

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

JAVERT RIBEIRO DA FONSECA NETO

**DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR
E A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO MERCADO**

SÃO LEOPOLDO

2012

JAVERT RIBEIRO DA FONSECA NETO

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR
E A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO MERCADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

SÃO LEOPOLDO

2012

F676d Fonseca Neto, Javert Ribeiro da
Direito fundamental de proteção do consumidor e a
desterritorialização do mercado / Javert Ribeiro da Fonseca Neto. --
2012.

149 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.
Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm.

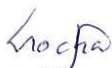
1. Direito do consumidor. 2. Proteção constitucional - Consumidor.
3. Globalização. 4. Sociedade. 5. Vulnerabilidade. I. Título. II. Timm,
Luciano Benetti.

CDU 347.451.031

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Direito Fundamental de Proteção do Consumidor e a Desgeograficação do Mercado”, elaborado pelo mestrando **Javert Ribeiro da Fonseca Neto**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de março de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

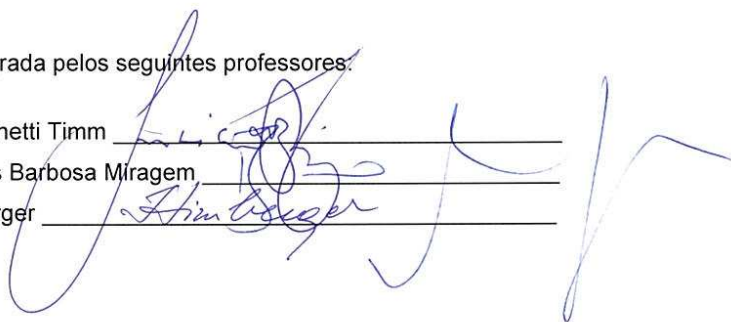
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Luciano Benetti Timm

Membro: Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Membro: Dra Têmis Limberger



Aos meus pais e filhos, com toda dedicação de cada dia da minha vida.

À Alessandra, minha amada esposa e colega, com quem tive a felicidade de compartilhar esta caminhada no curso da qual gerou, para maior encantamento e alegria entre nós, mais um querido filho - o nosso João Arthur.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo, sempre;

Aos meus pais, pelos ensinamentos de vida;

A minha esposa, meu bem querer, pela cumplicidade incondicional,
sobretudo em razão da dedicação pela nossa vida em comum;

Aos meus filhos, por me permitirem amá-los e me amarem,
apesar da ausência durante esta jornada;

Ao meu orientador, Professor Doutor Luciano Benetti Timm, pelas as orientações e
disponibilidade, paciência e persistência no acompanhamento da pesquisa;

Aos meus colegas de escritório, pela dedicação, pois, certamente, sem a qual não
poderia ter desenvolvido este trabalho com a atenção necessária;

Também aos meus colegas de mestrado,
com os quais compartilhei esta saudosa experiência;

“Se, algum tempo atrás, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas restringia-se ao território do seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade, hoje a realidade regional e nacional é diversa”,

(Claudia Lima Marques)

“O consumidor é o elo mais fraco da economia: e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco”.

(Frase atribuída a Henry Ford).

RESUMO

TÍTULO: DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO MERCADO

Direito do consumidor brasileiro na era globalizada: o tema a ser abordado nesta pesquisa se concentra em debater as legislações de defesa de consumidor até então existentes, confrontando-as com as transformações surgidas na sociedade de consumo decorrentes do fenômeno da globalização, sobretudo nesta época em que a sociedade está ligada em rede, onde a 'Desterritorialização do mercado' e a 'internacionalização do direito' fez surgir uma nova modalidade de *vulnerabilidade (especial)* de consumidor. Verificar se este sistema normativo vigente atende o anseio social de segurança/confiança na relação de consumo. O assunto em pauta deve ser tratado dentro dos limites específicos de espaço e tempo apontados para este debate. Vale dizer: Os reflexos suportados pela sociedade contemporânea (tempo) de consumo, no âmbito de nosso Estado-Nação (espaço), decorrentes do irrefreado fenômeno da globalização, e o sistema normativo de proteção de defesa do consumidor hodiernamente vigente e sua valia social.

Palavras-chave: Proteção constitucional do consumidor. Globalização. Sociedade. Vulnerabilidade. Direito.

ABSTRACT

TITLE: THE FUNDAMENTAL LAW OF CONSUMER PROTECTION AND THE INTERNATIONALIZATION OF MARKET

Brazilian consumer rights in the globalized age, the topic being discussed in this research focuses on discussing the defense of consumer laws then existing, confronting them with the changes arising from the consumer society arising from the phenomenon of globalization, especially in this time that this networked society, where the 'internationalization of market and of law' introduced a new type of vulnerability (especially) the consumer. Check if the current legal system meets the desire for social security in respect of consumption. The subject matter should be addressed within the specific boundaries of space and time appointed for this debate. In other words: Reflections supported by contemporary society (time) consumption in the context of our nation-state (space), arising from the phenomenon of unbridled globalization and regulatory system of protection of consumer protection in force in our times and their social worth.

Key-words: Constitutional protection of the consumer. Globalization. Society. Vulnerability. Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LIMITES DO DIREITO DO CONSUMIDOR	14
2.1 Essência do Direito do Consumidor - Reconhecimento da essencialidade da relação de consumo na/para sociedade e a necessidade de sua proteção como forma de concretização da cidadania	14
2.2 Eficácia e Alcance do Direito do Consumidor - Paradigmas em movimento: surgimento de uma <i>vulnerabilidade especial</i> e a equalização da relação de consumo na contemporaneidade	38
3 ‘DESTERRITORIALIZAÇÃO’ DO MERCADO E NOVO CONSUMIDOR	59
3.1 Transformações na Sociedade Global - Mercado como fato social e sociedade em rede: a tecnologia de informação e seus reflexos na relação de consumo na era globalizada.....	59
3.2 Caminhos para um Direito do Consumidor no Século XXI – Convenções transnacionais de regulação do mercado de consumo globalizado como forma de solução de conflitos.....	94
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERÊNCIAS	123
ANEXO A - STJ - RESP Nº 63.981-SP	129

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação insere-se no campo da linha pesquisa atual em Direito, a envolver ‘Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização’, pelo que tem por escopo analisar o Direito do consumidor brasileiro na era globalizada, verificando os reflexos suportados pela sociedade de consumo ante a Desterritorialização do mercado.

O tema a ser abordado concentra-se em debater o sistema jurídico de proteção do consumidor (confrontando-o com as transformações surgidas na sociedade de consumo decorrentes do fenômeno da globalização, sobretudo nesta época de ‘Desterritorialização do mercado’ e ‘internacionalização do direito’ em que surgiu uma nova modalidade especial de vulnerabilidade de consumidor) e verificar sua aptidão para atender ao anseio social de segurança na relação de consumo.

Concebe-se o surgimento de uma “vulnerabilidade especial” como sendo aquela surgida em decorrência de uma determinada circunstância, peculiar, mas que a cada dia torna-se mais assídua e corriqueira na atual sociedade: ocorre quando o consumidor que adquire produto de fornecedores situado no estrangeiro - em viagem pelo exterior ou mesmo pela internet ou ainda por encomenda - para consumo em território nacional e, malgrado, surpreende-se com vício ou defeito do bem, deparando-se a partir daí, numa série de dificuldades para que se reconheça e se faça valer seu direito básico de consumidor.

Tais dificuldades enfrentadas pelo consumidor globalizado surgem pela escassez de legislação especial e inflação de normas esparsas. Isso estabelece uma tensão social, o que afeta a confiança contratual, situação esta que ganha ainda mais volume com a ineficiência das políticas públicas nacionais e estrangeiras para efetivamente internacionalizar e integrar um sistema jurídico capaz de apaziguar as novas ameaças do mercado de consumo surgidas com a globalização.

A presente pesquisa trafega por temas relativos à origem, evolução e desenvolvimento da proteção e da exigibilidade dos direitos fundamentais inerentes a proteção do consumidor. Os direitos fundamentais positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (também em outros documentos normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário) fazem com que a defesa do consumidor ganhe local de destaque no sistema normativo jurídico do Estado-Nação.

A busca pela concretização, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais dependem de um contínuo processo de desenvolvimento, proteção e exigibilidade, sobretudo

nesta era da Desterritorialização do mercado de consumo, onde a sociedade está ligada em rede e o consumidor se torna ainda mais vulnerável.

Há que se conceber um sistema eficaz de tal forma a possibilitar que os poderes públicos de tal forma que não só estejam proibidos de atuar contra os direitos fundamentais, mas que também imponha atuação em prol desses direitos. O desenvolvimento, a proteção e a exigibilidade dos direitos fundamentais do consumidor globalizado devem ser garantidos no plano normativo material (legislação), no plano processual (legislação e jurisdição) e no plano das políticas públicas (legislação e administração).

O assunto em pauta deve ser tratado dentro dos limites específicos de espaço e tempo apontados para este debate. Vale dizer: segundo os reflexos suportados pela sociedade de consumo contemporânea de consumo (tempo), no âmbito de nosso Estado-Nação (espaço), tendo como pano de fundo o irrefreado fenômeno da globalização - com contínua movimentação da economia -, mais o sistema normativo de proteção de defesa do consumidor, hodiernamente vigente, e sua relevância social.

Para elaboração desta pesquisa, dividiu-se o trabalho em cinco itens: (1) introdução; (2 e 3) desenvolvimento do tema; (4) considerações finais; (5) referências; e (6) anexos, onde se colacionou o *leading case* representado pelo REsp.63.981-SP.

O texto propriamente dito, que ficou dividido em duas grandes partes (2 e 3), aborda em sua primeira parte os (2) LIMITES DO DIREITO DO CONSUMIDOR, que se subdividiu, por sua vez, em dois subitens. No primeiro subitem, (2.1.) ESSÊNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR, reconheceu-se a essencialidade da relação de consumo na/para a sociedade e a necessidade de sua proteção como forma de concretização da cidadania. No segundo subitem desta primeira parte, (2.2) EFICÁCIA E ALCANCE DO DIREITO DO CONSUMIDOR, verificou-se a existência de paradigmas em movimento, pois a sociedade de consumo globalizada fez surgir uma vulnerabilidade especial de consumidor, o que fez crescer a necessidade de se equalizar a relação de consumo na contemporaneidade.

Na segunda parte, abordou-se a (3) 'DESTERRITORIALIZAÇÃO' DO MERCADO E O NOVO CONSUMIDOR. Esta parte também foi subdividida em outros dois subitens. No primeiro se investigou as (3.1.) TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE GLOBAL, constatando o Mercado como fato social e a coexistência de uma sociedade em rede, onde a tecnologia de informação causa reflexos na relação de consumo na era globalizada. Em seguida, analisou-se propostas para novos (3.2) CAMINHOS PARA UM DIREITO DO CONSUMIDOR NO SECULO XXI. Neste ponto da pesquisa a índole central, tal como bem aclarada restou, inspira-se prontamente nas proposições de Claudia Lima Marques, a quem se

deve reconhecer à conta da profundidade quanto às novas tendências no campo consumerista agora em expansão internacionalizada. Com efeito, convenções transnacionais de regulação do mercado de consumo como forma de solução de conflitos recebeu especial atenção neste ponto do trabalho.

Em considerações derradeiras (4), levou-se em conta que as mudanças-paradigmáticas na economia globalizada e seus reflexos na sociedade são naturais deste tempo de pleno apogeu da socialização do direito. A globalização aproximou consumidor e fornecedor de produtos de origem estrangeira, sem que seja necessário, inclusive, o deslocamento (*internet*). No início, as relações comerciais internacionais eram firmadas entre consumidor profissional e fornecedor, cuja experiência e a habitualidade coadunavam com a *lex mercatoria* consubstanciada na autonomia de vontade das partes. No entanto, com a facilitação e o reconhecido aliciamento dos leigos a adquirir produtos por meio de mercado eletrônico e sem a preocupação com a devida informação ao consumidor carente, surgiram também o desequilíbrio e a vulnerabilidade, tornando-se necessária a discussão em torno do tema proteção do consumidor através da intervenção dos Estados e Organismos Internacionais providos de legitimidade para o trato da matéria.

O mercado bem pode ser regulado conforme a necessidade apresentada numa determinada sociedade, em um determinado tempo e espaço, mesmo que embasada em valores e princípios exteriores ao sistema econômico. O mercado de consumo globalizado, como exemplo, clama por mais proteção ao consumidor final, mas isso não significa que toda estrutura econômica transnacional deve mudar. O mercado deve ser livre, dentro dos seus limites principiológicos, todavia o consumidor não pode ficar a mercê desta liberalidade..

A partir da análise teórica realizada nesta pesquisa verificou-se que as normas nacionais de direito internacional privado, especificamente aquelas relativas aos países das Américas, não dão conta de atender às circunstâncias problemáticas decorrentes deste modelo de relação de consumo internacional entre fornecedor e consumidor vulnerável. Em outros termos, o consumidor está desprotegido e por esta razão mostra-se plausível a proposta doutrinária de elaboração de uma Convenção Especializada de Direito Internacional Privado, cujo foco de atenção é o estabelecimento de regras protetivas ao consumidor turista e ao consumidor que contrata a distância, sobretudo a partir da flexibilização da autonomia de vontade nos contratos no que diz respeito a escolha da legislação aplicável. Tal proposta representa um caminho para um direito do consumidor mais moderno e atual, pois visa equalizar os interesses do mercado com a busca pela proteção dos direitos do consumidor vulnerável. O assunto em pauta versa sobre um direito humano a ser respeitado e bem por isso

representa uma busca pela concretização, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, os quais dependem de um contínuo processo de desenvolvimento, proteção e exigibilidade, sobretudo nesta era da Desterritorialização do mercado de consumo, onde a sociedade está ligada em rede e o consumidor se torna ainda mais vulnerável.

Ressalve-se, desde já, que mesmo partindo do pródomo que mercado é fato social e de extrema relevância, e que a proteção do consumidor é direito fundamental, inato à sua dignidade, ainda assim deve-se consignar que a presente pesquisa não pretendeu abordar regulamentação internacional que imponha regras ao mercado como um todo (entre empresas e consumidor profissional) o que acabaria por inviabilizar a integração do mercado e de certo modo prejudicar o avanço da globalização (sendo isso bom ou ruim). Pretendeu-se, isso sim, discorrer acerca da concepção de regulamentação normativa que vise garantir a proteção daquele consumidor leigo, não habitual, não profissional e, portanto, vulnerável no mercado internacional.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa utilizou-se do método dedutivo através de pesquisas bibliográficas, exploratórias e descritivas na abordagem do tema. Consultas (virtuais) em sites de órgãos governamentais foram importantes para aferir alguns dados estatísticos sobre o aumento de consumo pela internet e também sobre o aumento de utilização de serviços de transporte aéreo voltado ao turismo internacional. Projetos de lei, propostas de convenções interamericanas, além de pesquisas jurisprudenciais também foram fatores importantes para edificação da idéia central deste trabalho.

