurso quantitativo predomina sobre o qualitativo.
- e) o isolacionismo o distanciou dos compromissos que o faziam concretizar em plenitude as mensagens normativas da Constituição.

³⁰ Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/limongi_2005_reformajudic.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

CAPÍTULO 8: UMA NOVA MISSÃO PARA O JUIZ DE DIREITO: DE CONCILIADOR/MEDIADOR DE CONFLITOS A GARANTIDOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.

(Luiz Roberto Barroso, Ministro do STF)

O direito é fato social, já dizia Miguel Reale (2001), cabendo ao Poder Judiciário a missão de atribuir valor ao fato (social) e à norma (legal). Para tanto, o autor elaborou a denominada Teoria Tridimensional do Direito, a qual pode ser resumida da seguinte forma:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando e determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (REALE, 2001, p. 74).

Se ao Juiz é esperada a valoração da norma e a compreensão de que o direito é um fato social, por que o Poder Judiciário está aparentemente tão distante da sociedade? Por que esse País clama tanto por Justiça?

A resposta é complexa e reclama um resgate histórico do Judiciário nesses cinco séculos de Brasil. Afinal, a História, como a ciência dos homens no tempo, pode sim ser um excelente instrumento para se conhecer o passado e sinalizar os caminhos de um futuro melhor, no caso, mais republicano (BLOCH, 1965).

Durante o período imperial, mais precisamente no reinado de D. João VI, observou-se mais um gesto legislativo destinado a “proteger” os poderosos das decisões do Poder Judiciário. Veja-se:

[...] Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, desejando proteger e facilitar nos seus domínios o comércio com os vassallos da Grande Bretanha, assim como as suas relações e comunicações com os seus próprios vassallos, há por bem conceder-lhe o privilégio de nomearem e terem magistrados especiais para obterem em seu favor como juizes conservadores naqueles portos e cidades dos seus domínios em que houverem Tribunais de Justiça ou possam ser estabelecidos para o futuro. Estes juizes julgarão e decidirão toda as causas que forem levadas perante eles pelos vassallos britânicos, do mesmo modo que se praticava antigamente, e a sua autoridade e sentenças serão respeitadas. E declara-se serem reconhecidas e renovadas pelo presente tratado as leis, decretos e costumes de Portugal relativos à jurisdição do juiz conservador. Eles serão escolhidos pela pluralidade de votos dos vassallos britânicos que residirem ou comerciarem no porto ou lugar em que a jurisdição do juiz conservador for estabelecida; e a escolha assim feita será transmitida ao embaixador ou ministro de sua majestade britânica residente na corte de Portugal, a fim de obter o consentimento e confirmação de sua alteza real; e no caso de não a obter, as partes interessadas procederão a uma nova eleição, até que se obtenha a real aprovação do príncipe regente. A remoção do juiz conservador, nos casos de falta de dever, ou de delito, será também efetuada por um recurso a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, por meio do embaixador ou ministro britânico residente na corte de sua alteza real. Em compensação desta concessão a favor dos vassallos britânicos, sua majestade britânica se obriga a fazer guardar a mais estrita e escrupulosa observância daquelas leis, pelas quais as pessoas e a propriedade dos portugueses, residentes nos seus domínios, são asseguradas e protegidas; e das quais eles (em comum com todos os outros estrangeiros) gozam do benefício pela reconhecida equidade da jurisprudência britânica, pela singular excelência da sua constituição.

Em verdade, como bem dissera Mathias (2009), mais do que um privilégio de foro, a intenção era criar uma autêntica e eficiente imunidade aos ingleses, perante a justiça brasileira. Ao contrário da organização judiciária preexistente no Brasil-colônia, a administração de D. João VI, após 1808, deu especial ênfase, quanto às magistraturas singulares, àquelas que se destinavam à jurisdição privativa ou privilegiada.

Assim, foram criados muitos cargos, postos e funções ou lugares (para usar-se linguagem mais empregada na época) de juizes conservadores. Juiz conservador era a denominação que se dava ao magistrado que possuía a atribuição de conservar (daí o adjetivo) e guardar privilégios de determinadas pessoas (por sua nacionalidade, por exemplo), ou sobre certas matérias ou causas ou, ainda, que dissessem de perto a alguma corporação em que se administrava justiça, isto é, uma justiça própria.

O passado, portanto, demonstra que o Poder Judiciário sempre teve a sua função cerceada de várias formas, situação que persiste até o presente e representa um grande desafio

para a magistratura. Foro privilegiado, nomeação de Juízes para os Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores, quinto constitucional e excessivo número de recursos são alguns dos exemplos dessas tentativas de cerceamento de poder.

Trazendo a questão para a seara do Poder Judiciário brasileiro, por tudo o que foi dito acima, parece claro que a missão, ou melhor, a função social do Poder Judiciário é a de resistir ao Império, não uma resistência ideológica ou política, mas sim constitucional. Afinal, a Constituição de 1988 não se coaduna com propostas políticas autoritárias.

