V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

CAPITALISMO, DEFESA DO CONSUMIDOR E JUSTIÇA: UMA VISÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DE CONSUMO INSTITUÍDA ENQUANTO MODO DE VIDA NO CONTEXTO SOCIAL DO SÉCULO XX.

CAPITALISMO , PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LA JUSTICIA: UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD DE CONSUMO ESTABLECIDA MIENTRAS VIVÍA EN EL CONTEXTO SOCIAL DEL SIGLO XX .

Renata De Carvalho Ferreira Machado [1]
Emerson Duarte De Souza Pires [2]

Resumo

O problema central que fundamenta este artigo é se a defesa do consumidor como direito fundamental consignado no Art. 170 da Constituição Pátria se expressa na sociedade de consumo contemporânea como vetor de justiça? Para tanto, significados e fatos jurídicos são utilizados metodologicamente para conclusão da ótica fundada na eficácia normativa versus realidade social. Também restará pautado o capitalismo como sistema econômico dominante à época da constitucionalização da defesa do consumidor no Brasil enquanto parâmetro de igualdade nas relações estabelecidas sob a égide da livre iniciativa.

Palavras-chave: Sociedade de consumo, Capitalismo, Defesa do consumidor, Justiça

Abstract/Resumen/Résumé

El problema que subyace este artículo es si la protección de los consumidores como un derecho fundamental consagrado en la Constitución tierra se expresa en la sociedad de consumo contemporánea como vector de la justicia ? Por lo tanto , los significados y hechos jurídicos se utilizan metodológicamente para la finalización de la óptica en base a la eficacia normativas frente a la realidad social. También permanecen guiada capitalismo como sistema económico dominante en el momento de la constitucionalización de la protección en Brasil como parámetro de la igualdad establecida bajo los auspicios de la libre empresa.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: La sociedad de consumo, El capitalismo, Protección de los consumidores, Justicia

[1] Mestranda em Historicidade dos Direitos fundamentais na faculdade Damas da Instrução Cristã. Professora da FACIPE.

[2] Mestrando em Historicidade dos Direitos Fundamentais na Faculdade Damas da Instrução Cristã.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar uma visão prática e interdisciplinar da defesa do consumidor enquanto princípio constitucional capitulado na ordem econômica frente à concepção de justiça (ou injustiça) no contexto social polarizado pelo capital x consumo. Nesse sentido é mister que a denominação "sociedade de consumo" seja compreendida enquanto cultura social instituída na pós-modernidade.

Para alçar ao intento, o trabalho pretende construir uma resposta para o seguinte questionamento: A defesa do Consumidor como direito fundamental consignado no Art. 170 da Constituição de 1988 se expressa na sociedade de consumo contemporânea como vetor de igualdade e de justiça?

A partir da problemática adotada, procura-se identificar o papel do consumidor pela sua essência de vulnerabilidade na dinâmica da sociedade de consumo compreendida sob a ótica social, econômica e jurídica. Destarte, também se aplica ao entendimento proposto uma definição do que seja "justiça" pautada em autores que discutem o tema dentro do período histórico delineado desde o marco inicial da caracterização da sociedade de consumo como modo de vida.

Nesse diapasão, a visão proposta também será construída sob o manto de um período identificado cronologicamente, onde as discussões pautam-se especificamente em objetos relacionados a uma mesma práxis.

Ademais, para o delineamento da visão pretendida, o artigo parte da consideração de dois pressupostos relacionados a ordem temporal da sociedade de consumo enquanto assim nominada:

1. O consumo, prática e atividade decorrente da Revolução Industrial, só se caracterizará enquanto designação sociológica de sociedade de consumo a partir do século XX, mais precisamente, 1920, ano em que, segundo Lipovetsky, a expressão apareceu pela primeira vez (LIPOVETSKY, 2006, p.23);
2. Apesar do termo sociedade de consumo ter assumido a partir do pós-fordismo a roupagem de sociedade de hiperconsumo, sociedade de consumidores e outras denominações que atestam a porosidade histórica do conceito no tempo, por sua singular similitude em termos de conteúdo, as expressões serão abarcadas neste pelo termo eleito: "sociedade de consumo".

Novamente Lipovetsky elucida a eleição do segundo pressuposto adotado vez que em sua obra relata a passagem da sociedade de consumo para a sociedade de hiperconsumo. Trata o fenômeno como um processo de "saída" para um hipermaterialismo e não para

um pós-materialismo no sentido de "des-consumo", caracterizando de certa forma um *topos*. Explica:

> A pós-sociedade de consumo de massa deve ser entendida como uma ruptura na continuidade, uma mudança de rumo sobre fundo de permanência. A sociedade pós-fordista que se impõe é acompanhada por profundas alterações nos modos de estimulação da demanda, nas fórmulas de venda, nos comportamentos e nos imaginários de consumo. Mas não é menos verdade que essas transformações prolongam uma dinâmica econômica começada desde as últimas décadas do século XIX e inscrevem-se na longa corrente de civilização individualista da felicidade. (LIPOVETSKY, 2006, p.25)

Na primeira parte, apresenta-se a ideia de que a institucionalização social do termo consumismo e sociedade de consumo terminou constituindo objeto de serviência ao sistema capitalista em vigor. A partir do momento em que esse conceito é culturalizado por meio de instrumentos da ordem econômica resta evidente que a relação entre o sistema econômico voraz e o desejo social afirmado para consumir, relacionam-se analogicamente como patrão e empregado, respectivamente.