Dentre as obras utilizadas como fontes bibliográficas, buscou-se autores que tenham afinidade com a linha de pesquisa deste PPG, a envolver ‘Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização’. Outros doutrinadores que, embora não façam parte das citações no decorrer da pesquisa, também foram objeto de estudo para melhor compreensão acerca do assunto abordado, razão em que estão elencados nas referências bibliográficas.

Para desenvolvimento da pesquisa delineou-se de início reconhecimento da essencialidade da relação de consumo para a sociedade, na mesma proporção em que se buscou demonstrar a necessidade de sua proteção como forma de concretização da cidadania. Para tanto, utilizou-se como referencial teórico, para esta etapa da pesquisa, juristas de escol no trato da questão a envolver relação de consumo, dentre os quais merecem destaque Bruno Miragem, Sergio Cavalieri Filho e Claudia Lima Marques, Paulo Valério Dal Pai Moraes.

Trabalhou-se também com a idéia do surgimento de uma “vulnerabilidade especial” reflexo da globalização. Isto porque, com a desterritorialização do mercado surgiu a figura do consumidor transnacional. Neste ponto da pesquisa, para ilustrar que o consumidor brasileiro

que adquire produto no estrangeiro carrega consigo uma “vulnerabilidade especial”, investigou-se o REsp n.63.981-SP, o qual serve de *leading case* para verificar que este consumidor, ao se deparar com vício ou defeito do produto, encontra sérias dificuldades para fazer valer o seu direito. Aí está a “vulnerabilidade especial” (tema central desta pesquisa).

Para melhor compreensão deste novo perfil de consumidor (na sociedade em rede), ainda se investigou as transformações da sociedade global, de modo a estabelecer uma conexão entre direito, mercado e sociedade na era da globalização. Nesta abordagem foram importantes as lições de Têmis Limberger, Manuel Castells, Thomas Fridman, José Eduardo Faria, Peter Dicken e Luciano Benetti Timm, dentre outros.

Confrontando o consumidor com o mercado e a sociedade globalizada, verificando a existência de uma “vulnerabilidade especial”, constatou-se a necessidade de elaboração de convenções transnacionais de regulação de mercado de consumo como forma de solução de conflitos, sendo certo que neste ponto o principal referencial teórico utilizado se assenta nas lições de Claudia Lima Marques. Sobretudo em sua proposta de regulamentação normativa por meio de Convenção Interamericana CIDIP a envolver proteção do consumidor, sobremaneira quanto à legislação aplicável aos contratos a envolver relação de consumo.

2 LIMITES DO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Essência do Direito do Consumidor - Reconhecimento da essencialidade da relação de consumo na/para sociedade e a necessidade de sua proteção como forma de concretização da cidadania

Há que se admitir que o século XX foi o século dos novos direitos. “Do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos – direito ambiental, biodireito, direito especial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros mais – todos destinados a satisfazer as necessidades de uma sociedade em mudança”, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho¹.

O surgimento destes novos direitos é fruto do avanço científico e tecnológico que ganhou grande repercussão ao longo do século passado. As consequências disto extrapolaram os limites do imaginável, causando relevantes transformações sociais, políticas e econômicas na sociedade contemporânea.

A sociedade passa por um momento peculiar e absolutamente diferente do que até aqui experimentado, de tal forma que, conforme Cavalieri Filho, “retornasse hoje alguém que da terra tivesse partido no início do século passado, não acreditaria ter regressado ao mesmo mundo”².

Em outro tanto, certo também é dizer que o sistema jurídico até então vigente não deu conta de acompanhar as mudanças suportadas pela sociedade, e isso causou um prejudicial descompasso entre o fato social e o jurídico. Por isso os “novos direitos” têm uma missão especial, pois ao direito não lhe basta uma ‘pretensão normativa’, mas sim, é necessário que se lhe de ‘efetividade social’.

Luís Roberto Barroso sustenta, neste ponto, que ³

"a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social."

Com efeito, neste cenário dos ‘novos direitos’, o Direito do Consumidor revela-se figura de imponente destaque, tanto pela sua finalidade quanto pelo seu longo alcance. Neste viés, tem-se presente a essencialidade do Direito do Consumidor.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3.ed.- São Paulo: Atlas, 2011, p.1.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa*Op.cit., p.2.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro:Renovar, 2. edição, 1993.p.79.

Então, para que melhor se possa conceber seu caráter de ‘essencialidade’, no trato da matéria atinente a Direito do Consumidor, pressupõe-se conhecimento, ainda que razoável, sobre a sociedade de consumo a que se pertence. Nesse propósito adequado será pontuar algumas significativas transformações ocorridas na linha histórica através dos tempos. Isto de forma sintética, porém *quantum satis* esclarecedora.

Bem advertiu José Luis Bolzan de Moraes que “Todo período histórico abriga, no seu interior, forças que o contestam” e citou como exemplo que foi no

“contexto de repúdio às tendências absolutistas que os ideais liberais brotaram e encontraram como aliados o iluminismo, o individualismo bem como o pensamento contratualista das escolas jusracionalistas”⁴.

A complexidade nas relações de consumo (que se iniciou com os escambos) aumentou com o advento da moeda. Alguns conflitos de interesses surgiram, fazendo com que normas fossem criadas para estabelecer um padrão procedimental. Mas abordar esta parte inicial da história aqui se demonstra desnecessária, senão de todo inócua ao presente estudo, isso porque somente quando do advento da Revolução Industrial é que a sociedade realmente começou a suportar severas transformações a repercutir na mudança comportamental. Neste contexto é que este importantíssimo momento histórico, aqui, ganha especial atenção.

Justamente neste período foi que aumentou ao infinito a capacidade produtiva do homem. Antes, como sabido, a produção era manual, artesanal propriamente dita, limitada e destinada ao círculo familiar, ou quiçá a um pequeno grupo de pessoas. Depois, a produção passou a ser em grande quantidade para suportar a demanda decorrente da explosão demográfica.

Foi entre os séculos XIX e XX que surgiu a Revolução Industrial e toda a sociedade, em diversos segmentos, recebeu impacto destas mudanças. Atravessando uma época de significantes variações do pensamento, buscava o homem transformar aquilo que já não lhe dava mais satisfação: para tanto, revolucionavam os costumes. Tanto a primeira quanto a segunda Revolução Industrial refletem bem essas modificações. Na primeira destacou-se o surgimento do aço e do carvão; na segunda foi a utilização da eletricidade e do ferro que ganharam repercussões. Quanto mais se explorava e conhecia a finalidade e o alcance das matérias-primas, variadas, mais e mais surgiam novas formas de produção e de novos equipamentos⁵.

⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre. TRF -4ª Região. 2008. Caderno de Direito Constitucional: módulo5. p.12

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...Op.cit*, p.2

No “velho continente” que a revolução ganhou evidência. Na Inglaterra a política econômica liberal se instaurou de início, em meados do século XIX. Através de acordos comerciais com diversos países, a Inglaterra criou flexibilidade de taxa nas negociações de produtos. Outro fator preponderante foi a riqueza de matéria-prima, sobretudo as reservas de ferro e carvão, além de uma burguesia atuante que costumeiramente empregava seus recursos em maquinários.

Em meados do século XIX a produção industrial ganhou projeção mundo afora. Saindo do âmbito do velho continente, rumou para a América. Cada país, como é peculiar, tinha sua evolução cadenciada conforme suas condições culturais, sociais e econômicas. Mas independentemente disso, o fato é que gradativamente ocorria uma natural elevação da população nos grandes centros urbanos, em razão do êxodo rural impulsionado por melhores condições de vida e possibilidade de trabalho remunerado – já que a vida, no campo, bem pouco ou quase nada tinha a oferecer. Todavia, as cidades quase nunca se mostravam um mar de rosas: ao contrário, àquela época não eram bem estruturadas, tampouco preparadas para receber tal demanda. Foi justamente nesta época que começaram a surgir os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em franco desenvolvimento.⁶

Por isso era comum que os cidadãos vivessem em situações precárias e os trabalhadores recebessem salários ínfimos. Em razão dessa situação se iniciaram, com o tempo, movimentos organizados pelo proletariado buscando melhores condições de trabalho. De um modo ou de outro, bem ou mal, certo é que a Revolução Industrial causou um impacto social na vida dos cidadãos destes países industrializados, sendo bastante perceptível a diferença em relação àquelas nações que ainda não haviam aderido a esses processos de industrialização.

Natural consequência gerada pelo acesso de bens de consumo (aparecimento de novas mercadorias, que não havia no campo, só nas cidades) é que se iniciou uma transformação no comportamento social, eis que levavam a uma suposta necessidade de compra.

Em suma: tendo as metrópoles suportado aumento populacional, a demanda cresceu e conseqüentemente também a oferta, pelo que a industrialização ganhou impulso para produzir mais para mais pessoas. Isso fez com que se pensasse em um modo de melhor atender as necessidades de consumo. Ou seja: atender às necessidades de maior número de

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...Op.cit*, p.4

pessoas, com mais oferta de produtos e serviços. Foi então que surgiu a chamada produção em série – ou produção “standartizada”⁷.

Tal produção em série, homogeneizada, estimulou a redução de custos em contrapartida ao aumento de oferta, assim atingindo uma maior quantidade de consumidores. Esse sistema produtivo revelou-se num modelo adequado, o que fez com que ganhasse espaço e crescimento na passagem do século XIX para o século XX. Com o surgimento e evolução da sociedade industrial massificada e a necessidade de proteção do consumidor, explica que a partir da Primeira Guerra Mundial houve então um incremento na produção que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários, alcançando e passando a época da Segunda Guerra.

A Segunda Guerra Mundial exigiu a otimização da produção industrial, e o estudo do trabalho passou a desenvolver-se rapidamente. O avanço da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática e do incremento das telecomunicações, ganhou força. Foi com a teoria de Frederick Taylor⁸ (“*Taylorismo*”) que a industrialização em série começou a ganhar corpo, sobremaneira com o surgimento “*Fordismo*” (modelo de produção em massa que revolucionou a indústria automobilística quando introduziu a primeira linha de montagem automatizada), cujo fim principal consistia justamente em aumentar os volumes fabricados, a par da racionalização dos custos.

Outro aspecto a ser destacado como reflexo da produção em massa consiste em dizer que antes, quando a produção era artesanal, era o próprio fabricante quem se encarregava também da distribuição e sendo assim detinha de total controle do processo produtivo, pois conhecia o que produzia e para quem vendia. Todavia, com a produção em massa, a distribuição ganhou o mesmo caráter, porquanto passou a ser feita em cadeia, em quantidade maior inclusive através de ‘atacadistas’. Tal fator, segundo asseverou Cavaliere Filho,⁹ desencadeou um novo sistema de produção e distribuição de tal forma que se impôs adequações nos processos de contratação, surgindo daí um novo sistema jurídico: contratos coletivos; contratos de massa; e contratos de adesão.

Na segunda metade do século XX, esses sistemas passaram a avançar por todo o mundo. O aquecimento econômico e a ascensão da classe média acompanharam este avanço. Na mesma época surgiu uma nova gama de consumidores, jovens prósperos, fruto do *baby*

⁷ NUNES, Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor*, 4.ed. Saraiva. São Paulo. 2009.p.3.

⁸ Autor da obra "*Princípios de Administração Científica*", 1911: *Taylorismo* ou *Administração científica* é o modelo de administração que enfatiza as tarefas, objetivando o aumento da eficiência ao nível operacional. Nesta teoria, a melhor maneira de conduzir a administração de uma empresa é pela racionalização do trabalho, ou seja a divisão de atribuições dos funcionários, buscando a eficiência e eficácia que reflete na agilidade e rapidez, assim gerando mais lucro e crescimento empresarial, segundo explica MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru, in *Da escola científica à competitividade na economia globalizada*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2000.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...Op.cit.* p.3-4.

*boom*¹⁰ do pós-guerra nos Estados Unidos da América. Então o consumo se intensificou, no mesmo tanto que o *marketing* ganhou papel de destaque na propagação do consumo, sendo intensificado nos anos cinquenta graças aos meios de comunicação coletiva.

Foi justamente com o início da Pós-Modernidade (período pós Segunda Guerra) que por estes meios de comunicação em massa se percebeu o raio de alcance que possuíam, invadindo a casa dos consumidores: desencadeou-se a exploração do espetacular, assim propagando sensações de prazer no consumo, criando e oferecendo fantasias e desejos de posse.

Nesse ponto é importante a lição de Jean Baudrillard, sociólogo e filósofo que sempre pautou em seus trabalhos os impactos dos meios de comunicação (aí também o *marketing*) na sociedade e, conseqüentemente, os reflexos nas culturas contemporâneas, sustenta, incisivamente, que:

“o sistema tecnológico desenvolvido deve estar inserido num plano capaz de suportar esta expansão contínua. Pois as redes geram uma quantidade de informações que ultrapassam limites a ponto de influenciar na definição da massa crítica. O indivíduo passou a ter um show constante de estímulos, os quais alimentavam seu ego narcisista e consolidavam o consumo. Revela-se uma sociedade caracterizada pela abundância e criada pela multiplicação dos objetos, dos serviços, dos bens materiais”.¹¹

Nesta fase a sociedade foi moldada para consumir mais: alimentos, roupas, automóveis, móveis, eletrodomésticos; a vida cotidiana se tornou o lugar de consumo, a abundância passou a ser cotidiana e banal - Baudrillard¹². Desde que a sociedade passou a ficar mais civilizada, como mais acesso à informação e meios de comunicação, mais e mais se viu instigada para a criação de necessidades. Em outras palavras: quanto mais hospedeiros de informações, mais acesso tem o homem frente ao que é novidade. Disso decorre a “necessidade” de consumir, de obter o “novo”, pois só assim – pensa ele – não ficará excluído do meio.

Mas o poder de compra do consumidor foi reconhecido e ganhou respeitabilidade quando do surgimento do “*New York Consumers League*”, uma associação de consumidores que tinha como objeto a luta pela melhoria das condições de trabalho e contra a exploração do trabalho feminino em fábricas e comércio. A ideia desta associação era de ponta para época, já que com a elaboração de uma simples relação de fornecedores constante na denominada “Lista Branca”, divulgavam-se aos consumidores quais eram as empresas que mereciam

¹⁰ O termo surgiu no pós Segunda Guerra Mundial, em razão do aumento significativo da natalidade nos Estados Unidos, reflexos da volta dos soldados para suas casas.

¹¹ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edição 70, 1995.p.14.