Enfim, o escudo de proteção, a principal arma de resistência é exatamente a que assegurará à cidadania os instrumentos que a democracia brasileira cunhou ao longo da sua história, a Constituição da República.

Na esteira de Nalini (2008), a Constituição de 1988 é um projeto ambicioso e abrangente e, por isso mesmo, sem limitação temporal definida, ou seja, é um projeto para muitas gerações. E da análise do seu conteúdo ideológico, especialmente os objetivos (artigo 3º) conclui-se sem muito esforço que a ordem jurídica nacional é incompatível com o neoliberalismo e com o denominado Império, seja ele comandado pela direita ou pela esquerda.

Por ser uma constituição dirigente, a sua concretização exige uma atuação positiva do poder público. Nas palavras do Desembargador Renato Nalini (2008), “impõe-se ao Juiz, muito além de cumprir com o seu dever funcional de enfrentar o acúmulo de trabalho, de suportar a incompreensão, fazer incidir a vontade concreta da lei, repensar a sociedade brasileira. Com o intuito sério e consistente de transformá-la”.

Esse Estado Social e Democrático de Direito proposto merece ser concretizado, até mesmo como experiência histórica. É preciso, pois, como bem disse Comparato (1999, p, 16) “constitucionalizar a nação”.

No mesmo sentido, Lênio Streck (*online*):

É preciso, pois, dizer o óbvio, ou seja, que precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional e as ações do Estado. Não é a Constituição que deve adaptar-se ao Governo, mas, sim, é o Governo que adaptar suas práticas à Constituição. A materialidade da Constituição implica em entender que há um núcleo político no conteúdo do pacto constituinte.

Talvez seja por essa razão que Nalini (2008, p. 331) sugere ao Juiz de Direito

[...] trabalhar sob inspiração do pacto e à luz do conteúdo da Constituição, pretender implementar a norma constitucional em sua inteireza, resgatá-la aos seguidos ataques. Mormente perante uma Constituição como a vigente, fruto de tantas esperanças e acolhedora de tantos sadios propósitos. Acudir ao texto constitucional e extrair dele consequências práticas. Talvez seja essa uma das mais relevantes, senão a mais relevante função social que o Poder Judiciário pode desempenhar no Brasil.

Que o Brasil é um monumento à negligência social isso é uma verdade, assim como também é verdade que aqui existem duas espécies de pessoas: o sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso (NEVES, 1996, p. 110). Mas é importante registrar e ressaltar que também é verdade que a nossa Constituição apresenta uma proposta de sociedade extremamente avançada. Concretizar a constituição, eis a função social do Poder Judiciário.

Talvez por isso é que Sandel (2011) critica a abordagem de justiça como o respeito à liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equidade (visão igualitária liberal).

Para este professor de Harvard, essa abordagem aceita as preferências dos indivíduos, quaisquer que sejam elas. Não exige que se questionem ou contestem as preferências e os desejos que se leva para a vida pública.

De acordo com essas teorias, o valor moral dos objetivos que se perseguem, o sentido e o significado da vida que se levam e a qualidade e o caráter da vida comum que se compartilham situam-se fora do domínio da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pelos direitos humanos ganha mais relevância no século XXI, tendo ocupado a agenda política quase diária do debate político exatamente por coincidir com o momento em que o pensamento neoliberal alcançou uma incontestável hegemonia, com os seus paradigmas sendo adotados pela quase totalidade dos governos, inclusive os historicamente ligados à ideologia socialista.

Como consequência, esses governos – tanto à direita quanto à esquerda – vêm perdendo soberania política, seja em razão do enfraquecimento desse elemento fundamental na construção clássica do conceito de Estado tal qual se conhece, seja porque o próprio conceito de soberania teve e tem de ser revisto em razão da desterritorialização e da dinamicidade do denominado mercado.

Os elementos clássicos do Estado: povo, território, governo e soberania, de fato, vêm sendo sistematicamente redefinidos, não a partir da sua matriz fundante – o Povo –, mas sim a partir dos agentes executores da economia globalizada, os quais foram identificados pelos pesquisadores do ETH como integrantes de um mecanismo de poder que foi denominado Rede de Controle Corporativo Global.

O resultado da pesquisa dos técnicos do ETH guarda relação direta com o pensamento filosófico de Hardt e Negri (2002) acerca da dinâmica demonstrada pela nova ordem econômica mundial que não mais se identifica com um centro territorial de poder – daí a diferença entre Império e imperialismo –, mas exerce tal poder, de fato influenciando as sociedades e os governos.

Como os povos e os governos lidarão com esse novo estado de coisas somente a história poderá contar. Quanto ao presente, ou seja, como os povos e os governos estão lidando neste momento com essa nova forma de poder – leia-se: dominação, controle etc. –, as imagens instantâneas colhidas por câmeras potentes distribuídas pelos quatro cantos do planeta revelam uma crescente insatisfação, uma potencial conscientização e uma incômoda movimentação da sociedade organizada, à margem dos equipamentos tradicionais de poder, não sendo possível sequer traçar algum prognóstico sobre o futuro.