Em seguida, a abordagem da argumentação contextualiza a efetivação do direito fundamental à defesa do consumidor no texto constitucional de 1988 com o evento socioeconômico já previamente estabelecido, formatando um universo divergente, destituído de seu propósito: o equilíbrio das relações jurídicas pertinentes. O argumento central baseia-se no conteúdo dos preceitos constitucionais defensores do direito do (s) consumidor (es). Principiológico e programático, sua eficácia restou carente de normas estruturadoras do sistema protetivo e de imperatividade no que tange a sua implementação prática. Ademais, também não se olvida que a conduta dos fornecedores imbuídos da sagacidade do capital constitui-se elemento contributivo para a majoração da desigualdade entre as partes dessa relação. O consumidor se mostra cada vez mais vulnerável.

Antecedendo a apresentação da visão objeto deste trabalho, suscita-se algumas interpretações dos conceitos de justiça retirados dos trabalhos da socióloga Nancy Fraser a partir da discussão em torno das ideias filosóficas de Platão e John Rawls. Ato contínuo, trabalha-se a possibilidade da incidência prática do que é justo como representante do trinômio: defesa do consumidor/sociedade de consumo/capitalismo.

É válido ressaltar que a linearidade do pensamento em construto se estrutura e se desenvolve no manejo de definições apresentadas procurando ofertar uma dimensão coerente sob a perspectiva da argumentação, sem impedir que outras sejam delineadas de forma retórica.

2. A SOCIEDADE DE CONSUMO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DO CAPITALISMO

A sociedade de consumo designada como *modus vivendi* e atributo de uma cultura social e humana, surgiu nos países de ordem predominantemente capitalista no início do século XX. Praticamente, foi institucionalizada e começou a ser discutida na segunda metade do mesmo período com o fim da ronda do espectro comunista[1] fundado na ineficácia do socialismo enquanto sistema econômico aplicado.

Enquanto objeto de conceituação a sociedade de consumo apresenta-se enquanto fórmula pronta para caracterizar o período histórico contemporâneo. Nesse sentido:

> É um dos inúmeros rótulos utilizados por intelectuais, acadêmicos, jornalistas e profissionais de marketing para se referir à sociedade contemporânea. Ao contrário de termos como sociedade pós-moderna, pós-industrial e pós-iluminista – que sinalizam para um fim ou ultrapassagem de uma época – sociedade de consumo, à semelhança de expressões como sociedade da informação, do conhecimento, do espetáculo, de capitalismo desorganizado e de risco, entre outras, remete o leitor para uma determinada dimensão percebida como específica e, portanto, definidoras, para alguns, das sociedades contemporâneas. (BARBOSA, Lívia, 2004, p.7)

Desse modo, a perspectiva ora delineada adota a ideia propagada por alguns autores, dentre os quais destacam-se Jean Baudrillard (2008) e Zygmunt Bauman (2008), de que a sociedade de consumo é na verdade a expressão da cultura social pós-moderna.

Não há alternativas atuais para o indivíduo não isolado do Ocidente, parte de uma coletividade, senão adaptar-se a tal processo de imposição cultural já sedimentado nas bases do mundo globalizado. Não há perspectivas em um futuro próximo de que o elemento central e regente da satisfação humana no seio social venha a ser modificado. O consumo é a pauta. Sob esse prisma, Baudrillard enfatiza:

> O consumo invade toda a vida, em que todas as atividades se encadeiam do mesmo modo combinatório, em que o canal de satisfações se encontra previamente traçado, hora a hora, em que o envolvimento é total, inteiramente climatizado, organizado, culturalizado. (BAUDRILLARD, 2008)

Corroborando com o perfil que se objetiva traduzir a respeito das sociedades de consumo como um fato social de natureza cultural, insta também citar os pensamentos de Zygmunt Bauman[2]. O sociólogo em passagem de sua obra na qual tenta explicar a sociedade de consumidores afirma que ela "representa o tipo de sociedade que promove,

[1] Expressão utilizada por Marx e Engels no manifesto Comunista (1848) – ***Das Kommunistsche Manifest***, para designar a divulgação das ideias comunistas. A obra foi escrita em meio a primavera dos povos, processo de lutas urbanas que atingiu vários países europeus na época da Revolução Industrial.

[2] A obra do citado autor se intitula "Vida para o Consumo: a transformação de pessoas em mercadoria" e reflete os aspectos sociais a partir da sociedade de consumidores..

encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas" (BAUMAN, 2008, p.71). Apesar do autor adotar" *"Idealtypen"*[3] na concepção Weberiana[4] nominados de forma diferente em comparação com os escritos de Baudrillard, o mesmo utiliza a expressão "sociedade de consumidores" por diversas vezes como sinônima de "sociedade de consumo".