¹² BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade ...Op.cit.p.15*

prioridade na compra, eis que respeitavam os direitos dos trabalhadores: como salário mínimo, horário de trabalho e condições de salubridade. Ou seja, era uma forma de influenciar a conduta das empresas pelo poder de compra dos consumidores, assim definindo Cavaliere Filho.¹³

Jair Ferreira Dos Santos¹⁴ – em sua obra intitulada “O que é Pós-Modernidade” –, concebe a ideia de que o comportamento social muda na Pós-Modernidade se caracteriza em tentar saciar o ‘prazer’. Destaca ele, no entanto, que dentre várias maneiras de se obter ‘prazer’, uma delas consiste em consumir objetos tendentes a oferecer satisfação. Neste viés, ‘prazer’ significa busca por uma vida sem privações, utilidades conducentes a satisfatório aproveitamento sem margem para se privar, sequer, do supérfluo. Daí é que o consumo passa a ser guiado pelas emoções, sobretudo pelo anseio de apalpar a suposta felicidade e, quem sabe?, alcançá-la a mancheias.

Consumir é, nesta linha conceitual, ato de emoção; é exteriorização de um sentimento a refletir uma ligação entre o objeto de consumo e o homem. Bem por isso que, diante de um *marketing* criativo e bem direcionado, o alvo (consumidor) tende a perceber a emoção da mensagem de tal forma que associe, de imediato, a compra do produto anunciado com a sensação de satisfação que lhe foi inculpada. A ideia é fazer o consumidor perceber que ao comprar tal bem alcançará felicidade. Todavia, nem sempre a verdade assim se exterioriza, essa satisfação é, muitas vezes, instantânea e transitória.

Curiosa é a passagem da supracitada obra – “O que é Pós-Modernidade” -, em que o autor parecia antever, já em meados da década de 80, algumas situações que definiriam o comportamento da sociedade de massa entregue ao consumismo. Veja-se¹⁵:

“ Há qualquer coisa no ar. Um fantasma circula entre nós nestes anos 80: o pós-modernismo. Uma vontade de participar e uma desconfiança geral. Jogging, sex-shops, mas gente dizendo: “Deus está morto, Marx também e eu não estou me sentindo muito bem.” Videogames em casa, auroras de laser na danceteria. Nietzsche e Boy George comandam o desencanto radical sob o guarda-chuva nuclear. Nessa geléia total, uns vêm um piquenique no jardim das delícias; outros, o último tango à beira do caos.

Pós-Modernismo é o nome aplicado às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades avançadas desde 1950, quando, por convenção, se encerra o modernismo (1900-1950). Ele nasce com a arquitetura e a computação nos anos 50. Toma corpo com a arte Pop nos anos 60. Cresce ao entrar pela filosofia, durante os anos 70, como crítica da cultura ocidental. E amadurece hoje, alastrando-se na moda, no cinema, na música e no cotidiano programado pela tecnociência (ciência + tecnologia invadindo o cotidiano com desde alimentos processados até microcomputadores), sem que ninguém saiba se é decadência ou renascimento cultural.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...* Op.cit.p.4 e 5.

¹⁴ SANTOS, Jair Ferreira dos, *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004. – Coleção primeiros passos; 22. ed. Reimp. da 1. ed. de 1986.

¹⁵ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. Op.cit.p.8-10.

Mas apertemos o cerco ao fantasma. Imaginemos uma fabulazinha onde o herói seja um certo urbanóide pós-moderno: você. Ao acordá-lo, o rádio-relógio digital dispara informações sobre o tempo e o trânsito. Ligando a FM, lá está o U-2. O vibromassageador amacia-lhe a nuca, enquanto o forno microondas descongela um sanduíche natural. No seu micro Apple II, sua agenda indica: reunião agência 10h! Tennis Clube 12h/ almoço! trocar cartão magnético banco! trabalhar 15h/ psicoterapia 18h/ shopping/ opções: Indiana Jones- *Blade Runner* videocassete Rose, se ligar/ se não ligar, opções: ler O Nome da Rosa (Eco) — *Dallas* na tv — dormir com soníferos vitaminados/.

Seu programa rolou fácil. Na rua divertiu-se pacas com a manifestação feminista pró-aborto que contava com um bloco só de freiras e, a metros dali, com a escultura que refazia a Pietá (aquela do Miguelangelo) com baconzitos e cartões perfurados. Rose ligou. Você embarcou no filme Indiana Jones sentado numa poltrona estilo Memphis — uma pirâmide laranja em vinil — desfiando piadas sobre a tese dela em filosofia: Em Cena, a Decadência. A câmera adaptada ao vídeo filmou vocês enquanto faziam amor. Será o pornô que animará a próxima vez.

Ao trazê-lo de carro para casa, Rose, que esticaria até uma festa, veio tipo impacto: maquiagem teatral, brincos enormes e uma gravata prateada sobre o camisã lilás. Na cama, um sentimento de vazio e irrealidade se instala em você. Sua vida se fragmenta desordenadamente em imagens, dígitos, signos — tudo leve e sem substância como um fantasma. Nenhuma revolta. Entre a apatia e a satisfação, você dorme.

A fabulazinha, claro, não tem moral nem permite conclusões, mas põe na bandeja os lugares por onde circula o fantasma pós-moderno”.

Voltando à década de 60, em razão do crescimento do capitalismo e intensas mudanças na economia (e seus reflexos na sociedade de consumo, como ilustrado), nos Estados Unidos teve início o movimento consumerista: manifestação originada de lutas sociais em repúdio a discriminações de raça, idade, sexo e profissões.

Foi somente neste período que o consumidor efetivamente começou a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado. Esse importante e percussor movimento consumerista pautava-se contra as práticas abusivas dos fornecedores (comerciantes e fabricantes), que quase sempre feriam forte a dignidade e os direitos pessoais dos consumidores. Tal movimento ganhou repercussão e importância, logo ultrapassando os limites territoriais norte-americanos, alastrando-se pelo mundo – já que também buscava uma melhora na qualidade de vida da sociedade.

Passo a passo o modelo industrial foi se consolidando cada vez mais: Mesmo sem rumo seguiu o comércio. Isso fez com que o movimento consumerista também se adequasse a essa nova realidade econômica e social: para se defender de forma eficaz valia-se tão só de um sistema normativo já defasado. Percebeu-se ao redor do mundo, então, que os consumidores necessitavam de uma proteção especial pelo Estado.

Surgiu nesta época uma organização independente sem fins lucrativos que visava harmonização entre as atividades das organizações de consumidores em diversos Estados, isto no afã de proteger e promover os interesses dos consumidores em todo o mundo: a IOCU

(*International Organization of Consumers Unions*)¹⁶, composta pela Holanda, Bélgica, Áustria, EUA e Reino Unido.

Tem sido apontado como marco inicial desse novo direito de o consumidor ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado a mensagem do presidente Kennedy¹⁷. Foi aí, sem sombra de dúvidas, que o movimento consumerista ganhou especial impulso, quando aos quinze dias de março de 1962, o então presidente norte-americano John Fitzgerald Kennedy, consagrou o que seria o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor. Na oportunidade enviou uma mensagem especial para o Congresso Americano destacando a proteção aos interesses dos consumidores, reconhecendo como seus direitos fundamentais: a proteção e segurança contra a comercialização de produtos nocivos à saúde e à vida; a informação adequada sobre a melhor utilização do produto; o direito à opção, assim enfrentando o poderio de grandes grupos, sob o prisma de ser a concorrência favorável ao consumidor; e ainda o direito a ser ouvido, sendo este ponto preponderante na elaboração de políticas públicas e de procedimentos de regulamentação.

Ainda neste apanhado histórico, outra atuação a merecer especial destaque versa sobre a comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas que, em sua 29ª sessão em Genebra, no ano de 1973), reconheceu o que hoje se tem como direitos básicos do consumidor¹⁸: a segurança, a integridade física, a intimidade, a honra, a informação e o respeito a dignidade humana dos consumidores. Cavalieri Filho, ao descrever os primeiros movimentos em prol do consumidor, em sua obra Programa de Direito do Consumidor (p.6), lembra que neste mesmo ano de 1973, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa promulgou a Resolução nº543, em que se elaborou a Carta de Proteção do Consumidor, em que se cuidou de assegurar, também como direito básico, o direito a prevenção e reparação dos danos.

Tal carta serviu, inclusive, de subsídio para a Resolução do Conselho da Comunidade Europeia (data de 1975), a qual assentou os direitos dos consumidores em cinco categorias: i. Direito de proteção da saúde e segurança; ii. Direito à proteção dos interesses econômicos; iii. Direito a reparação dos prejuízos; iv. Direito à informação e à educação; v. Direito de ser ouvido.

Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), no ano de 1985, através da resolução 39/248 adotou os Direitos do Consumidor, enunciando-os como Diretrizes das Nações Unidas e conferindo-lhes, simultaneamente, legitimidade e reconhecimento internacional.

¹⁶ Atualmente *Consumers International – CI*;

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 1.ed. Editora RT. São Paulo. 2008. p.24

¹⁸ Art. 6º. da Lei 8.078/90 (CDC).

No Brasil¹⁹, surgiu em São Paulo o primeiro PROCON no ano de 1976²⁰, intitulado “grupo executivo de proteção ao consumidor”. Ano seguinte, lá se instaurou a Secretaria Estadual de Defesa do Consumidor, a qual foi extinta em 1991, quando passou a integrar a Coordenadoria Estadual de Proteção ao Consumidor (órgão coligado à secretaria de Justiça e da Cidadania); todavia manteve-se o PROCON, cuja instituição se espalhou e até nossos dias permanece atuante em diversos municípios do Brasil.

O PROCON foi o início de uma caminhada e ganhou amplitude e respeitabilidade assim conquistando espaço por todo território nacional, sendo certo que hoje existem sedes nas principais cidades do país. Mas outros órgãos de proteção do direito do consumidor também foram criados, dentre eles destacam-se os seguintes: Promotorias de Justiça Especializada em Defesa do Consumidor; Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça; Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon); e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IEDC); dentre vários outros.

O reconhecimento da essencialidade do Direito do Consumidor, portanto, gradativamente veio ganhando projeção. A evolução tecnológica fez com que o consumo em massa ganhasse a predominância do mercado, de tal forma que o fornecedor rapidamente se colocasse num patamar de superioridade, já que na mesma medida em que se fortalecia técnica e economicamente, o consumidor, no seu giro, enfraquecia-se, pois sua liberdade de escolha ficava cada vez mais tolhida. Não mais tendo acesso direto ao fabricante, o consumidor teve de se sujeitar aos contratos do tipo de adesão, ou então sujeitar-se a deixar deter acesso aos bens de consumo, dos quais necessitava.

Com efeito: a sociedade evoluiu e clamou por direitos que fossem compatíveis a nova tônica das conquistas sociais. A proteção da relação de consumo, enfim, seria consagrada através da promulgação da nova Carta Cidadã – tão açodadamente aguardada e festejada quando de sua chegada.

Verificando a problemática com cabal atenção, constatou Cavalieri Filho que a reestruturação da ordem jurídica nas relações de consumo passava por algo muito mais abrangente do que uma mera atualização pontual da lei. Na realidade, destaca o citado autor,

¹⁹ Especificamente, observa que o Código Comercial de 1840 continha direitos e obrigações acerca dos usuários de embarcações. Mais: o Código Civil de 1916, no artigo 1245,¹⁹ já estabelecia a responsabilidade do fornecedor. Também a antiga Carta Constitucional de 1934 estabelecia regra protecionista à economia popular e a lei 1521/1951 editou dicção normativa sobre a Economia Popular, assim aprofundando maior proteção ao consumidor.

²⁰ O PROCON – Fundação de Proteção Defesa do Consumidor - desempenha papel fundamental na proteção ao consumidor, principalmente quanto à orientação, informação e em ações voltadas aos conflitos surgidos na relação consumidor-fornecedor. Seus objetivos concentram-se, dentre outros, em definir a política estadual de proteção ao consumidor, receber, analisar e encaminhar reclamações, sugestões ou propostas de entidades representativas, informar, conscientizar e motivar o consumidor através de programas específicos.

exigia uma nova postura jurídica capaz de permitir o delineamento de um novo direito, fundado em princípios modernos e eficazes. E foi assim que, nos principais países do mundo, após longa e criativa atuação jurisprudencial, foram editadas leis específicas para disciplinar as relações de consumo, entre os quais o Brasil.²¹

A proteção da relação de consumo, portanto, revelou-se uma importante meta a ser alcançada pelo Estado, sendo assim o Direito do Consumidor²² veio a lume com o escopo de suprimir a desigualdade entre o fornecedor e consumidor, restabelecendo aquele velho equilíbrio que um dia existiu entre as partes.

A busca pela equalização da relação de consumo ganha especial atenção ao se perceber que, caso continuasse a prevalecer a soberania unilateral do fornecedor, como abuso do poder econômico e práticas opressivas de mercado, todo o sistema produtivo poderia ser ameaçado.

O Estado, arraigado em sua função de construção social e de concretização da cidadania, chamou para si o controle da situação, passando a intervir nas relações de consumo, traçando diretrizes para coibir excessos e proteger o consumidor.

O vocábulo cidadania vem de cidade; de lá vem também o termo política; Vale dizer, então, que a cidadania é o exercício do ser político do homem. Cidadania significa, em outras palavras, a convivência coletiva na cidade. Mais: cidadania é o interesse individual diretamente ligado ao interesse coletivo e vice-versa. Se, em um prato da balança a cidadania é tudo aquilo que caracteriza o homem, em o outro prato ela é o compromisso de cada homem, na medida em que cabe a cada um a obrigação humana de exercê-la pela participação.

Pode-se definir a cidadania da como sendo o exercício pleno dos direitos e deveres das pessoas, num contexto onde os mesmos direitos e deveres são garantidos e respeitados. Concebe-se a cidadania com a cabal materialização dos preceitos constitucionais. Por isso parte da doutrina sustenta que:

“Os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia.”²³

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...Op.cit.p.8.*

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...Op.cit.p.9*

²³ MELO, Milena Petters. *Cidadania. Subsídios Teóricos para uma Nova Praxis in Direitos Humanos como Educação para a Justiça* São Paulo: LTr, 1998,p.32.

A Constituição Federal de 1988, que sancionou a democracia brasileira, consagrou de vez a proteção ao consumidor ao inserir em diversos segmentos, importantes diretrizes de amparo à soberania. A defesa do consumidor assim se fez presente sob a égide de garantias individuais, e preceito fundamental da ordem econômica. Ainda assim uma lei de regência, especial, era necessária, de forma que regulamentasse a relação de consumo – foi o que determinou o artigo 48 dos atos das disposições transitórias da CF. Em 12/03/91 veio à lume, então, o CDC – Código de Defesa do Consumidor (CDC ou Lei nº8.078/90). Tal auspicioso *codex* além de estabelecer conceitos, princípios, regras procedimentais, sanção administrativa, civil e até penal, também trouxe em sua índole a chancela de criar o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, coligado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Tendo o artigo 48 dos atos das disposições transitórias da CF determinado a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor, evidencia-se que o Código de Defesa do Consumidor, diferentemente das leis ordinárias em geral, tem embrião constitucional. Ele é, neste viés, a concretização da necessidade essencial de se reger o mercado de consumo, tal qual sua importância social impõe.