A compreensão dessa complexa relação de poder e, sobretudo, a sua influência sobre o ordenamento jurídico restou qualificada pela interdisciplinaridade que, no caso deste trabalho, materializou-se na integração entre direito, história e filosofia, experiência, que foi

exitosa por ampliar de forma qualificada a concepção acerca do papel a ser desempenhado pelo Juiz de Direito.

Afinal, o Juiz de Direito não pode ignorar que, para o consumidor continuar a consumir – uma necessidade vital para o mercado e os governos – não basta satisfazer necessidades pessoais, mais sim criar necessidades pessoais para serem satisfeitas, gerando um círculo vicioso que se retroalimenta e que, nas palavras de Bauman (2008, p. 13), transforma todo e qualquer indivíduo em *mercadoria* e “*marqueteiro*”, *produto* e *vendedor*.

Essa é a ordem econômica e social que está posta e tal elemento de convicção não pode ser desprezado pelo Juiz de Direito. Daí a relevância de se romper o autoisolamento que tanto caracteriza a formação do estudante de direito e que, no exercício da função jurisdicional, reflete em um comportamento avesso à política e às questões sociais.

O reconhecimento de que, de fato, há uma concentração excessiva de poder em favor dos grandes conglomerados econômicos e financeiros com reflexos gravíssimos sobre a soberania dos países e a ordem jurídica constitucional reclama, por parte do Juiz de Direito, primordialmente, a adoção das medidas legais cabíveis para que a ordem constitucional seja assegurada e que os direitos assegurados ao consumidor sejam respeitados.

Para tanto, deve-se reconhecer que o poderio técnico e econômico alcançado por essas empresas é suficiente para que se exija o respeito aos direitos básicos que a Constituição e o CDC asseguram ao consumidor, tanto no pré-venda (propaganda, tratativas contratuais etc) quanto na pós-venda (assistência técnica, peças de reposição, garantia contratual e legal etc).

E para as situações em que os deveres impostos pelo ordenamento jurídico são inadimplidos, que não sejam classificados como “meros dissabores do cotidiano”, mas sim como ilícitos civis puníveis, inclusive com a aplicação de sanção pecuniária.

Não se está sugerindo aqui a criação de novos direitos ou a imposição de barreiras ao neoliberalismo, mas tão somente que os direitos já declarados na Constituição e no CDC sejam concretizados.

Daí se afirmar que, no âmbito do direito do consumidor, o desafio não mais reside na luta pelos direitos, mas sim na luta pela concretização de direitos declarados, regulamentados e amplamente divulgados aos consumidores e fornecedores.

Isso não pode significar, evidentemente, um comportamento subjetivo e parcial diante das lides consumeristas, reconhecendo direitos onde eles não existam (direito

alternativo), ou invadindo a esfera de atuação dos demais poderes expandindo o alcance da constituição (ativismo judicial).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2015. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BLOCH, Marc. Introdução à História. Lisboa, Publicações Europa-América, 1965, p. 25-30. In: CARDOSO, Ciro Flamarion S. **Uma introdução à história**. 2. ed. Brasília: Brasiliense, 1965.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **A tutela judicial dos “novos” direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania**. Florianópolis: CPGD, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM. Disponível em:
<http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: **O desmonte da nação**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 16.

DOWBOR, Ladislau. **Le monde diplomatique Brasil**. 2014, p. 1. Disponível em:
<https://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=esp_ar&id=117>. Acesso em: 2 out. 2014.

DOWBOR, Ladislau. **A rede do poder corporativo mundial**. 2012. Disponível em:
<<http://dowbor.org/2012/02/a-rede-do-poder-corporativo-mundial-7.html/>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

FAZENDA, Ivani. **Interdisciplinaridade: Um projeto em parceria**. Campinas: Papirus, 1994.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessário à prática educativa**. 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HOBBSAWM, E. J. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. Justiça de Transição: conflito entre o julgamento da Lei de Anistia pelo STF e o caso Gomes Lund na CIDH. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3782, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25734>>. Acesso em: 9 set. 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho (Org.). 2. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>>. Acesso em: 19 set. 2015.

MORAIS, Régis de. **Sociologia jurídica contemporânea**. Campinas: Edicamp, 2002.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à Educação do Futuro**. São Paulo: Cortez, 2004.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Millennium Editora, 2008.

NEGRI, A.; HARDT, M. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002.

NEVES, Marcelo. Teoria do Direito na Modernidade Tardia. In: ARGUELLO, Kátie (Org.). **Direito e democracia**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANDEL Michael J. Justiça – **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTAYANAL, Mauro. **A Busca do equilíbrio**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/coisas-da-politica/noticias/2013/06/28/a-busca-do-equilibrio/>>. Acesso em: 23 set. 2015.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”**. Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. **Constituição ou barbárie?** – a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2015.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.