Levando-se em consideração a sociedade de consumo como uma *Weltanschauung* (visão de mundo) pós-moderna e contemporânea é necessário compreender ou traçar um perfil do papel do consumidor como sujeito ativo nesse processo econômico e sociocultural.

Antes, não se pode esquecer de considerar o "espírito" do capitalismo como propulsor da ética social afeta à economia, conceito também retirado das leituras da obra máxima de Weber, mas que auxilia de forma profunda o entendimento da figura do *homo oeconomicus*[5] como protagonista da tese de dominação (*Herrschaft*) burocrática-racional[6] da sociedade em estudo.

Igualmente a ideia de sociedade de consumo, o capitalismo em seu espírito representa cultura. Cultura, não como meio, mas como conduta de vida (*Lebensführung*) em que as pessoas atreladas diretamente a ele (burgueses/empresários) vivenciam o tal sistema econômico como vetor de condução metódica do cotidiano.

Mas, para além disso carrega um *plus*, uma ética peculiar que se expressa não tão somente em uma destreza para os negócios, mas sobretudo em um *ethos* do ganho sem freios. No livro "A ética protestante e o espírito do capitalismo", Weber, além de esclarecer com outras palavras o descrito acima, enrobustece o argumento quando descreve o *modus operandi* dos comerciantes burgueses (o fornecedor trazido à baila nas relações de consumo hodiernas):

> É o ser humano em função do ganho como finalidade de vida, não mais o ganho em função do ser humano como meio destinado a satisfazer suas necessidades materiais. Essa inversão de ordem, por assim dizer, 'natural' das coisas, totalmente sem sentido para a sensibilidade ingênua, é tão manifestamente e

[3] Os *"Idealtypen"*ou tipos ideais adotados por Bauman para desenvolver a ideia no título "Vida para o Consumo: a transformação de pessoas em mercadorias" foram os seguintes: Consumismo; Sociedade de Consumidores e; Cultura de Consumo.

[4] Para compreensão mais apurada do *Idealtypen* enquanto método científico de análise de questões sociais, vide a obra "A ciência como vocação" de Max Weber.

[5] Para a devida conceituação do termo *homo oeconomicus* vide "A sociedade de Consumo" (BAUDRILLARD, Jean, p.77)

[6] O professor João Maurício Adeodato explica bem os tipos ideias de dominação utilizando-se da classificação de Max Weber em seu artigo "Retórica e fundamentação ética dos direitos humanos". In: Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Ed. Atlas, 2014, p.33-36.

> sem reservas um *Leitmotiv* do capitalismo, quanto é estranha a quem não foi tocado por seu bafo. (WEBER, 2004, p.46-47)

Sob tal lente, claro está que o consumidor enquanto sujeito das relações jurídicas pautadas na vigência da sociedade de consumo fundada no espírito da busca pelo lucro legalizado, é indivíduo e é coletividade frágil. O objeto das pactuações firmadas sob o manto da sociedade de consumo deixou de se apresentar enquanto produto ou serviço ofertados para ser personificado em seu destinatário.

A sociedade de produtores, precursora e também, porque não? Contemporânea da sociedade de consumo, cuidou de instituir segundo Bauman (2008) uma era de estratégias burocráticas e panópticas de dominação, que em seu esforço para evocar disciplina e subordinação, basearam-se na padronização e rotinização do comportamento individual.

Com isso transforma-se a figura do consumidor em indivíduo na busca constante de uma felicidade enquanto ideal de cunho mítico e hedonista pautado sobre a vida do homem médio. Na verdade, em manobra astuciosa, o sistema capitalista baliza, na prática e na história, o comportamento do *homo consumericus* para um consumismo propriamente regrado, manipulado.

Campbell nomina uma de suas obras parafraseando Descartes: "Eu compro, logo sei que existo...". Essa frase expressa uma cultura de consumo fundamentada no individualismo e na evidência do *self* (CAMPBELL, 2006). Na verdade, adotando o pensamento de Bauman, pode-se dizer que há uma transformação dos consumidores nas próprias mercadorias, posto que o que se mostra verdadeiramente importante nesse tipo de coletivo social é o "ter" e não o "ser" (BAUMAN, 2008).

Como fator de regência mercadológica generalizada, a dominação do capitalismo cria um universo de legitimidade[7]. Essa ratificação do preceito dominante inebria a liberdade de escolha dos consumidores, posto que persuadida à autoridade, que se utiliza de instrumentos hipnóticos como o *mass media*, a psicologia da felicidade e dos desejos, *drugstore* e outros.

Para exemplificar os meios de promoção da felicidade/satisfação do consumidor pelos fornecedores, Baudrillard explica com propriedade o chamado *drugstore:*

> O *drugstore* outro sentido diferente: não justapõe categorias de mercadorias, pratica a amálgama dos signos, de todas as categorias de bens considerados como campos parciais de uma totalidade consumidora de signos. (...). Ao mesmo tempo, a mercadoria culturaliza-se igualmente, porque surge

[7] Para o entendimento da dominação como fator de legitimidade vide "Retórica e fundamentação ética dos direitos humanos". ADEODATO, João Maurício. In: Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Ed. Atlas, 2014, p.33-36.