Portanto, quando se lê o inciso XXXII do art.5º da CF de 1988 – “O Estado promoverá a defesa do consumidor” – , deve-se compreender que a promoção da defesa do consumidor não reflete faculdade, mas sim um dever do Estado, na exata medida que também representa uma garantia fundamental do cidadão. É o “Direito a Proteção” que trata Alexy, descrevendo-o como o direito que os titulares de direitos fundamentais possuem face ao Estado para que este o proteja contra intervenção de terceiros. Ou seja: “devem ser protegidos tudo aquilo que seja digno do ponto de vista dos direitos fundamentais”.²⁴

Com efeito, sendo a proteção do consumidor um direito constitucionalmente garantido, vê-se que a proteção a este direito reflete um direito do cidadão em ser protegido. Em outras palavras: é um dever do Estado e um direito do cidadão. Mais: é um direito potencialmente elevado.

Sabidamente que a inserção desta cláusula de tutela entre os direitos fundamentais, alçou os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Editora Malheiros, São Paulo. 2004 – tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5.ed. alemã -, p.450.

Claudia Lima Marques²⁵, ao tratar do “mandamento constitucional de defesa do sujeito vulnerável, o consumidor (art. 5, XXII DA CF/88) e da elaboração de um microcódigo autônomo e protetivo (art. 48 ADCT/CF/88)”, destacou que:

“a imagem que um sistema jurídico faz de pessoa, a proteção e a tutela que assegura às pessoas, caracteriza este sistema jurídico. Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/88). E se a Pós-Modernidade, segundo Erik Jayme, é a época do pluralismo, com reflexos no direito na pluralidade de leis especiais, de agentes a proteger, de sujeitos de uma relação de consumo, certo é que, segundo este pensador alemão, a este pluralismo se une o Leitmotiv do renascimento dos direitos humanos, do revival da importância dos direitos fundamentais, individuais ou mesmo coletivos, contrapondo-se antinomicamente ao movimento de aproximação econômica e de abertura comercial mundial.”

A referida jurista ainda complementa destacando que o CDC brasileiro concentra-se no sujeito de direitos (e não em atos de consumo), visa proteger este sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir desta ideia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. Por fim ela arremata definindo que o CDC

“É Código (todo construído sistemático) de Proteção (ideia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor !”²⁶

Ao elaborar o CDC, tratou o legislador de estabelecer já em seu artigo primeiro que o referido “Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”²⁷

Normas de ordem pública significam normas cogentes, de tal forma que seus ditames não podem ser ladeados ainda que em consenso pelas partes envolvidas na relação. Portanto, as diretrizes da Lei nº8.078/90 não podem sofrer alterações pelo que a autonomia da vontade fica tolhida ante seu caráter imperativo. Em outro tanto, isso induz ao juiz o dever de aplicá-

²⁵ Trabalho publicado in Revista de Direito do Consumidor. Editora RT. São Paulo. vol. 51, jul.-set. 2004, p. 34-67, palestra com o título de “Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes”, apresentada em Ouro Preto, durante o VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor/Brasilcon, IV Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor e IV Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, intitulados “Regulação e a proteção ao consumidor: o direito a ser ouvido”, organizados pelo Brasilcon e MPCOn, com apoio do DPDC/MJ e UFPO. Fonte: Revista eletrônica da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07. 2004. p.32. Consultado o sitio eletrônico em data de 30 de setembro, no seguinte endereço:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf?sequence

²⁶ Fonte: Revista eletrônica da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07. 2004. p.34.

Consultado o sitio eletrônico em data de 30 de setembro, no seguinte endereço: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf?sequence

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.33.

las *ex officio* mesmo nos casos em que não há pedido expresso da parte. Normas de interesse social são aquelas que estabelecem um grau de amplitude bem maior ao reclamo do consumidor. Tem por finalidade interesse que transcende o interesse meramente particular, são normas que interessam a sociedade.

O CDC revelou-se um verdadeiro microsistema multidisciplinar, porquanto não se limita a especialização de determinadas matérias, tratando de atender muito mais profundamente toda uma área de atuação do direito, estabelecendo novas ramificações jurídicas com normas não só de Direito Civil, como também de Direito Penal, Ambiental, Administrativo e Processual Civil e Penal.

Diga-se ainda que o alcance e eficácia do CDC não se limitam as suas próprias normas, vão além, sobremaneira, atingindo a ordem constitucional que o fundamenta e o assegura. Daí é que se pode dizer que o CDC é uma lei principiológica, que tem como escopo dar efetividade, no âmbito infraconstitucional, aos princípios constitucionais de proteção e defesa dos consumidores.

Miragem bem destacou que o caráter multidisciplinar do CDC faz, portanto, “um corte transversal em diversas disciplinas jurídicas, incorporando em uma só lei aspectos próprios de distintos ramos do direito vinculados logicamente pela ideia-força do CDC, de proteção do consumidor”.²⁸

Diante de tais características, percebe-se que o CDC não criou um sistema jurídico obrigacional e contratual próprio; todo o ordenamento jurídico continua aplicável às relações de consumo, submetido, entretanto, aos princípios nele consagrados, segundo observou Cavalieri Filho.²⁹

Foi no julgamento do Recurso Extraordinário nº351.750, que o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso afirmou que o CDC:

“tem por escopo, não regradar determinada matéria, mas sim proteger certa categoria de sujeito, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos.³⁰ Daí, seu caráter especialíssimo. (...). E como advém logo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há de, em caso de conflito aparente de normas, preponderar o sistema direto protetivo da pessoa em dano do regime jurídico do serviço ou do produto”

Então, leis consideradas especiais com relação a determinada matéria, como exemplo consórcio, são meras regras gerais em relação ao CDC.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit. p.31.

²⁹ CAVALIERI FILHO. *Programa...* Op.cit.,p.15;

³⁰ ART. 7º – Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Pelo visto o CDC cumpriu o papel de preencher o vazio deixado pelo Código Civil de 1916, porquanto não havia proteção ao consumidor na relação de consumo. Aliás, somente com seu advento foi que se definiu legalmente (termos técnicos) o perfil de “consumidor” (art.2º) e fornecedor (art.3º). Tal silêncio quebrado pela lei nº8.078/90 revelou-se, de modo perfeito e acabado, numa importante inovação no ordenamento jurídico nacional – sobretudo porque possibilitou, na relação de consumo, uma paridade de armas entre consumidor e fornecedor (dando alento ao anseio social de maior proteção e assim atendendo à realidade social, política e econômica, então existente no final daquele século).

Mais uma vez destaque-se o voto do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº351.750, que ao prolatar seu voto acabou por conferir uma importante ensinança no trato da matéria vertente, *in expressi verbis*:

“A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art.5º., XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em clausula pétrea (art.60, § 4º, inc. IV)”.

Como visto a equalização da relação de consumo tornou-se, em função de seus regulares avanços alcançados nas duas últimas décadas de vigência do Código de Defesa Consumidor, verdadeiro ponto capital de investida por parte de estudiosos ligados ao tema.

Certo é que a preocupação atinente às relações jurídicas vem de longe. Aristóteles³¹ há muito já tratava de equidade quando buscava o justo - aliás, seu ideal de justiça é dar a cada um aquilo que lhe pertence e, sendo assim, o consumidor tem confiada ao Estado uma segurança plena acerca do direito que lhe garante a guarda e o exercício de sua defesa, consoante a dicção do art. 5º, XXXII da Constituição.

José Reinaldo de Lima Lopes³² sustenta que o direito do consumidor só pode ser bem compreendido se for entendido como um direito distributivo, pois a distribuição significa pegar um todo e dividí-lo entregando a cada um aquilo que lhe cabe do todo. Este todo que perfaz o sistema é visto sob a perspectiva de bem comum, o que se coaduna com a teoria de Justiça fundada por Aristóteles.

O bem comum reflete recursos cuja origem não é privada ou particular e que não foram produzidos por ninguém, tal qual a ação humana como a linguagem porque não foram produzidos por alguém em particular.

A finalidade de um determinado grupo também pode ser compreendida como um bem comum, a partir da perspectiva de que este fim só será alcançado com a participação de

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução Edson Bini. 3.ed. São Paulo. Editora Edipro. São Paulo. 2009. Livro V, p.151 (p.1132 A29 do original).

³² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e pratica*. Ed. Método, São Paulo, 2006, p.141.

todos que detenham o mesmo objetivo comum. O objeto social de uma sociedade também define sua constituição e seus limites, o que permite saber das ações lícitas e ilícitas praticadas por seus administradores, e assim por diante – tudo conforme sustentado por Lopes.

A segurança pública é bom exemplo em que o bem comum é definido como bem coletivo indivisível, e cujo consumo é não-exclusivo. Este bem não pode ser comprado exclusivamente, tampouco excluído do desfrute, de/por alguém, visto tratar-se de um bem coletivo - a partir desta perspectiva.

Com este contexto de coletivo vem também o surgimento dos predadores que aproveitam carona na utilização deste e de outros bens coletivos, dada sua forma indivisa, sem para isso contribuir como os demais para o pagamento do custo deste bem comum. Todos pagam menos eles, ressalta Lopes³³, recordando que os ônus assim como o bem comum também são comuns e distribuídos em quotas e integralizado na sociedade. Desta forma a justiça distributiva revela-se como o ato de dar a cada um a sua parte no mal comum, constituído pelo ônus, e no bem comum representado pelos benefícios.

As diferenças entre justiça distributiva e justiça das trocas, ganham relevo neste contexto. Esta última reflete justiça comutativa, retributiva ou corretiva, com regras próprias definidas para relações bilaterais, e que sucede logicamente a distribuição. Vale dizer, primeiramente acontece a distribuição para, posteriormente haver comutação, retribuição ou correção daquilo que foi previamente distribuído.

O direito do consumidor é reconhecido por como um sistema de distribuição dos bens (ônus e benefícios do mercado). Neste sentido, sustenta-se que a comutação, retribuição e a correção pressupõem de uma distribuição, mas deve-se perceber a necessidade da comutação, ou troca, como um meio de dar sentido as regras de distribuição.

Direito do consumidor como sistema de distribuição deve partir da análise criteriosa sobre o que seria o bem comum indivisível nas relações de mercado. Os custos do mercado são comuns, estabelecendo uma similaridade de ideias deste sistema com o direito do trabalho. Tanto o trabalhador não tem poder sobre a produção da fábrica, quanto o consumidor sobre o mercado de consumo. Tanto o fabricante quanto o operário e o consumidor são vulneráveis aos riscos criados por determinados bens. O comum a ser distribuído são os agregados aos ônus e benefícios do consumo.³⁴

O risco comum é exemplo para descrever o que seria o agregado ao ônus do consumo. Para proteger o consumidor deste risco comum indivisível a que está sujeito,

³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais...Op.cit. p.144.

³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais...Op.cit. p.151.

estabeleceu-se a responsabilidade civil objetiva sem culpa tratada nos artigos 12 e 14 do CDC. Esta responsabilidade pelo custo proveniente de riscos de acidentes ou defeito de fabricação de produtos ou serviços, que deve ser suportado pelos fornecedores, tem um cunho moral voltado a uma solidariedade social, haja vista que não está imbuído de culpa. Mas esta internalização de custos acarreta distribuição entre os consumidores (o que o Autor define como distribuição do ônus do consumo). Vale dizer, o custo de eventuais indenizações serão agregados ao custo da produção que será distribuído entre todos os consumidores.

Sabe-se que não há produção em massa que possa ocorrer sem defeitos. O risco é inevitável. E se para evitar riscos aumenta-se o controle de qualidade, este custo certamente será incorporado e redistribuído ao grupo de consumidores do serviço ou produto em questão.

O risco é calculável e presumível, mas não necessariamente inevitável, criado pela vida coletiva, pela produção social e pela regularidade de produção e que deve ser entre todos repartido³⁵.

O artigo 81, incisos I e II do CDC também reflete situações de interesse difuso e, portanto, indivisível no que tange as relações de consumo, posto que a lesão ao direito ali tutelado prejudica o consumidor de forma geral e não individualizada e, o desfecho judicial beneficia a todos e não apenas o consumidor lesado, conforme bem esclarece Lopes trazendo ao estudo o caso dos consumidores atingidos pela publicidade enganosa, por exemplo. A prática abusiva seria outro exemplo de conflito distributivo, pois segundo o Autor seu efeito e um só e expõe a todos. A ideia de abusividade tem, com efeito, correlação ao abuso de direito.

O espaço público de mercado³⁶ deve ser protegido de práticas discriminatórias próprias das relações privadas. E, para salvaguardar esta proteção do espaço de mercado e, conseqüentemente, atender o que dispõe a Constituição Federal em seus artigos 1º, 5º, XXXII e 170, deve-se primar pela aplicabilidade da justiça distributiva e suas regras, tornando possível alcançar a justiça social, a redução das desigualdades sociais e a proteção dos consumidores que representam a sociedade estruturada a partir de uma ordem econômica.

Para explicar a relação entre o Direito do Consumidor e o problema da reciprocidade, Lopes adota a teoria *Luhmanniana*. Esclarece que os direitos sociais são conceitualmente definidos pelos modernos como direitos fundamentais e que a não reciprocidade faz aparecer o fenômeno da irresponsabilidade quanto aos efeitos perversos do exercício desvinculado destes direitos fundamentais subjetivos. Por esta razão o Judiciário se tornou a via de acesso

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais...* Op.cit, p.152.

³⁶ Assim sustentado por Luciano Benetti Timm em seu artigo intitulado *Direito, Mercado e Função Social*. Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. *Direito e Economia* revista e atualizada, 2, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

para o resgate de uma tradição jurídica pautada pela aplicabilidade da distribuição dos ônus e benefícios dos bens coletivos – como preferem dizer os economistas, segundo Lopes.³⁷

Em outras palavras, o judiciário ao decidir questões relativas a direitos sociais, especificamente aqueles que envolvem lesão ao direito do consumidor, valendo-se da distributividade como embasamento da decisão, estará equalizando a relação de consumo desequilibrada em função da não-reciprocidade desvinculada da responsabilidade social.

A isonomia, sem medo de errar, constitui uma das principais garantias democrática. De igual sorte, como princípio fundamental inato que é, não pode a dignidade da pessoa humana ser relegada a um segundo plano: ela reflete o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo sistema jurídico.

