

IR ALÉM DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE EM FAVOR DO PROTAGONISMO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Jacson Campomizzi

“A vulnerabilidade humana estimula a coesão social e, com ela, o senso moral.” (Charles Darwin)

INTRODUÇÃO

O que se pretende nessas linhas é demonstrar a insuficiência do princípio da vulnerabilidade como motor jurídico-político de proteção do consumidor no Brasil. Defende-se que a vulnerabilidade somente se justifica para amparar minorias que, por fragilidades inatas, necessitam de proteção especial do Estado, o que não acontece com a massa de consumidores dotada de instrumentos políticos e jurídicos necessários e suficientes para o exercício do protagonismo nas relações de consumo. Pretende-se ir além das fragilidades para alcançar as potencialidades como fundamento do agir tanto do consumidor isoladamente considerado, como dos órgãos de defesa do consumidor. O fundamento está no princípio jurídico/constitucional da cidadania, que posiciona o cidadão como o principal agente de disposição do bem comum e da justiça social na democracia participativa e representativa do Estado brasileiro.

LIBERDADE E VULNERABILIDADE

A pura liberdade do indivíduo propagada pelo liberalismo como valor supremo já não é mais suficiente diante do interesse do grupo social no qual ele está inserido. É que já se consagram as garantias fundamentais do indivíduo diante do Estado e se evidencia de outro lado, as desigualdades decorrentes de causas econômicas e sociais, a exigir a intervenção do Estado para conter os abusos dos excessos do liberalismo e da propriedade privada, submetendo-os aos interesses da sociedade e de seus coletivos¹.

Importante destacar que a construção desta nova liberdade insere-se no processo de lutas e conquistas populares,

¹ Os direitos sociais do homem não se opõem, antes completam as liberdades tradicionais. Os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa, além de sua qualidade singular, para garantir seus direitos de participação na sociedade, a substituição de um conceito de justiça distributiva pela de justiça comutativa que deve levar em conta as desigualdades individuais. CAIO TÁCITO. Constituições Brasileiras: 1988 – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2002, pgs. 24/25

legitimadas pelo ordenamento jurídico através das diversas formas de participação popular no contexto da vida coletiva.

O pressuposto da liberdade é a opressão. O pressuposto da opressão é a vulnerabilidade. A liberdade formal nasceu da necessidade dos homens e mulheres se apropriarem de instrumentos que lhes dessem condições materiais de se libertarem da opressão dos governantes ou do excesso do capital.

A liberdade instrumentalizada, portanto, supera a vulnerabilidade quando compensa, pelo equilíbrio de forças, a fragilidade de um lado para igualar as partes em conflito. Por isso, a liberdade só é real quando dotada de meios eficientes para o seu exercício.

IGUALDADE E VULNERABILIDADE

A igualdade é o primado da Justiça e em torno dela a legalidade é estruturada. É fruto do reconhecimento das diferenças que desigualam. Tais diferenças, se postas em situação real de confronto, faz surgir a opressão, que é a expressão máxima da injustiça e justificativa de existência do Estado contemporâneo.

A legalidade nada mais é do que a instrumentalização do fraco diante do forte para que o equilíbrio de forças gere uma sociedade justa e igualitária, ou cada vez menos injusta e menos desigual.

O reconhecimento de uma fraqueza não significa sua perpetuação. Do contrário, a desigualdade estaria legitimada. Por isso, os instrumentos de defesa do consumidor devem ser suficientes para potencializá-lo diante de um fornecedor reconhecidamente mais forte, equilibrando as forças pela paridade de armas, o que faz afastar sua vulnerabilidade – cuja existência somente se reconhece no momento anterior à instrumentalização. O exercício dos direitos é a própria igualdade em ação para materializar-se.

PROTAGONISMO E VULNERABILIDADE.

A sociedade atual erige leis fundadas nos ideais de Justiça². As leis asseguram o exercício dos valores instituídos pelo ideal coletivo democraticamente manifestado. A sociedade e o indivíduo protagonizam os direitos, exercendo-os de forma direta ou indireta. As instituições existem para

2 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

viabilizar o cidadão protagonista, função sem a qual carece de legitimidade. O reconhecimento formal ou institucional de situações que mitigam ou fragilizam este protagonismo significa a negação dos próprios direitos da cidadania. A Instituição, neste contexto, é o alter ego do cidadão; é ele próprio vestido pela força do Estado.

De outro lado, está o Estado paternalista, típico dos regimes fascistas. Neles, o Estado se legitima no pressuposto da ignorância, fazendo valer suas ações pretensamente em nome de um bem comum que o próprio povo desconhece. Nesta situação, as escolhas são feitas pelos governantes em nome da proteção do cidadão desconhecedor – e por isso vulnerável – ante as forças que o atacam.

As legislações trabalhistas que nasceram nesses estados estão calcadas na vulnerabilidade do trabalhador diante do capital opressor, por meio das quais erigiram corporações sindicais, leis e uma justiça laboral paternalista que estigmatiza a fragilidade do trabalhador e perpetua a ganância do capital.