> transformada em substância lúdica e distintiva, em acessório de luxo, em elemento no meio de outros elementos da panóplia geral dos bens de consumo. (...) café, cinema, livraria, auditório, bagatelas, vestidos e muitas outras coisas nos centros comerciais: o *drugstore* consegue compendiar tudo de maneira caleidoscópica. (BRAUDILLARD, 2008, p.17)

O *drugstore*, o shopping, a livraria-café, os restaurantes-parques são quatro entre dezenas de exemplos de ambientes propriamente pensados, concebidos para convencer o homem comum a consumir, a partir de um conceito de ambiência mágica e sedutora. A ideia de dominação, reitera-se, utiliza-se ferozmente de falsa soberania para encantar os sujeitos do consumo.

Nesse sentido Ferreira de Almeida bem pontua que a liberdade é um instrumento pragmático a serviço da circulação de mercadorias e da acumulação de capital (ALMEIDA, 1982, p. 24). Decerto, o que a sociedade de consumo instituída sob o manto do capitalismo concede e fomenta é nada mais do que uma utopia de liberdade fortemente presa as amarras do seu sistema fundante.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL NA ERA DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Foi sob a batuta da sociedade de consumo que o processo de constitucionalização da defesa do consumidor surgiu enquanto fator limitador da livre inciativa no art. 170, V da Carta Magna de 1988.

Na verdade, a constituição brasileira pós-ditadura contemplou a defesa do consumidor em três dispositivos: o art. 5°, XXXII, o art. 170, V e o art. 48 do ADCT. Sem descredenciar nem discutir a disposição do instituto como direito fundamental coletivo e/ou individual e a previsão da edição do Código de Defesa do Consumidor, reitera-se o foco na delimitação do horizonte econômico.

A defesa do consumidor foi contextualizada no bojo da ordem econômica com uma finalidade: estimular a livre concorrência de forma regulada pelo Estado por meio de normas protetivas as relações de consumo. Desta feita a proteção ideológica abarcaria um fator limitador a liberdade dos fornecedores.

André Ramos Tavares em relato doutrinário destaca:

> [...] fez questão o constituinte de resguardar a proteção do consumidor por meio do princípio contido no inc. V do art. 170, demonstrando a preocupação da ordem econômica constitucional brasileira em preservar os direitos básicos do indivíduo no âmbito econômico e que se encontravam usualmente desprotegidos em face das medidas adotadas pelas grandes corporações da iniciativa privada. (TAVARES, 2003, p.185)

Em que pese a importância que tal inclusão em nossa constituição possa ter representado, assim como ainda representa, o fato é que a defesa do consumidor face à livre iniciativa inaugura um processo de constante confronto entre capitalismo (ordem econômica expressa pela livre iniciativa) *versus* direito dos consumidores.

Em outras palavras, fazendo uma analogia a Marx e Engels em trecho do Manifesto Comunista: "Sua luta (dos consumidores) contra a burguesia (sistema capitalista e a sociedade de consumo por ele instituída) começa com sua própria existência" (MARX E ENGELS, 1999, p.).

Em citação a Fábio Comparato, Tavares anota que se trata, nesta medida, mais propriamente de um princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*), e complementa:

> Em outras palavras, estabelece-se uma meta, só alcançável com a alocação de recursos materiais, humanos, com a criação de instituições, centros de amparo ao consumidor e, na ponta dessa linha de exigências, as medidas normativas. (TAVARES, 2003, p. 186)

Pode-se, sem dúvida, aplicar a máxima discutida por Edmund Burke ( ) em sua obra Reflexões sobre a Revolução Francesa: "Os direitos são uma abstração metafísica, sua perfeição abstrata constitui seu defeito prático".

Decerto a defesa do consumidor frente à ordem econômica capitalista vigente no Brasil nasce como direito fundamental em uma relação de dependência íntima com a construção de uma realidade estrutural para sua efetivação.

Pasqualotto observa o seguinte:

> É fato que a introdução da defesa do consumidor no contexto da ordem econômica não lhe assegura supremacia, mas ela passa a participar de um jogo 'concertado' com os co-princípios do art. 170, interagindo no permanente processo de redefinição e reconstrução da chamada identidade constitucional. (...)O jogo 'concertado' está também presente no art. 4°, III do CDC ao conferir que deve haver harmonia de interesses nas relações de consumo e compatibilidade entre a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios da ordem econômica. (PASQUALOTTO, 2009)

É de todo modo relevante mencionar que a defesa do consumidor enquanto direito fundamental de terceira dimensão[8] foi fruto de uma afirmação efetivada pelo discurso do

[8] Clarissa Marques justifica o uso da expressão dimensão de direitos fundamentais sob o argumento de coexistência desses direitos, mesmo tendo eles surgidos em momentos históricos distintos, refutando a ideia de substituição de gerações de direitos ao longo do tempo. MARQUES, Clarissa. Conceito de Direitos Fundamentais. In: Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva. Ed. Atlas, 2014, p. 151-168.

Estado do bem-estar social. O fundamento da norma constitucional foi certamente também a tentativa da promoção da igualdade social em meio ao universo da economia.

Nesse sentido José Reinaldo Lopes afirma que a igualdade em concreto como objetivo do direito do consumidor usa como instrumento a justiça distributiva (LOPES, 2002, p. 140-150).