Note-se que em nosso sistema constitucional a isonomia tem função de efetivar o equilíbrio entre os sujeitos (ainda quando entre cidadão e Estado), justamente para dar concretude jurídica à dignidade. *In casu*, nossa carta cidadã traz como fundamento da República, juntamente com a soberania, a dignidade da pessoa humana: funciona como princípio maior para abalizar melhor compreensão dos demais direitos e garantias.

Com efeito, a dignidade da pessoa, como sustentado por Comparato,

“não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado”.³⁸

Pois bem, para que a dignidade da pessoa humana ganhe efetiva proteção e respeitabilidade, no mínimo seus direitos sociais devem ser igualmente prestigiados³⁹. Neste viés, então, há que se garantir um “mínimo vital”⁴⁰ sem o qual não há falar em dignidade da pessoa. Nas palavras de Rizzatto Nunes, “a dignidade da pessoa é um valor já preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa”⁴¹.

Miragem pontifica que, a rigor, todas as pessoas são, num determinado tempo ou em um dado número de relações jurídicas, ‘consumidoras’. Afirma que, nesta perspectiva, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade do consumo.⁴² Este

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais...* Op.cit. p.160.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.21.

³⁹ Em nossa Constituição de 88 tais direitos ficaram consagrados através do artigo Art. 6º (São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição) e Art.225 (Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações).

⁴⁰ Termo utilizado pelo Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo, em seu artigo *Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade*, REVISTA CEJ, V. 3 n. 8 mai./ago. 1999. *Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade*.

⁴¹ NUNES, Rizzatto, *Curso...* Op.cit., p.25.

⁴² MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit., p.39.

reconhecimento jurídico de grupos ou de categoria, explicado por Claudia Lima Marques, erige-se numa das características distintivas da Pós-Modernidade: a busca de um *status* jurídico diferenciado com o intuito de autoproteção⁴³.

Assim, reconhecendo a inafastabilidade dos direitos fundamentais, indissociável destes será a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, e da correlata realização de uma necessidade humana básica (mínimo): a necessidade do consumo na sociedade de consumo. Por atender a uma necessidade humana é que se pode afirmar, com segurança, que o Direito do Consumidor não adensa propósito de estabelecer uma proteção tendente a vulnerar o princípio da igualdade jurídica, mas, sim, ao contrário, impõe um reequilíbrio, uma relação destituída de qualquer desigualdade. É, como se vê, a busca do justo pelo modo justo.

Justiça social reflete, neste contexto, respeito ao “mínimo vital”. No mesmo sentido, tem-se que a justiça se soma ao princípio da intangibilidade da dignidade humana, como fundamento de todas as normas jurídicas no mesmo espaço em que se percebe que toda e qualquer relação jurídica (sobretudo a de consumo) deve ser arrimada numa ordem justa. Conclui-se, aqui, que a equidade supre os abusos decorrentes do caráter absoluto do texto legal, sendo ela, no entanto, a justiça levada a cabo no caso concreto. Em se tratando de “Direito do Consumidor” fica fácil perceber que a equidade representa o justo.

Ainda trilhando pela seara da dignidade, vê-se que se a Constituição Federal apregoa a erradicação da pobreza como fundamento da República, e isso ganha especial repercussão em sede de relação de consumo. É que, nitidamente, na grande maioria das vezes uma das partes é pobre em relação a outra. Sobretudo no Brasil, onde a pobreza domina um bom nicho entre as classes sociais. É item que constitui elemento a ser ponderado para análise do sistema jurídico nacional (quicá mundial), pois sempre necessária é a busca de hipóteses para suplantá-la. A Constituição pulsa, veemente, neste importante tema, haja vista a imposição de um piso “vital mínimo” de cidadania e estabelece assistência a quem precisa como direito fundamental (Art.6).

Sabe-se que um bom número da população consumidora é pobre. Assim sendo, não se pode fazer tábula rasa frente a tal constatação, sendo necessário compreender que o mercado envolve frágeis cidadãos a serem bem protegidos contra mãos de ferro – antes tão comuns, agora sob controle e combatidos seus excessos. Frisantes exemplos sobejam nas providências frequentes contra abusivos protestos (rol de maus pagadores), cortes de

⁴³ MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo. Editora RT. 2002. p.89.

fornecimento de água, luz, telefone, etc., mesmo sem confirmação do débito, cujo atraso é imputado e embora muitas e muitas vezes já pagos.

Bauman trabalha a ideia de que o consumidor constrói, agora, seus projetos de vida com base nas eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Assim, se, antes, ser pobre era não ter trabalho ou não conseguir o salário desejado, agora ser pobre é estar alijado do consumo que deseja ou é estar excluído do consumo⁴⁴.

Os direitos fundamentais, conforme apontado pelo melhor escólio doutrinário constitucional, constroem a tônica valorativa e lógica sobre a qual se apoia o sistema jurídico; bem por isso, posicionam-se em situação elevada as demais prescrições legais que compõe o ordenamento. Contudo, os princípios devem ser interpretados de forma harmônica, sendo, no entanto, necessário desenvolver um exercício de interpretação, também delimitar suas diretrizes para que um não fira o outro, evitando-se, assim, possível autoexclusão.⁴⁵

Porém isso não significa dizer que um princípio ou ordem legal restrinja a amplitude de outro princípio ou norma. Ainda que se parta do pródomo de que a “dignidade da pessoa humana” é um princípio excludente de qualquer outro que possa atingí-lo, mesmo assim essa constatação não afeta outros princípios: apenas demarca os limites a que devem ser interpretados.

Num breve apanhado conclusivo, saudável será rememorar alguns princípios constitucionais até aqui destacados, que contém afinidade com o tema “Direito do Consumidor”: garantia absoluta da dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e livre iniciativa; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza, igualdade de todos perante a lei.

Analisando-se este rol de princípios verifica-se de todo absoluto o encaixe harmônico com os princípios gerais da atividade econômica, já que nossa democracia está fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os princípios da defesa do consumidor.⁴⁶

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro. 1999, p.11-13: Afirma que na fase atual da pós-modernidade e de queda do Estado Social ou de bem-estar, o trabalhador teria sido substituído pelo consumidor.

⁴⁵ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op.cit.39, e MIRAGEM, Bruno, *Direito...* Op.cit.p32.

⁴⁶ CF88: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O art.170,V da CF 88, incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da Ordem Econômica e, assim sendo, no mesmo status dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência e outros (o art.24, VIII, atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor; e o art.150, §5º, dispõe que a lei determinará medidas para que o consumidores sejam esclarecidos acerca de impostos que incidam sobre mercadorias e serviços).

A atividade econômica, por sua vez, como fundamento que também decola da Constituição, harmoniza-se com os demais princípios de ordem maior: coloca limites à exploração do mercado, ainda que, ao mesmo tempo, se permita a livre iniciativa. Isso se dá pelo simples motivo de que o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador, mas à sociedade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO MELLO, ao decidir polêmica questão suscitada na Adin. nº2.591/2001,⁴⁷ bem destacou que

“a função tutelar resultante da cláusula constitucional de proteção aos direitos do consumidor projeta-se, também, na esfera relativa à ordem econômica e financeira, na medida em que essa diretriz básica apresenta-se como insuprimível princípio conformador da atividade econômica (CF, art.170,V). Dentro dessa perspectiva, a edição do Código de Defesa do Consumidor – considerados os valores básicos concernentes à proteção da vida, da saúde e da segurança, e relativos à proteção contra a publicidade enganosa, dentre outros – representou a materialização e à efetivação dos compromissos assumidos, em tema de relações de consumo, pelo Estado brasileiro.”

A livre concorrência tem o condão de impingir ao empreendedor limites criados por outros empreendedores e pelo próprio mercado. É concorrência mesmo, na verdadeira acepção da palavra. Como sabido, o mercado é composto por exploradores da atividade econômica e por consumidores. Conforme já citado não há falar em mercado sem consumidor, e, exatamente por isso, um dos princípios norteadores da livre concorrência é a defesa do consumidor. Nenhuma exploração deve ferir direito a ele consagrado. Ao empreendedor o interesse social impõe que se ofereça o melhor de sua exploração.

Neste contexto, percebe-se que a livre concorrência se estabelece como uma segurança do mercado e, portanto, do consumidor. Significa, em outras palavras, que as ofertas devem ser pela melhor qualidade e menores preços possíveis. Aliás, a iniciativa de

⁴⁷ A controvérsia dizia respeito à incidência ou não do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações ditas de Direito Econômico, nomeadamente às de natureza bancária, financeira, securitária e de fornecimento de crédito, tendo como impetrante a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que foi representada pelo jurista Ives Gandra S. Martins.

empreender é livre; o lucro é consequência lógica e legítima; mas o risco da atividade é unicamente do empreendedor⁴⁸.

A opção da legislação de proteção do consumidor em todo mundo, é o da responsabilização de natureza objetiva dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. Como bem pontuou Miragem,⁴⁹ a *teoria do risco*, neste viés, surge para resolver questões que a *teoria da culpa* não tem o condão de fazê-lo, em face da complexidade da vida moderna. A realidade social e econômica da sociedade de consumo de massa é substancialmente distinta da realidade anterior, isso porque o causador do dano não é mais um indivíduo, mas uma organização, uma empresa e a vítima, por seu turno, não é mais um consumidor individualizado, mas uma massa ou grupo de consumidores, um “conjunto indefinido de pessoas que estão no mercado”, conforme sustentou Lima Lopes (*Responsabilidade Civil do Fabricante*, p.13), citado por Miragem.⁵⁰

De tudo quanto exposto pode-se concluir que o preceito constitucional da livre concorrência visa, em essência, oferecer ao consumidor melhores serviços e produtos por menor preço; significa dizer: mais eficiência, segurança, economia. É, em sentido elástico, reconhecimento de que o consumidor comparece, de regra, como a parte vulnerável (até hipossuficiente) no mercado de consumo⁵¹. Muito natural esse pormenor, já que não participa da cadeia produtiva, donde a rigor, desconhece nuances usuais e técnicas acerca do bem de consumo.

Tudo isso repousa em bases de eminência constitucional como obra que é da harmonização dos princípios e garantias constitucionais da defesa do consumidor, parte do impositivo e cintilante feixe que engloba a livre concorrência, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a função social da propriedade, e a promoção do bem comum; todavia, destaque-se, sempre sob o manto do princípio maior que forra de garantias a dignidade da pessoa humana.

Na mesma concepção, Miragem bem assevera que o fundamento constitucional da ordem econômica não deve ser observado apenas pelo aspecto proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio⁵².

⁴⁸ Teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor inculpada em nosso CDC, artigo 12.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit., p.256.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit., p.251.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit., p.47.

⁵² MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit., p.41.

Em outro prato da balança: quando se trata de mercado de consumo e suas questões atinentes à garantia da ordem econômica, devem emergir a superfície do debate a figura do empresário.

Muito se fala sobre a proteção do consumidor, já que é parte fraca na relação de consumo ante sua vulnerabilidade presumida (pois não participou da cadeia produtiva); todavia, também é certo que o fornecedor cumpre papel especial neste enredo. Ora, a busca do lucro é perfeitamente admissível, mas limites devem ser impostos, e isso legitima o Estado a coibir eventuais abusos danosos aos consumidores. Têm, estes, na população do país, peso maior que o dos trabalhadores – como ponderou Gabriel Saad, acrescentando: “só nos resta concluir que o CDC é compatível com o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.”⁵³⁵⁴.

Como é sabido, o fornecedor é agente indispensável para o aquecimento econômico de qualquer Estado. Ademais, é ele quem supre o desejo de consumo por parte do destinatário final de seus produtos, o consumidor. Certo também que o mercado só está aberto em benefício da sociedade, não se podendo olvidar, no entanto, que o comerciante deve merecer incentivos em atividades diversas das abusivas em algumas relações de consumo. Afinal, enfrentam a fúria tributária, encargos sociais, trabalhistas, previdenciário, etc.(havendo casos em que parecem compelidos a puxar o trem e pagar a passagem). Nada haverá de livrá-lo, todavia, malgrado esses apontamentos, da responsabilidade pelos danos que causem a quaisquer consumidores quando procedem em desacordo com os princípios éticos e legais previstos no sistema normativo de proteção ao consumidor.

Deve seguir regras rígidas que lhe imponham responsabilidade por atos deste jaez, de modo que não cause dano ao mercado e nem à sociedade mediante prática de dominação no comércio. E seu lucro, apesar de legítimo, não pode ser ilimitado: não se admite que riscos de certas contramarchas venham a ser repassados ao consumidor.

Não comporta reparo algum, o sentido rigoroso da lei editado para salvar a pele do consumidor, quando espoliado pelos maus fornecedores: ela cuida de questões voltadas à saúde e à vida, estabelecendo – em complemento – ditames para a ordem econômica dos Estados.

⁵³ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁵⁴ SAAD, Eduardo Gabriel, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 5.ed. LTR. São Paulo.2002, p. 31.

Consequência disso é o aumento do custo de produção visando agregar mais segurança ao consumidor. E isso acarreta, nos países onde a legislação é mais protetiva, elevação de preços. É justamente o que comenta Gabriel Stiglitz,⁵⁵ quando diz:

"Concretamente, porque quien responde en ciertas circunstancias, aun en ausencia de culpa, incluye en los costos generales de producción los eventuales resarcimientos derivados de la defectuosidad de los bienes comercializados, conformando un rubro sumamente incidente sobre la fijación de los precios. Entonces nace una disparidad de los costos con relación a quien solo responde de un obrar culpable, creándose, por tanto, condiciones desiguales de concurrencia entre productores de diversos países".

Essa diversidade na concorrência entre os países diversos desencadeia numa série de obstáculos à efetiva integração econômica, na exata medida em que o Estado, com legislação mais protetiva (como exemplo o caso do Brasil em relação aos países membros do Mercosul⁵⁶), tem de intervir para assegurar que seus fornecedores não sofram demasiados prejuízos em defesa da qualidade e segurança dos produtos e da proteção ao consumidor.

Também é de se ter em vista que nos últimos tempos a proteção do consumidor alcançou destaque no cenário do direito internacional, sobremaneira em razão do aumento de tratados comerciais além da formação de blocos econômicos (que se integram na busca de crescimento do comércio externo). Contudo, para não se criar obstáculos desnecessários à mercancia, a proteção do consumidor tem sido apenas tratada pelos diversos países como forma de defender a concorrência leal e o próprio sistema capitalista.