Ferrajoli³ indica a doutrina de Francisco de Vitória como fundamento jurídico legitimador da conquista das Américas pelos espanhóis. Observa-se nesses escritos que a criação de uma ‘inferioridade moral’ dos povos originais diante de uma superior civilização europeia foi o motivo que legitimou toda sorte de opressão exercida em nome dos valores europeus. Trata-se da antinomia da proteção que acaba por exacerbar as vulnerabilidades e legitimar as práticas abusivas – mesmo que, paradoxalmente, legalmente condenáveis.

A experiência democrática é o fator de superação das fragilidades, das dicotomias que aceitam uma relação opressor/oprimido. Ela possibilita o aprendizado acerca das complexas relações sociais nas quais a função social (dos contratos, da atividade econômica, da propriedade, da terra, da cidade⁴) representa a consciência de que o cidadão é o protagonista que afirma a autoridade e realiza os direitos.

DIREITO DO CONSUMO PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS PÚBLICO/PRIVADA, INDIVIDUAL/COLETIVO.

A denominação direito do consumo é a tendência de superação do direito do consumidor sob a perspectiva centrada na “figura submissa e vulnerável do mercado de consumo”.⁵

3 Luigi Ferrajoli. A Soberania no Mundo Moderno. Mertins Fontes 2002, pgs.10/11.

4 Constituição da República Federativa do Brasil, 1988: arts. 5º, XXIII, 170, III, 173, § 1º, I, 182, § 2º, 184, caput e parágrafo único e 186. Código Civil Brasileiro, 2002: arts. 422 e 2.035, parágrafo único.

5 “Neste sentido, enquanto uma relação abarcada pelo direito do consumo envolve necessariamente uma análise mais abrangente da sociedade e das repercussões geradas aos sujeitos (consumidores e fornecedores) no plano individual e coletivo, ao meio ambiente e à economia, o direito do consumidor centra-se na figura submissa e vulnerável do mercado de consumo.” Antônio Carlos Efig. Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas. Revista Luso – Brasileira de Direito do Consumo, vol. I – março de 2011 –, pg. 105.

O CDC traz normas de direito administrativo, direito processual, direito penal e direito contratual/obrigacional. As especificidades próprias das relações de consumo fizeram crescer tais ramos do direito para melhor compreender a regulação das situações advindas de uma sociedade capitalista cada vez mais complexa.

Fernando Rodrigues Martins⁶ aponta que o pluralismo jurídico, a convivência pacífica de regras e a constitucionalização do direito privado “abriu espaço para novo eixo epistemológico compreendido como direito civil constitucional que rompe com a clássica dicotomia entre direito público e direito privado”.

Nessa perspectiva, o sujeito de direito privado não está isolado do sujeito do direito coletivo, pois as regras que protegem o indivíduo são as mesmas que protegem o grupo social, como está evidenciado nos princípios de interpretação que favorecem o consumidor e o trabalhador, as regras de processo, como a inversão do ônus da carga probatória, e a instituição da ação coletiva para reparação de danos individualmente sofridos, enquanto o direito administrativo sancionador opera independentemente do caráter individual ou coletivo da lesão.

Os mecanismos de regulação e controle dos desvios nas relações de consumo estão erigidos no CDC como forma de fazer o Estado atuar como agente desse novo sujeito de direito.

O contínuo fortalecimento dos componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor demonstra o esforço de superação das práticas individualistas que insistem permanecer. Os enérgicos instrumentos de interdição e sanção dos desvios são subutilizados em favor de uma prática estruturada no atendimento e reparação individual de lesões, em sua grande maioria repetitivas. O apego ao individualismo – assentado em nossa tradição assistencialista, clientelista e fisiológica – tem acarretado o crescimento de demandas e a exaustão do sistema administrativo e judicial de defesa do consumidor⁷.

O conceito de consumidor está estabelecido na relação do indivíduo com o mercado enquanto o de cidadão na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado. O eixo de ação do sistema estatal de defesa do consumidor deve superar o isolamento conceitual do consumidor, a fim de se alargar sua compreensão e atingir os pressupostos da cidadania.

6 Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. Saraiva, 2011, pgs 161/162.

7 Total de demandas dos Procons no Brasil (SINDEC): 2009 - 1.113.047; 2010 - 1.327.157; 2011 - 1.584.463; 2012 - 1.881.885.

CONCLUSÃO

Do ponto de vista filosófico, a vulnerabilidade é a essência da condição humana. Representa a imperfeição da natureza humana. Prospera nas nações, tornando-as sujeitas aos conflitos advindos da expansão ilimitada do capital econômico, que ultrapassa o ponto de equilíbrio da natureza, ou que usa da manipulação genética para lucro pessoal em prejuízo da diversidade, ou que escamoteia, com recursos midiáticos, produtos impróprios ou inadequados ao consumo.

Do ponto de vista jurídico, na presente abordagem, a vulnerabilidade “não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”⁸. Decorre, daí, um sentido de hermenêutica em favor da realização do princípio da igualdade.

Ir além da vulnerabilidade significa, portanto, ultrapassar conceitos forjados na sociedade de opressão para buscar fundamento nos valores da cidadania, transformados em potencial capaz de atingir o equilíbrio das relações a partir do protagonismo do cidadão nas sociedades democráticas.

8 Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed., Ed. RT, p. 144.