De modo particular, sem dúvida a inclusão da defesa do consumidor no capítulo registrado da ordem econômica constitucional não poderia deixar de também carregar, para além da finalidade igualitária e balanceada, cunho moral e político. A essa conclusão chega também Pasqualotto quando menciona John Rawls: "O sistema econômico não é apenas um dispositivo institucional para satisfazer desejos e necessidades existentes, mas também um modo de criar e moldar necessidades no futuro" (PASQUALOTTO, 2009).

Ocorre que sua tarefa de intervir para a concretude do equilíbrio entre os princípios elencados em seu corpo textual Maior coube ao próprio Estado[9]. E, nesse processo de apropriação do dever de criar meios, inclusive legais, de promoção da defesa dos consumidores, houveram e há uma série de dificuldades práticas.

Esses entraves de ordem social, política e econômica, tencionam a convivência entre os polos da relação e problematizam sua coexistência nos moldes finalísticos almejados pela *lex escrita*.

Em que pese toda maestria dos legisladores que criaram corajosamente tanto o arcabouço constitucional, como o infraconstitucional, de normas de ordem pública, cogentes e dedicadas aos vulneráveis, a realidade de aplicação das premissas legais é penosa. Identifica-se alguns aspectos práticos que minimizam ou fragilizam a configuração da defesa do consumidor como um dispositivo que regra o mercado[10]. Na verdade, assim como a ordem estabelecida pela sociedade de consumo, comprometem sua efetividade.

No sentido de abordá-los em benefício da proposição científica, cita-se: a) o microssistema de proteção e defesa do consumidor instituído pelo CDC e regulamentado pelo Decreto n° 2181/97, e; b) a conduta dos fornecedores frente as normas de proteção e defesa dos consumidores.

---

[9] O art. 48 do que o Código de Defesa do Consumidor fosse elaborado após 120 dias da promulgação da Constituição de 1988. Sabe-se que a lei n° 8.078/90, conhecida como CDC só foi publicada m 11 de setembro de 1990.

[10] O Ministro Antônio Herman Benjamin afirma ser a proteção do consumidor fator de regulação de mercado, vez que se impõe como norma de ordem pública. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1991, v. 670, p. 92.

3.1 O microssistema de defesa do consumidor como fator de comprometimento da eficácia constitucional

A primeira das dificuldades, de ordem jurídica e política, é a maneira como está prevista no texto legal a organização nacional do sistema de proteção e defesa do consumidor. Pensada de maneira a envolver todos os entes federativos no contexto de luta, confere legitimidade e certa autonomia para que as pessoas jurídicas de direito público criem e desenvolvam seus próprios meios de dar suporte aos vulneráveis. Sem dúvida, um objetivo legal bem pretencioso diante do sistema eleitoral vigente no Brasil.

O art. 105 do Código de Defesa do Consumidor reproduzido no art. 2° do decreto n° 2.181/97, alterado pelo decreto n° 7.738/2012, prevê a organização do SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor na formatação anteriormente descrita.

No que tange ao decreto regulamentador do CDC, há no capítulo II a previsão das competências de atuação dos componentes do Sistema. Essa estruturação e desenvolvimento de competências, que embora também possa se dar no âmbito das sociedades civis, está eminentemente atrelada ao poder público. Os órgãos de proteção e defesa do consumidor devem ser criados por lei e não há nenhum tipo de sanção determinada legalmente para a pessoa jurídica de direito público que se exima de tal tarefa.

No âmbito da União, em certa medida, a dinâmica organizacional da defesa do consumidor tem avançado. O que antes era um departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, ligado ao Ministério da Justiça, ganhou status de Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon[11], órgão ainda vinculado ao Ministério da Justiça.

Nos estados-membros e no Distrito federal os órgãos, com raras exceções, funcionam de maneira precária. Nos municípios a realidade é de ausência, posto que nem sequer um terço dos municípios do país contam com órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor, os conhecidos PROCON's.

Adalberto Pasqualotto cita o Estado de São Paulo em seu artigo "Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor" como o ente federativo

[11] O status de Secretaria Nacional à defesa do consumidor no âmbito da União só lhe foi conferida no ano de 2012 com a publicação do Decreto n° 7.738 de 28 de maio do ano em referência, 24 (vinte e quatro) anos após a constitucionalização do direito fundamental e 22 (vinte e dois) anos após a edição do CDC.

que mais possui PROCON's municipais, 210 (duzentos e dez) unidades para um total de 645 (seiscentos e quarenta e cinco) municípios (PASQUALOTTO, 2009).

Talvez os legisladores, no frenesi da constituinte de 88, não pudessem imaginar ou prever tal dificuldade de estruturação de tais órgãos de cidadania frente ao modelo eleitoral também em fase de construção constitucional.

O fato é que, no país onde vigorava até então o sistema de financiamento privado de campanhas[12], o legislador, o presidente, o prefeito e demais mandatários eleitos, devem fidelidade e prestam continência ao seu "eleitorado financiador". A defesa dos interesses de quem de fato propiciou a existência dos mandatos é uma questão moral; e essa moral é capitalista.