Ainda sobre direitos fundamentais, em conexão com a transnacionalização dos direitos, oportuna é a lição de Ferrajoli sobre a internacionalização dos direitos fundamentais. O Autor italiano assevera que:

*"depois do nascimento da ONU, e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, esses direitos não são mais "fundamentais" somente no interior dos Estados em cujas constituições são formulados, mas são direitos supraestatais, aos quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do direito internacional; não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias"*⁵⁷.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, à luz da obra de J.J. Canotilho, descrevem que o Estado Democrático de Direito teria como princípios básicos:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado

⁵⁵ STIGLITZ, Gabriel Alejandro. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1986. p. 9

⁵⁶ A diferença protetiva entre as leis consumeristas será abordada no capítulo segundo deste trabalho, através de um breve estudo comparado.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011. p.30.

antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Divisão de Poderes ou de Funções; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e Certeza Jurídicas.⁵⁸

Streck descreve o Estado Democrático de Direito como um elo indissociável à concretização dos direitos fundamentais, ao qual dá o nome de ‘*plus*’ normativo. Para ele o Estado Democrático surge para complementar as lacunas deixadas pelos modelos que o antecederam, de forma a resgatar as promessas da modernidade consistentes em prover direitos humanos, justiça social e igualdade⁵⁹.

Neste viés, importante destacar que o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito deve estar assentado em um ‘binômio democracia e direitos humanos-fundamentais-sociais de modo a atender as promessas da modernidade, segundo a concepção de Bolzan de Moraes⁶⁰.

A preocupação dos juristas quanto a questões inerentes aos interesses transindividuais, dentre os quais destaque-se os direitos do consumidor, tem aumentado consideravelmente nos últimos tempos. É o que defende Bolzan, lembrando a lição de Bobbio, quando afirma que a preocupação com estes direitos de ‘terceira geração’, decorre das transformações do Estado moderno.

Bolzan⁶¹ com base na teoria de Bobbiana afirma que

“nos últimos anos tem-se acelerado o processo de multiplicação dos direitos, e o justifica com base em três razões principais: primeiro, porque teria havido um aumento de bens a serem tutelados; em segundo, porque teria aumentado o número de sujeitos de direito e, enfim, por terceiro, porque teria havido também uma ampliação do tipo de *status* dos sujeitos.”⁶²

Bobbio sustenta que:

“... os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - (...) - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências...”⁶³

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2006. p.98/99.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002. p.127/128.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência Política ...Op. cit.*, p.108.

⁶¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais...Op.cit.*, p.160.

⁶² BOLZAN DE MORAIS. José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1996.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

Assim, percebe-se que o tema ‘defesa do consumidor’ está absolutamente ligado aos direitos fundamentais, o que implica numa questão de enorme envergadura jurídica. Supera, note-se, o espaço territorial de qualquer Estado-Nação; sobretudo neste terceiro milênio em que o fragor da globalização revela-se inarredável.

Pois bem, modernamente ser cidadão não se limita apenas em se ter direitos e deveres. Esta singela, porém preciosa definição (direitos e deveres) tem correlação com a Carta de Direitos da ONU (1948). Nela afirma-se que todos os homens são iguais perante a lei, independente de raça, credo e etnia. Confere-se o direito a um salário digno, à educação, à saúde, à habitação e ao lazer. Assegura-se o direito de livre expressão, de militar em partidos políticos, sindicatos, movimentos e organizações da sociedade civil. Contudo, exercer a cidadania nos dias atuais significa ter participação ativa na sociedade: organizar, somar esforços, e buscar soluções para os problemas sociais onde o sujeito esta inserido.

Em síntese: para o exercício pleno da cidadania, torna-se inafastável que a defesa do consumidor seja eficiente. No Brasil o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, ganhou *status* de princípio constitucional (CF, arts.5º, XXXII; 170, V)., porquanto encontra fundamento na Constituição, pois regula um princípio constitucional – a defesa do consumidor – e foi editado por expressa determinação constitucional (ADCT, art.48), conforme pontuou Cavalieri Filho.⁶⁴

2.2 Eficácia e Alcance do Direito do Consumidor - Paradigmas em movimento: surgimento de uma *vulnerabilidade especial* e a equalização da relação de consumo na contemporaneidade

Razões sobejam, por conseguinte, para perceber, desde logo, que o Direito do Consumidor é tema de suma importância na atualidade; por essa razão muito cativa e impulsiona estudos jurídicos, mundo afora. A expressão “Direito do Consumidor” é como um fecho de luz direcionado a uma nova complexidade jurídica identificado, em muitos sistemas, com a realização de um ato de consumo; ou, pelo menos, a entremostar que o sujeito interveio ou se expôs⁶⁵ as relações havidas no mercado de consumo. É evidente que a

⁶⁴ CAVALIERI FILHO. *Programa...*Op.cit.p.13.

⁶⁵ Conforme estabelece expressamente o direito brasileiro nos artigos 2º e § único (Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo), 17 (Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento) e 29 (Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas) do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90);

sistemática jurídica do Direito do Consumidor tem origem a partir da existência do mercado⁶⁶, como fenômeno inerente às realidades histórica e econômica, contemporaneamente. É justamente a sociedade de consumo⁶⁷ que fundamenta o porquê da existência do Direito do Consumidor como complexo normativo próprio, que tem finalidade especial de regular o complicado sistema de trocas massificadas de bens de consumo, tudo com olhares atentos à parte vulnerável.

Por conseguinte, vê-se que a finalidade precípua do Direito do Consumidor é afastar a desigualdade, porquanto injusta, entre consumidor e fornecedor, de tal forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes. Atribui-se⁶⁸ a Henry Ford a seguinte passagem: “O consumidor é o elo mais fraco da economia: e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco”.

Isto porque, notadamente, sem a necessária equalização na relação, todo sistema produtivo estaria em risco, de tal forma que, movido por considerações sociais e políticas, o Estado passou a intervir ajustando o mercado contra abusos econômicos. Decorre daí a constatação de que o consumidor é vulnerável, posto que no Direito, vulnerabilidade é o princípio em que o sistema jurídico brasileiro reconhece a existência de uma parte mais fraca na relação de consumo. Por isso se diz que a presunção da vulnerabilidade do consumidor é absoluta, por conseguinte independe da classe social ou cultural a que pertença.

A Vulnerabilidade, portanto, é o requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor conforme ditou Cavallieri Filho⁶⁹, acrescentando ainda que a vulnerabilidade está na origem da elaboração de um Direito do Consumidor; é a espinha dorsal que sustenta sua filosofia. É que reconhecendo a desigualdade existente, busca-se estabelecer uma igualdade real entre as partes da relação. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável.

A vulnerabilidade está sempre presente na relação de consumo, como elemento básico e não se confunde com a hipossuficiência. Sintetizando: vulnerabilidade é o princípio pelo qual o sistema jurídico posto reconhece a existência e um pólo mais fraco na relação, exposto (vulnerável) a ser ofendido na sua incolumidade física ou psíquica, também no seu âmbito econômico, por parte do sujeito mais forte da mesma relação.

⁶⁶ Produção, comercialização e consumo.

⁶⁷ Com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas;

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...*, contracapa.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa ...*, Op.cit., p.8;

Aliás, corolário lógico da existência e aplicação de uma lei protetiva, justamente, é o reconhecimento de uma relação manchada pelos tons da desigualdade; isto porque, notadamente, numa relação por si só equalizada, não se justifica a intervenção de outros fatores que possam privilegiar apenas uma parte, porquanto aí sim estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade.

Definiu Antônio Herman V. E Benjamin, em prefácio da obra de Paulo Valério Dal Pai Moraes⁷⁰ que o princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica. Ainda neste turno, afirmou que:

“A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor”.

Vulnerabilidade pode decorrer de um conjunto de situações complexas que situam a pessoa numa condição de inferior, carente, necessitada. São circunstâncias que impossibilitem-na de responder com seus próprios recursos a determinada demanda que vive e a afeta. Isso é corriqueiro na relação consumerista.

Roberto Senise Lisboa⁷¹ descreve a vulnerabilidade do consumidor como característica de

“presunção absoluta no mercado de consumo, em face do fornecimento dos produtos e serviços e do domínio da tecnologia e da informação que o fornecedor possui sobre eles”

E esclarece, ainda o mesmo autor, ser imperativo lembrar que a vulnerabilidade não se constitui, necessariamente, no critério legal para a definição do consumidor e da relação de consumo, pois é ela um *posterius*, que surge como consequência do reconhecimento da existência da relação de consumo.

A vulnerabilidade, de modo abrangente, pode ser compreendida como a condição de risco em que uma pessoa se encontra. Assim o é na relação de consumo, à vista de que o consumidor está em desvantagem em razão ao fornecedor, e isso se dá pelo simples fato de que o consumidor não participa da cadeia produtiva, de modo em que se encontra em situação desprivilegiada, pois não conhece a forma como o produto foi concebido.

Diz Miragem que aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços sem ser aquele que os produz ou promova sua prestação, razão pela qual não possui o domínio ou a expertise

⁷⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.10.

⁷¹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p.165.

sobre a relação⁷². O mesmo autor conceitua vulnerabilidade no direito como à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.

Para Moraes, o princípio da vulnerabilidade

“decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado, na forma já comentada no item específico sobre este último princípio, que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem.”⁷³

Neste ponto Miragem⁷⁴ destaca que a compreensão do Direito do Consumidor passa não por uma crítica da sociedade de consumo, senão pela constatação da necessidade de regulação dos comportamentos que nela se desenvolvem, em vista da proteção da parte vulnerável. Além disso, outra diretriz fundamental inata do sistema consumerista é a promoção e proteção da igualdade entre os agentes, a chamada educação para o consumo⁷⁵, tendo como finalidade o aperfeiçoamento do mercado de consumo, por intermédio da regulação e orientação comportamental de seus sujeitos.

As reviravoltas do direito contemporâneo⁷⁶ têm direcionado para o surgimento de inovações normativas à guisa de equalização⁷⁷ das relações manchadas pela tinta da desigualdade. O Estado deve cumprir sua função e intervir em proteção da parte, trazendo o carro de volta aos trilhos. Ou seja: deve censurar as questões fáticas de desigualdade.

Com o crescimento das relações sociais e o conseqüente surgimento do consumo de massa⁷⁸, o Direito do Consumidor ganhou, portanto, forte relevo: tornou-se objeto de especial

⁷² MIRAGEM, Bruno, *Direito...* Op.cit.p.63.

⁷³ MORAES. Paulo Valério Dal Pai. *Código ...*Op.cit. p. 96 e 97.

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno, *Direito...* Op.cit.p.33.

⁷⁵ A sociedade contemporânea atravessa momento de quebra de paradigma, da qual o ‘antropocentrismo’ abre espaço para o ‘biocêntrismo’, tal qual é a importância que se dá atualmente ao ‘ambiente’. Bem por isso, antigos padrões comportamentais de consumo (surgidos pelo sistema capitalista) devem ser ponderados, sob pena de dano irreversível ao nosso *habitat*. A educação ‘para o consumo’, pois, possui inarredável função na proposição de uma nova mentalidade, porquanto nova postura de comportamento é indispensável na conscientização da sociedade acerca de sua responsabilidade social, sempre com olhos voltados no desenvolvimento sustentável de nosso planeta.

⁷⁶ Bobbio cunhou a presente etapa histórica do direito como *Era dos Direitos*, revelando que uma das características da atualidade é a especial atenção que os direitos humanos ganha no plano mundial. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.Nelson Coutinho. 11. ed.Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁷⁷ Com o advento das primeiras normas de proteção do consumidor, já na era do consumo de massa – quando em 1962, no Congresso Americano, o então Presidente John Kennedy invocou a necessidade de proteção do consumidor, defendendo como direito básico à segurança, informação, a livre escolha e o direito de ser ouvido –, o setor empresarial levantou-se em oposição sob o argumento de que um sistema normativo que defende apenas um das partes envolvidas na relação negocial já nasce eivada de desequilíbrio e por isso não pode prosperar. Mas tal oposição aos poucos foi se operando no vazio, pois logo se entendeu que o surgimento deste importante sistema normativo veio a lume justamente para equalizar a relação buscando por as partes em pé de igualdade, eis que numa das pontas da relação se encontra um parte *vulnerável*.

⁷⁸ Surge a sociedade de consumo a partir do desenvolvimento industrial, ao quebrar antigos padrões, tornou mais difícil vender os bens de consumo do que fabricá-los. O excesso de oferta atrelado a uma enorme profusão de bens colocados no mercado levou ao desenvolvimento de estratégias de marketing extremamente agressivas e sedutoras, além das facilidades de

atenção, sobremaneira por parte daqueles que batem às portas do pretório buscando, sob a égide da lei específica, dar cobro a conflituosas desinteligências de cunho negocial, travadas entre consumidores e empresários. Versam, como delinea a própria natureza em trato, sobre tudo quanto diz respeito a bens ou serviços como objeto de insatisfação denunciada pelo usuário e, em contrapartida, atendimento precário, abusivo sobre certos aspectos (no ajuste de contas, por exemplo), enfim: no descaso do fornecedor, a envolver múltiplas situações danosas (quer materialmente, quer moralmente) à parte fraca (de menores recursos) na relação abalada.

Com o advento da Lei nº8.078 de 1990, ainda há bem poucos lustros em vigor, pelo visto, nova mentalidade se expandiu fazendo vergar os arbítrios e todos os exageros que tomavam, até então, foros de rotina sem rápido e eficaz remédio jurídico para coibir ou pelo menos moderar os invasivos pisoteios. Corria, a rédeas soltas, os interesses prevalentes do fornecedor sem um mínimo de resistência oferecida ao consumidor para equilibrar as posições em qualquer eclosão de desajustes entre as partes.

A acomodação do legislador acabou, enfim, despertada. Quase dois anos após a Constituinte de 1988 veio a lume o Código de Defesa do Consumidor. Miragem comenta que o CDC representa um direito fundamental de proteção:

“A caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro surge da sua localização, na Constituição de 1988, no art.5º,XXXII, que determina expressamente: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”.⁷⁹

Durante seus primeiros anos de vigência não logrou abrir as mentes dos juristas e aplicadores do Direito, pois com reservas adotavam alguns preceitos como se a inovação apenas servisse com efeitos subalternos para cotejamento com o que vinha prevalecendo nos velhos conceitos.

Cavaliere Filho bem ponderou no sentido de que:

“Examinando o problema com profundidade, constatou-se que a reestruturação da ordem jurídica nas relações de consumo passava por algo muito mais abrangente do que uma mera atualização pontual da lei. Na realidade, exigia uma nova postura jurídica capaz de permitir o delineamento de um novo direito, fundado em princípios modernos e eficazes”.⁸⁰

Concentrou-se o CDC em implantar uma Política Nacional de Consumo, assim estatuiu expressamente seu artigo 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade,

crédito (quer das empresas industriais e de distribuição, quer do sistema financeiro). Teve origem na *revolução industrial* e ganhou repercussão no *pós-guerra*, aumentando sua incidência com o *avanço tecnológico* e a *virtualização da informação*.

⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.35.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit.,p4.

saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”.