Não é difícil a tomada de compreensão de que o discurso vencedor no seio desses entes executivos é em sua maioria pela não implantação ou implantação monitorada e desestruturada dos órgãos que promovem a defesa dos consumidores.

O mesmo autor acima referido, ao falar da importância do poder fiscalizador conferido por lei aos órgãos de proteção e defesa dos consumidores, alerta:

> A sua estrutura, porém, não corresponde à importância da tarefa cometida. Não são dotados de quadros de servidores públicos estáveis (já nem se fala de boa remuneração), indispensáveis ao exercício das funções fiscalizatória e sancionadora. O provimento dos cargos é por comissão, o que em regra significa ficar à mercê das conveniências políticas. O resultado é geralmente a subordinação a interesses paroquiais ditados pelas alianças que decidem eleições ou sustentam governos. (PASQUALOTTO, 2009).

Por certo a busca da igualdade ou equilíbrio frente às relações estabelecidas no âmbito do cotidiano social resta comprometida. A estrutura do SNDC é, ainda depois de 25 anos de idade do CDC, deficitária, e enquanto precária, ineficiente. Portanto a ineficiência do sistema que deveria representar os freios ao capitalismo da livre inciativa e da sociedade de consumo é latente. Não há instrumentos fiscalizatórios suficientes e competentes em todo território nacional de forma que as atividades empresariais que constituem abuso de direito e representem infração as normas consumeristas sejam de fato extintas no dinamismo mercadológico.

3.2 A conduta dos fornecedores como fator de promoção de injustiça

[12] Apesar da lei Geral das Eleições ter sido alterada pela Lei ° 13.165/2015 e as doações de pessoa jurídica para campanha tenham sido terminantemente proibidas, essa regra pelo princípio da anualidade eleitoral só se aplicará ao pleito de 2016 e até então não há repercussões positivas a serem anotadas em favor de uma sistemática de defesa do consumidor mais efetiva.

A intencionalidade do legislador constituinte ao perfilar no art. 170 da CF/88 a defesa do consumidor enquanto princípio limitador à livre iniciativa foi sobretudo uma tentativa de equalizar a frequência devastadora da autonomia plena do liberal econômico em seu jardim[13]. Uma tarefa difícil diante de fatores já mencionados, que na verdade, no universo empírico, terminam por embalar o 'espírito' capitalista dos empresários.

De fato, ante as dificuldades credenciadas legalmente ao próprio sistema, os fornecedores praticam suas atividades empresariais em busca do lucro sem limites. A demanda infra estrutural clamada pelos militantes engajados na defesa do consumidor é insuficiente para mobilizar o poder público à causa humanística.

Colaciona-se alguns dados que ainda demonstram que os fornecedores insistem em permanecer aliados ao 'espírito' do capitalismo consagrado na obra de Weber. Mesmo em meio a uma enorme gama legislativa em prol da dignidade humana do consumidor e do equilíbrio nas relações de consumo, a agenda de respeito às leis não é prioridade para os agentes do capital.

As informações são do cadastro de reclamações fundamentadas do ano de 2014 da Fundação PROCON/SP. Uma das coisas que chama atenção no relatório apresentado pelo órgão administrativo paulista é o quantitativo de demandas não solucionadas em sede do que se conhece como atendimento preliminar. Mesmo notificados da infração ao direito dos vulneráveis por um órgão detentor de poder de polícia, os fornecedores perpetuam suas práticas *contra legem*. Senão vejamos:

> Problemas: 1° - problema com cobrança 7.494 – 28%; 2° - Vício ou má qualidade de produtos 5.352 – 20%; 3° - Problema com contrato 4.527 – 17%; 4° - Problema com oferta 4.150 – 15%; 5° - Vício ou má qualidade do serviço 3.852 – 14%; 6° - Demais problemas 1.838 – 7%. Totais 27.213 problemas em que o PROCON/SP notificou o fornecedor para solução da demanda e não foi bem-sucedido em seu papel protetivo. (Cadastro de Reclamações Fundamentadas – Fundação Procon ... 2014)

Outro exemplo que denota o descompasso avassalador da ordem fornecedora foi noticiado em matéria veiculada na TV Justiça (02/02/2016) que apontou o desrespeito constate das instituições bancárias em torno da observância da lei das filas. Essas leis obrigam bancos a atenderem os consumidores em tempo determinado pelo máximo legal. Inúmeros são os casos pelo Brasil que o judiciário passou a assimilar entendimento de manutenção de penalidades administrativas aplicadas para esses fornecedores, pela contumácia e agressividade de tal conduta no seio das relações de consumo.

[13] A expressão autonomia no jardim é utilizada pelo Professor Nelson Saldanha em sua obra "o jardim e a praça" para, de maneira metafórica, indicar a liberdade burguesa.

Contudo, nada é suficiente. Com ou sem punição, a prática ilegal continua sendo regra no universo dos fornecedores bancários, uma janela para a verdadeira expressão do espírito capitalista.

O fato é que o desequilíbrio foi utilizado como justificativa de protetividade da lei consumerista e de seus agraciados, mas diante das fervorosas dinâmicas do capitalismo não consegue viabilizar equilíbrio nem harmonia nas relações de consumo. O consumidor é eterno vulnerável.