Bruno Miragem ao tratar da vulnerabilidade afirma que:

“soa ilusória a percepção de uma relação fática de igualdade em fenômenos nos quais os agentes econômicos distinguem-se pelo poder econômico ou pelo conhecimento e domínio técnico que dispõe, o que lhes confere determinada dimensão e feixe de prerrogativas no âmbito negocial”⁸¹.

Estabeleceu-se, desde então, um sistema jurídico único e uniforme que, através de normas de ordem pública e interesse social (art.1º), traçou como um de seus objetivos a harmonização das relações de consumo.

Diga-se ainda que o CDC reflete lei de essência cogente – de interesse público e social –, e sendo assim, tem como meta em suas disposições fundamentais não só o crescimento da economia, como também a consolidação do devido respeito ao consumidor.⁸²

Parte-se daí que a Política Nacional das relações de consumo deve ter como base as determinações do art. 4º, incisos I, II, VI, VII, VIII, do CDC, que tratam exatamente da *vulnerabilidade*, da ação governamental de proteção ao consumidor, do princípio da repressão eficiente aos abusos, racionalização e melhoria dos serviços públicos e estudo constante das modificações de mercado. Decorre disso o dever de obediência aos direitos básicos do consumidor, elencados no art.6º, com especial atenção aos incisos V, VII, VIII, X.

Por isso, nas relações de consumo (práticas comerciais e contratos) deve sempre se buscar a harmonia, que também é um princípio básico, pelo que se privilegia o Equilíbrio Contratual e os Fins Sociais dos Contratos. Isso está consagrado no CDC através *do* disposto nos arts. 39, incisos, V e X, 49 e 51, incisos IV, XXIII, XV e parágrafo 1º, incisos I, II e III.

A harmonia das relações de consumo, portanto, caracteriza-se como objetivo maior do CDC, e para alcançá-lo será necessário o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Veja, neste sentido, que objetivo do CDC foi por diversas vezes ressaltado na redação do inciso III, do art.4º, *expressi verbis*:

“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito.... Op.cit.p.37*.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa... Op.cit.,p13*.

Atente-se, neste ponto, que harmonização, compatibilização, viabilizar e equilibrar são palavras-chaves empregadas pelo CDC para definir o seu objetivo, como bem observou Cavalieri Filho⁸³.

O Direito do Consumidor encontrou certa dificuldade inicial para se impor, com firmeza, desde logo, e isso, perdurou enquanto influenciado pela força da ultrapassada memória jurídica. Grande contingente de estudiosos do Direito não teve como costume a investigação dos fenômenos ocorrentes no dia-a-dia da sociedade de consumo. Muitos deles, há que se dizer, formaram-se atrelados à escola clássica do direito privado, cuja estrutura remete ao século XX e é inteiramente moldada ao sistema jurídico anterior à Constituição de 1988.

Sendo o Direito do Consumidor um instrumento de proteção à parte fraca, vulnerável em uma relação de consumo, fácil é perceber seu afastamento das antigas técnicas originárias do direito privado clássico, bem assim dos seus postulados fontanários abordados na escola jurídica do jusracionalismo (séculos XVII e XVIII), reproduzidas nas codificações do século XIX (Código Napoleônico, em especial).

No centro da comentada herança clássica encontra-se o Código Civil, no bojo do qual pulsa o coração da escola calcada em tal exegese. Por isso que só era direito o que estava expresso nesta codificação. Dentre seus postulados de maior envergadura jurídica achava-se a autonomia da vontade, sendo o contrato e o direito à propriedade suas expressões maiores. Configuravam-se pela liberdade de manifestação da vontade e correspondente vinculação ao contrato (*pacta sunt servanda*), como bem destacou Miragem.⁸⁴

Que o diga Cavalieri Filho, quando ainda Desembargador do TJRJ.⁸⁵

“... é forçoso reconhecer que o Código do Consumidor brasileiro veio a lume não simplesmente para atualizar a legislação até então existente, mas sim para criar um novo direito(...). Não se pode dar ao CDC uma interpretação retrospectiva, que consiste, na bela lição de BARBOSA MOREIRA, em interpretar o direito novo à luz do velho, de modo que nada ou quase nada venha a mudar”

A sociedade evolui e o Direito segue as pegadas de cada nova conquista social, sempre na busca de bem avaliar e dosar situações inovatórias suscetíveis de passar, mais cedo ou mais tarde, pelos pratos da balança. Claro que tudo se processa em velocidade relativa, de regra inferior, na medida em que a eclosão de fatos (previsíveis ou não) anteceda as provisões legais sem se incompatibilizar, evidentemente, com princípios de Direito.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit.,p.24.

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.25.

⁸⁵ *Cidadania e Justiça*, Revista da AMB, nº 7, set. 99, p. 22/23;

No século XX, a autonomia da vontade e o princípio da *pacta sunt servanda* foram tomados pelos sintomas da mudança de paradigmas. Miragem destaca mais uma vez esta transformação ao longo do final do século XIX e no decorrer do século XX.⁸⁶ As consequências do pós-guerra (sobretudo na Europa) fizeram com que conflitos surgissem e seus efeitos sobre os contratos pactuados repercutissem nos (in)adimplementos.

Então, em razão de circunstâncias supervenientes a celebração contratual (que impossibilitaram o cumprimento das obrigações) a escola francesa deu, mais uma vez, um passo à frente e lançou, na ciranda jurídica, a denominada “teoria da imprevisão”. Esta foi aos poucos ganhando espaço e prestígio no mundo jurídico, de tal sorte que a possibilidade de revisão passou a superar a premissa originária, atrelada ao princípio do *pacta sunt servanda*, como asseverou Cavalieri Filho.⁸⁷

Deste modo é que se passou a entender o caráter autônomo, independente e absolutamente intangível do Direito do Consumidor, e assim o nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC) ganhou especial visibilidade no cenário do sistema jurídico nacional como comando de regência e não simples peça de retoque.

Enfim, o ordenamento jurídico enfrentou a questão e bateu de frente contra arbítrios tão ostensivos, verdadeiras abusividades gritantes que sempre imperavam entre nós até o advento providencial deste código (que veio para mudar, não para simplesmente completar tudo quanto até então em vigor no trato de questões atinentes a relações de consumo).

Goethe⁸⁸, em seu tempo, já alertava que “as mentes de algumas pessoas eram como botas de sete léguas, cobrindo com dois passos a mesma distância que os comuns dos mortais percorrem num dia inteiro”. Infelizmente alguns fornecedores calçam, até hoje, aquelas botas quando da elaboração de contratos, como era de costume antes do providencial advento do CDC. Salvando a pele dos explorados, a Lei nº 8.078 de 1990 ajudou a mudar essa mentalidade.

É por isso que agora já se pode, enfim, importar da Índia este dito popular: “O direito é o domínio sobre o poder. Portanto, nada supera o direito. Através do direito, o mais fraco domina o mais forte”. A realidade é que o CDC, desde quando editado, adequou-se às necessidades fazendo o interesse social dar cobro a explorações antes predominantes, assim como sustentado por Cavalieri Filho.⁸⁹ Nasceu ajustado, pois, pulsando em pleno fragor da modernidade jurídica então implantada entre nós, nessa seara do Direito. Veio a lume, bem se

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.26

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit.p.3.

⁸⁸ GOETHE, Johann Wolfgang Von, *Escritos sobre literatura*. Seleção e Tradução: Pedro Sússekind. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2000.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit.p.2.

vê, justamente para viabilizar, nestes tempos em que se está em pleno apogeu da socialização do direito, mudanças que têm em mira, exatamente, o efeito social do contrato.

Tendo como pródomo deste apanhado sustentar o surgimento de uma nova modalidade de vulnerabilidade advinda como reflexo da Desterritorialização do mercado de consumo, há que se conceber que a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, pois é esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor, como bem destacou Miragem.⁹⁰

Tanto a doutrina como a jurisprudência vêm trabalhando com diversas espécies de vulnerabilidade (Moraes⁹¹; Claudia Lima Marques⁹², Cavalieri Filho⁹³. Miragem⁹⁴). Dentre elas se consolidou as seguintes espécies de vulnerabilidade do consumidor: *técnica*; *jurídica*; e *fática*.

A *vulnerabilidade técnica* consiste em não se possuir conhecimentos específicos sobre os produtos (ou serviços) adquiridos, possuindo como ‘tábua de salvação’ apenas a confiabilidade depositada no fornecedor, pois o consumidor não detém de conhecimentos especializados (técnicos) sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo, ao contrário do fornecedor que, justamente em razão de seu domínio técnico, concebeu o produto ou o serviço.

Vulnerabilidade jurídica, por sua vez, segundo Claudia Lima Marques, "é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia"⁹⁵. Para Miragem, trata-se da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes a relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as conseqüências jurídicas dos contratos que celebra. Mas adverte que tal vulnerabilidade é presumida em relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não-profissional, a quem não se pode exigir posse específica destes conhecimentos, diferentemente do que ocorre com o consumidor profissional, pessoa jurídica, pois deste é razoável exigir-lhe conhecimento da legislação e das conseqüências econômicas de seus atos.⁹⁶

A *vulnerabilidade fática*, todavia, tem abrangência maior já que, genericamente, comporta diversas situações concretas de reconhecimento da fraqueza do consumidor ante sua falta de condições em comparação ao fornecedor. Geralmente esta espécie de vulnerabilidade emerge pelo desequilíbrio de meios ou de poderio econômico entre os sujeitos da relação. Outras situações fáticas podem fazer surgir esta *vulnerabilidade*, como é o caso do

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.61.

⁹¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código...* Op.cit.p.115-174.

⁹² MARQUES, Claudia Lima, *Contratos...* Op.cit.p.270.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...* Op.cit.p.48-51.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.63-64.

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* Op.cit.p.120.

⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.63.

consumidor-idoso, consumidor-analfabeto e também o consumidor-criança, os quais podem ser mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores⁹⁷.

Estudiosos sobre o tema, contudo, trataram de identificar outras mais espécies de *vulnerabilidade*. Exemplo disso são as *vulnerabilidade legislativa (ou política)*; *psíquica (ou biológica)*; *econômica (ou social)*; e *ambiental* citadas por Moraes.

Vulnerabilidade política ou legislativa: consiste na inexistência de instituições "capazes de influenciar decisivamente na contenção de mecanismos legais maléficos para as relações de consumo e que acabam gerando verdadeiros 'monstros' jurídicos".⁹⁸

Já a *vulnerabilidade psíquica ou biológica* é aquela capaz de criar ou manipular desejo de consumo. Moraes⁹⁹ descreve que

"essa motivação pode ser produzida pelos mais variados e eficazes apelos de marketing possíveis à imaginação e à criatividade orientada pelos profissionais desta área".

Identificada a *vulnerabilidade ambiental* como o reflexo de um uso massivo de produtos que muitas vezes não respeitam os ditames da sustentabilidade, causando um dano geral à sociedade (consumidores por equiparação – CDC: art.17 cc art.29).

Identificou-se também a existência da *vulnerabilidade Econômica e Social* que é o reflexo da disparidade de armas entre os sujeitos (como nas relações bancárias em que o consumidor necessita do empréstimo e acaba por aderir àqueles contratos de adesão na base do 'pegue ou largue').

Miragem sintetiza sustentando que¹⁰⁰

"o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. Poderá, todavia, variar quanto ao modo de se apresentar em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais e intelectuais"

Focando nesta idéia de que a vulnerabilidade "*poderá, todavia, variar quanto ao modo de se apresentar em relação a cada consumidor, em face de suas características*" é que a pretensão deste estudo tratou de investigar uma nova concepção de vulnerabilidade: a "vulnerabilidade especial" do consumidor de produtos estrangeiros (comprados pela internet ou mesmo em viagem – para consumo em território nacional). Esta espécie especial de vulnerabilidade surgiu através do fenômeno da globalização, sendo própria daquele tipo de

⁹⁷ CDC, artigo 39, IV, estabeleceu que é "*vedado ao fornecedor prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social*".

⁹⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código ...* Op.cit., 1999, p.132.

⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código ...* Op.cit., 1999, p.151.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito...* Op.cit.p.64.

consumidor que adquire produto proveniente de outro país, e que se revela, posteriormente, inadequado para consumo. Nasce daí um tipo especial de vulnerabilidade tendo em conta as dificuldades que este consumidor enfrentará na luta para a defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa, ou quer na judicial, à vista da ausência de um sistema jurídico e de políticas públicas eficazes para atender esta relação de consumo internacionalizada.

Neste caso, ainda que se identifique seu direito e demande (aqui ou lá), e mesmo sendo acolhida sua pretensão, certamente terá serias dificuldades para satisfazer seu título judicial. Esta batalha jurídica é dispendiosa e demorada, sendo certo que muitas vezes o valor do produto adquirido (pelo consumidor *não*-profissional) não compensa tamanha incomodação.

Todavia, é certo que há um precedente no Brasil, a desaguar em raríssimo caso de acesso à justiça a tratar de caso fático a envolver consumidor especialmente vulnerável. Trata-se do REsp.63.981-SP, em que é Rel.Min.Sálvio Figueiredo, em que por maioria de votos, levou-se em consideração que

“ I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes”.

Assim ficou ementada a decisão:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

Com efeito, fica nítido que neste trabalho se fez a leitura da matéria em espécie compreendendo-se que a vulnerabilidade jurídica não se manifesta na avaliação das

dificuldades que o consumidor enfrenta na luta para a defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa, quer na judicial. Sendo esta avaliação típica do que aqui se chama de “vulnerabilidade especial” - ressaltando que neste arrazoado se trabalha com a hipótese de consumidor de produtos estrangeiros comprados via *internet* ou mesmo em viagem, não se confundindo com qualquer compra eletrônica no âmbito nacional¹⁰¹.

O enredo global gera novos desafios, assim para o Direito do Consumidor (que deve se ligar a estas inéditas modalidades de conflitos), como também para os sistemas jurídicos dos Estados (aos quais incumbe garantir segurança nas relações entre consumidores e empresas nesta condição transnacional).

O ponto de excelência nesta parte da pesquisa consiste na busca de cerzir melhor compreensão quanto à eficácia do CDC nas relações transnacionais. Pois o fato é que a sociedade está diante de uma mudança de paradigmas, e isso reflete na eficácia do sistema normativo aos novos fatos sociais. O contrato de consumo recebe sérias consequências disso, sobretudo no que reflete a confiabilidade. Isto porque no mundo contemporâneo, onde o uso da *internet* passou a representar uma necessidade básica do ser humano, as partes sequer precisam estar presentes fisicamente. Esta falta de contato pessoal estimulou a quebra da confiança, fazendo nascer uma nova complexidade contratual, pois nunca se sabe quem, de fato, está do outro lado da relação.