4. A JUSTIÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Cumpre-se o papel de enquadrar tudo que foi descrito jurídica, social e economicamente ao sentido de justiça. O sistema proposto pela norma constitucional a livre iniciativa intencionou estabelecer alguns parâmetros de conduta dentre os quais a defesa do consumidor aparece como limitador direto das relações comerciais. Por meio de outros princípios capitulados na lei protetiva própria (CDC) como transparência; boa-fé objetiva, protecionismo do consumidor e outros mais, o legislador objetivou equalizar os conflitos na seara econômica.

Para tanto trouxe à colação uma visão humanística colocando a coletividade de consumidores enquanto vulneráveis como o ponto central do discurso protetivo. Mas, na prática isso significou ou significa a efetivação da justiça?

Para responder ao questionamento utiliza-se das ideias sobre justiça discutidas por Nancy Fraser em duas oportunidades: no artigo intitulado "Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado" publicado na revista Lua Nova em 2009 e no ensaio que foi proferido por Nancy Fraser em uma conferência sobre as "virtudes" no Centre of Contemporary Culture em Barcelona, 2012, intitulado: "Sobre a justiça: lições de Platão, Rawls e Ishiguro".

Sobre a justiça Fraser aponta premissa de John Rawls em seu livro "Uma teoria da Justiça", onde o autor afirma que "a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamentos" (RAWLS, 2008, p.4) E complementa:

> Com isso Rawls não quis dizer que a justiça é a virtude mais alta, mas sim que ela é a virtude fundamental, aquela que assegura a base para o desenvolvimento de tudo o mais. Em princípio, as configurações sociais podem exibir um número qualquer de virtudes. Elas podem ser, por exemplo, eficientes, ordenadas, harmoniosas, generosas ou enobrecedoras. Mas a realização dessas possibilidades depende de uma condição anterior, qual seja, a de que as

> configurações sociais em questão sejam justas. É nesse sentido, pois, que a justiça é a virtude primeira: é apenas com a superação da injustiça institucionalizada que conseguimos firmar o solo a partir do qual as demais virtudes, tanto sociais quanto individuais, podem florescer. (FRASER, 2012)

Ora, quando se trata de sociedade de consumo frente a ordem capitalista instituída a injustiça é fato presente no seio social e tem rebatimento direto na instituição da defesa do consumidor enquanto princípio limitador da ordem econômica.

Enquanto vigorava apenas a sociedade de produtores tinha-se uma relação de dominação e exploração entre produtores (patrões) e empregados (explorados). Quando da instituição da sociedade de consumo a relação de dominação e exploração foi estendida para alcançar também o contraponto produtor/empresário (fornecedor) e os consumidores.

Impulsionada pelo "espírito capitalista" descrito por Weber a classe de fornecedores criou um sistema de dominação complexo que transformou o consumidor em mercadoria. Objeto do próprio sistema social culturalizado, o consumidor é personagem que em seu mundo "feliz" acredita no ideal de justiça, mesmo estando em situação de desigualdade e vulnerabilidade imposta.

O problema é mais amplo. Até porque deve-se considerar a justiça em um aspecto tridimensional que engloba não tão somente as considerações a respeito da redistribuição (igualdade) e reconhecimento (status), mas também as que se referem a representação, ao universo político conjunturado e conjecturado. Esse é o pensamento de Fraser (2009) quando estabelece a incidência do que chama de Teoria da Justiça democrática pós-westfaliana.

Nesse sentido o espectro político é explicado pela autora de forma a pautar a tridimensionalidade do sentido de justiça levantada em sua obra:

> [...] considero o político em um sentido mais específico, constitutivo, que diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais. O político, nesse sentido, fornece o palco em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas. Ao estabelecer o critério de pertencimento social, e, portanto, determinar quem conta como um membro, a dimensão política da justiça especifica o alcance daquelas outras dimensões: ela designa quem está incluído, e quem está excluído, do círculo daqueles que são titulares de uma justa distribuição e de reconhecimento recíproco. (FRASER, 2009)

Enquadrando de maneira propedêutica a intenção "redistributiva" do legislador constitucional nas relações de consumo e o destinatário político para a formatação de um sistema efetivo de proteção do consumidor (o poder executivo) é de se reiterar o caminho da injustiça. Como já se traçou em capítulo anterior a ineficiência do sistema eleitoral no

sentido da promoção da representação ideal não estrutura o sistema de forma adequada. Prejudicados estarão automaticamente os sentidos de redistribuição (equilíbrio nas relações econômicas) e reconhecimento (enquanto equalização social das minorias) no âmbito da sociedade de consumo.

Pode-se dizer então, na linguagem de Fraser, que na sistemática constitucional do Art. 170 da CF/88 que intenciona equilibrar as relações de consumo e reconhecer o consumidor enquanto sujeito de direitos o contorno político de falsa representação[14] contaminou o ideal de justiça pretendido.

Retomando os apontamentos "Sobre a Justiça", Fraser analisa a obra de Ishiguro "Não me abandone jamais" e dela tira duas conclusões que também podem ser utilizadas analogicamente para o conteúdo da visão aqui proposta.

A primeira é a de que "a justiça jamais se experimenta diretamente" (FRASER, 2012). Essa premissa da qual decorre a segunda leva-se a crer que é por meio das injustiças que se pode alcançar o conceito de justiça e consequentemente lutar pela sua aplicação.

Faz-se então mister o reconhecimento da injustiça nas relações de consumo instituídas sob a égide da sociedade de consumo em um sistema capitalista. Da forma como a sociedade está envolvida culturalmente com o consumismo, o sujeito dessas relações é alvo de injustiças, é dominado, é explorado.

A segunda e a mais importante premissa afirmada Nancy Fraser em resposta à pergunta o que é a justiça? É a de que " a justiça é a superação da injustiça" (FRASER, 2012).

Desse modo, não se pode afirmar que um princípio protetivo instituído constitucionalmente seja afirmador na prática de justiça. Isso se deve ao contexto social, que anterior a constitucionalização, já determinava situação desigual dos sujeitos das relações de consumo. A tentativa de reconhecimento foi válida, mas a desigualdade econômica obstaculizou a evolução da eficácia prática da norma.

Desta forma, não se pode levantar o discurso de que as leis que protegem o consumidor, por si sós, declaram e executam situação de equilíbrio, posto que a relação de dependência do trinômio Fraseriano põe termo ao argumento. Nem a norma

[14] Fraser explica uma das modalidades de falsa representação que pode se adequar ao exposto: a falsa representação política -comum: aquela oriunda de regras de decisão política que equivocadamente negam a alguns incluídos a chance de participar plenamente como pares nas relações estabelecidas no contexto social.

constitucional do art. 170, nem as leis infraconstitucionais conseguem se sobrepor ao fator de dominação capitalista afirmado na sociedade de consumo.

5. CONCLUSÃO

Não se pode furtar a uma ótica negativa em relação a efetivação da justiça diante do contexto social em que vigora o art. 170 da CF/88 e seus princípios limitadores.

A condição de vulnerável do consumidor é pré-requisito e fator fundante da norma apreciada e essa característica de desigualdade perdura no tempo. Ademais, o preceito constitucional também parte de uma situação de injustiça, a qual seria a liberdade de iniciativa sem limites, para tentar por meio da defesa do consumidor tornar mais equânime o contexto econômico vigente.

Na luta diária a formatação social também aliena e domina a coletividade de consumidores para o universo da injustiça consentida. De outra sorte, o aparato sistemático previsto na lei para acabar ou minimizar os efeitos injustos de uma sociedade capitalista por seu turno já nasceu deficitário. A ética da política vigente envenenou o sistema de forma a só conseguir sobreviver se houver uma reforma decente das leis eleitorais no país, assim como uma imperatividade coercitiva das leis que institucionalizaram o SNDC.

Portanto, o sistema constitucional criado para defesa do consumidor diante da ordenação capitalista é ineficaz e injusto. Enquanto a sociedade de consumo e a política capitalista andarem de mãos dadas, o modo de vida, a justiça jamais será objeto de desfrute do consumidor. O fardo, a luta pela concretização dos seus direitos será perpetuada no tempo indefinidamente.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica e fundamentação ética dos direitos humanos. In: Cláudio Brandão. (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectivas. 1ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32-51.

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

BANCOS DESRESPEITAM LEI DA FILA O QUE TEM LEVADO JUSTIÇA A VALIDAR MULTAS DE ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Disponível em: http://www.novoeste.com/index.php?page=destaque&op=readNews&id=20081&title=Bancos-desrespeitam-Lei-da-Fila-o-que-tem-levado-Justiça-a-validar-multas-de-orgaos-de-defesa-do-consumidor acessado em 21/02/2016.

BARBOSA, Lívia. Sociedade de Consumo. Zahar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de direito administrativo, v. 226, p. 187-212, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Rio de janeiro: Elfos Editora, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. O Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1991.

BRASIL, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

CAMPBELL, Colin. Eu compro, logo sei que existo: as bases metafísicas do consumo moderno. Cultura, consumo e identidade. Rio de janeiro: FGV, p. 47-64, 2006.

FRASER, Nancy. Sobre Justiça: Lições de Platão, Rawls e Ishiguro. Revista Brasileira de Ciência política, n° 15, 2014, p. 265-277.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Revista Lua Nova. São Paulo, 77: 11-39, 2009.

FUNDAÇÃO PROCON SP. Cadastro de Reclamações Fundamentadas, 2014. Disponível em: http://www.procon.sp.gov.br/pdf/rankingfundacaoproconsp2014.pdf acessado em 14/02/2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, 2007.

LOPES, José Reinaldo Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. Revista de direito do consumidor, v. 41, jan-mar 2002, p. 140-150.

MARQUES, Clarissa. O conceito de direitos fundamentais. In: Cláudio Brandão. (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectivas. 1ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 151-168.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. Editora revista dos Tribunais, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Frederich; COGGIOLA, Osvaldo. Manifesto comunista. Boitempo Editorial, 1998.

PAQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça. V.3, n. 9, p. 66-100, 2009.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça. O privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1993.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico, 2011.

WEBER, Max. A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.