Pois bem; para verificar a eficácia do CDC nas relações transnacionais é preciso investigar a importância da função tecnológica conectada à ciência e às inovações delas advindas, sendo indispensável analisar seus reflexos ante o anseio da sociedade. Este passa pelo avanço tecnológico e ao mesmo tempo invoca regras de sustentação jurídica nacional nas relações de consumo realizadas por sujeitos de países distintos – em viagem ou mesmo pela *internet*. Têmis Limberger e Ricardo Manna Barreto asseveram que

“o caminho não é voltar os olhos para o passado, em busca de respostas, mas fincar os pés no presente, com o olhar voltado para o futuro”¹⁰².

Neste contexto que Perez Luño destacou que as características da sociedade global atual exigem “uma noção de cidadania que esteja à altura das novas circunstâncias”.¹⁰³

¹⁰¹ Porque aí o CDC se faz eficiente e o nosso judiciário esta apto para apaziguar esta tensão - em tese.

¹⁰² LIMBERGER, Têmis. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização dos direitos do consumidor*. In *Revista do Direito do Consumidor*. N°79. Junho/Setembro 2011. RT. São Paulo: 2011. p.112.

¹⁰³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. INTERNET Y LOS DERECHOS HUMANOS, Derecho y Conocimiento, vol. 2, pags. 101

É importante que se invoque, neste tópico, apreciável trecho da obra de Zygmunt Bauman, cuja principal finalidade consiste em situar, de forma ilustrativa, quão significativa é a mudança comportamental no seio da atual sociedade: num segundo momento, trata dos reflexos disto no sistema normativo concernente ao Direito do Consumidor. Assim, no-lo apresenta seu entendimento:

Hoje em dia estamos todos em movimento. Muitos mudam de lugar – de casa ou viajando entre locais que não são o da residência. Alguns não precisam sair para viajar: podem se atirar na Web, percorrê-la, inserindo e mesclando na tela do computador mensagens provenientes de todos os cantos do globo. Mas a maioria está em movimento mesmo fisicamente parada – quando, como é hábito, estamos grudados na poltrona e passando na tela os canais de TV via satélite ou a cabo, saltando para dentro e para fora de espaços estrangeiros com uma velocidade muito superior à dos jatos supersônicos e foguetes interplanetário, sem ficar em lugar algum tempo suficiente para ser mais do que visitante, para nos sentirmos em casa.”¹⁰⁴

A sociedade, apesar de contar com a internet como ferramenta para diminuir espaço e tempo, ficou, ao contrário, ainda mais complexa. A doutrina nacional comunga com o entendimento de novos paradigmas para os contratos de consumo, sendo relevantes a boa-fé e a confiança. Eros Grau neste ponto afirma “que não estamos, apenas, procurando reconstruir a teoria geral do contrato, mas sim outras (teorias) que expliquem uma realidade social renovada”.¹⁰⁵

O incremento consiste na proteção das relações de consumo no comércio eletrônico, com a proteção à confiança virtual. A assombrosa velocidade com que as operações são fechadas, conquanto decisões devam ser tomadas num piscar de olhos, impõe-se refletir se o tempo virtual equivale ao tempo real. Fato é que a vulnerabilidade do consumidor se perfaz pela “disparidade de informação e de recursos tecnológicos. O que se almeja é a informática atuando em serviço do homem, e não como restritiva dos direitos fundamentais”, segundo defende Têmis Limberger.¹⁰⁶

À guisa de estabelecer uma abordagem inicial a refletir o que será tratado adiante, a ideia pode ser elaborada a partir da compreensão bem trabalhada por Cláudia Lima Marques em seu ministério¹⁰⁷ no Curso de Direito Internacional da OEA – Organização dos Estados

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização – as conseqüências humanas*. Edt.Zahar, Rio de Janeiro. 1999, p.85.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.17.

¹⁰⁶ LIMBERGER, Têmis. *Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI*. Revista de Direito do Consumidor, n.67, julho-setembro 2008. Edt.RT. p.225.

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*. Curso de Direito Internacional, CJI/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2001.

Americanos, em agosto de 2000, sobre “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, quando então destacou que

“se, algum tempo atrás, a proteção do consumidor era um tema de direito interno, eis que a atuação da maioria das pessoas restringia-se ao território do seu país, uma relação típica nacional, sem qualquer elemento de internacionalidade, hoje a realidade regional e nacional é diversa”,

O já citado REsp.63981-SP - em que o consumidor de produto viciado adquirido no exterior (Miami - USA) viu seu direito protegido aqui em *terra brasilis* à luz do CDC – bem demonstra que o nosso Judiciário esta atento a estas transformações sociais que, de uma forma diferente porem constante, sempre coloca o consumidor globalizado em extrema desvantagem.

Diga-se desde já que este conhecido REsp.63981-SP se trata de um caso isolado e decidido de forma divergente, por maioria de votos - aliás, possuem fundamentações bem conflitantes. Então, neste ponto da pesquisa em que se aborda a ‘Eficácia e alcance do Direito do Consumidor no século XXI’ demonstra-se importante trazer à baila algumas passagens deste *decisum*, no qual bem pode se perceber que a legislação consumerista clama por abrangência transnacional.

O caso refere-se a uma ação movida contra Panasonic do Brasil Ltda., buscando sua responsabilidade pela qualidade do produto que pelo consumidor foi adquirido em Miami (USA) para efeitos de sua garantia. Em primeiro grau a ação foi julgada improcedente. Em grau de apelo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, entendendo que não estava obrigada a Panasonic do Brasil Ltda. a emprestar garantia a produto fabricado e comercializado pela matriz ou filiais no exterior.

Em seu recurso Especial, que deu azo ao acórdão ora comentado, alegou o consumidor que a empresa deve se responsabilizar por defeito de equipamento adquirido em Miami porque integra a multinacional com sede em Osaka (Japão), e que, por produzir produtos da mesma marca, colabora indiretamente com a venda dos produtos em terras alienígenas. Disse ainda em seu arrazoado que se as empresas auferem lucros mundialmente, a garantia também deve ser global; Também defendeu que a decisão contraria os arts. 3º, 6º, IV, 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor, por não reconhecer os direitos fundamentais alusivos ao adquirente da mercadoria, parte mais fraca na relação de consumo; Afirmou, ainda, que a sentença monocrática é nula, pois deixou de considerar os aspectos apontados na exordial relativamente aos direitos do consumidor, tais como a caracterização de conglomerado multinacional, a conceituação de fornecedor, e à interpretação não restritiva da

expressão “colocar o produto no mercado” prevista no art.12, § 3º, I, do CDC. Ou seja: a ação foi arrimada inteiramente na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, à guisa de aquilatar quão difícil a questão está para este tipo de consumidor (especialmente vulnerável), mostra-se imprescindível ponderar aspectos do posicionamento lançado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior¹⁰⁸ que apesar de ser voto vencido, bem demonstra a dificuldade de nossos Tribunais em aceitar a aplicação do CDC em transações transnacionais. Veja-se:

“ Quanto ao apelo, em si, também merece confirmação a respeitável sentença, porque, ainda que a ré possa ser uma empresa subsidiária da fabricante do produto, ou similar àquela que o colocou no mercado, há que se considerar que são personalidades jurídicas distintas, que atuam no comércio internacional, sem qualquer liame por uma responsabilidade subsidiária, como a pretendida pelo autor, ainda que habilmente numa indevida extensão, não só de um pretendido direito constitucional, como de uma proteção do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção entre pessoas jurídicas é essencial para a caracterização ou descaracterização de um direito contra uma delas, não arcando a congênera com a responsabilidade pelos atos praticados por outra. A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 18 e seguintes da Lei 8.078, de 11/09/90”.

Com base nesta concepção, em seu voto o Ministro Aldir Passarinho seguiu fundamentando que apesar de a fabricante responder juntamente com o comerciante que proporcionou a venda, pois a redação do artigo 12 do CDC coloca como responsáveis “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador”, no caso concreto em nenhuma destas hipóteses se insere a pessoa jurídica que no Brasil comercializa os bens da fabricante, e, se os fabrica, não serão os mesmos. Entendeu ainda que, na mesma forma,

“não se caracteriza qualquer das hipóteses do artigo 13, donde não se falar em infração aos artigos 3º, 6º, IV e 28 desse código, porque a apelada não é fornecedora do bem que teria apresentado o vício, e tem apenas uma relação contratual com a fabricante”.

Lançou-se, de tal forma, o entendimento de que não houve ofensa aos direitos do consumidor, chamando ainda de “exagerada pretensão da descaracterização da pessoa jurídica, porque a apelada é empresa distinta da fabricante e daquela que vendeu o produto”. Ressaltou que não foi a recorrida que o colocou no mercado, não se podendo falar em teoria do risco, exatamente por esses mesmos argumentos, e ainda destacou que:

¹⁰⁸ O voto foi acompanhado pelo Ministro Barros Monteiro.

“as pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva — sequer a novel legislação — entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial. O que prevalece é o fato de caráter objetivo, ou seja, a responsabilidade pela fabricação, pela venda ou veiculação de qualquer tipo de propaganda do bem especificado. O mundo comercial evolui e oferece diversas faces, em sua constante mutação. Surgem, agora, as franquias, e, adotada a tese do apelante, qualquer delas poderia responder por atos da outra, o que seria, igualmente, um contrasenso jurídico.”

Então, quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro, o Ministro Aldir Passarinho suscitou uma problemática lançando a seguinte comparação:

“Por exemplo, um modelo de automóvel sofisticado produzido nos Estados Unidos pela General Motors e importado autonomamente pelo comprador para o Brasil, teria de ser reparado, gratuitamente, em qualquer concessionária Chevrolet, inobstante o pessoal não tivesse ferramentaria ou capacitação para tanto. Uma fábrica brasileira de televisores, que fosse filial da empresa brasileira ou americana, teria de reparar uma agenda eletrônica da mesma marca, ainda inteiramente divorciada da sua linha de produtos. E por aí vai...”

Diante disto lançou seu voto dispondo que

“Não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual, a Panasonic brasileira, que tem determinada linha de produtos, na qual não se insere o modelo de fumador a em comento, que é exclusivo do mercado americano (fl. 18), seja responsabilizada pelo reparo do produto em tela”, e por fim decidiu que “a Lei n. 8.078/90 não alcança a relação de consumo contratada no exterior, nos termos aqui configurados (sem ressalva contratual em contrário), inaplicáveis à espécie, por impertinentes ao caso, os arts. 3º e 28, parágrafo 5º, do citado diploma. E se aplicável fosse o CDC, a incidência seria da regra do seu art. 12, parágrafo 3º, inciso I, que reza: § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I — que não colocou o produto no mercado”;

Como posta restou a questão, fácil é perceber que a legislação nacional consumerista encontra limites territoriais de abrangência, apesar da relação de consumo não mais possuir barreiras geográficas. E isso clama por uma efetiva integração do sistema normativo entre os Estados, caso contrário o consumidor estará sempre vulneravelmente exposto, assim ferindo forte os fundamentos constitucionais.

Neste sentido, em que hodiernamente é necessária uma visão cosmopolita do sistema jurídico sobre a relação de consumo, e não mais limitada ao espaço territorial do Estado/Nação, destaca-se a lição de Perez Luño, para quem “O habitat cívico do presente é a aldeia global”.¹⁰⁹

Sendo um dos Princípios norteadores inerentes às relações de consumo, o do ‘Estudo Constante’¹¹⁰ deságua em novas ameaças provenientes da evolução acelerada da sociedade –

¹⁰⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. INTERNET Y LOS DERECHOS HUMANOS, *op.cit.* p.101;

¹¹⁰ CDC, art.4º, VIII.

seja pela globalização, seja pelo uso massivo da *internet* – daí a recomendar que se mantenham atentos os interpretes do direito.

Atento aos ditames deste *principio do estudo constante* é que se busca hodiernamente se fazer uma “reforma” no atual CDC, justamente no afã de se tentar uma “harmonização” da nossa legislação consumerista (que é muito aplaudida no exterior), com conquistas consolidadas em outros países em assuntos que ainda não enfrentamos normativamente, tal qual o superendividamento. Países como França, Suécia, Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Estados Unidos, Bélgica e Áustria possuem normas de proteção do consumidor em relação ao crédito e endividamento. Essa matéria é necessária e prioritária em um mundo globalizado e de crescimento do comércio eletrônico (nacional e internacional).

Com efeito: corolário do processo de integração, a globalização revela que este avanço nas relações consumeristas traz consigo a necessidade de um estudo voltado a harmonizar, em seus domínios, as leis de proteção às relações de consumo em diversos países, não só pela defesa dos interesses dos indivíduos como também, e sobremaneira, pela própria evolução no processo de Desterritorialização do mercado e internacionalização do direito.

Jânia Saldanha¹¹¹ bem ponderou no sentido de que, para ser efetivo, um processo integracionista deve transcender aos aspectos econômicos a ponto de abarcar outras áreas do desenvolvimento estatal, pelas quais transitam o progresso integracionista, como educação, tecnologia e justiça.

No mesmo tanto, a enorme quantidade de leis atinentes à matéria resulta em desajuste na livre concorrência entre fornecedores de diversos países: é que as empresas originárias de um país com menor grau de proteção ao consumidor conseguirão, frente às circunstâncias, fornecer determinados produtos a preço menor em relação àqueles fornecedores situados em países onde ganha especial atenção a proteção do consumidor. Isto porque o sistema de proteção ao consumidor reflete num microsistema complexo que acaba por agregar maior custo, qual é repassado ao consumidor.

Caso admitido que a qualidade do produto está relacionada ao grau da proteção dada pela lei de seu próprio Estado, inclinamo-nos à crença de que, quanto menor for a proteção do consumidor, maiores serão as barreiras encontradas na concretização das relações comerciais com países parceiros (como exemplo a União Europeia): os países mais desenvolvidos primam pela qualidade dos produtos que adquirem.¹¹²

¹¹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001

¹¹² STIGLITZ, Gabriel Alejandro. *Protección....*Op.cit. p.11

Daí é que surge necessidade de intervencionismo Estatal. *In casu* tal intervenção traduz-se na adesão aos Tratados Internacionais, que devem – dentre vários regramentos – dar maior proteção à vida e à saúde, sobretudo porque seu fim social se volta, justamente, para desejável melhoria na qualidade de vida dos consumidores de países diversos¹¹³.

Como bem destacou Lorenzetti¹¹⁴

“ normas adequadas aos padrões internacionais contribuem para a inserção competitiva das economias dos Estados Partes no mercado mundial, sendo que as assimetrias, nesse aspecto, tem um claro impacto na competitividade econômica”.

Todavia, porque o nosso CDC é bastante protetivo, apesar de limitado ao espaço geográfico nacional, não se pode conceber tão simplesmente adesão a um projeto de internacionalização do Direito que traga, em seu bojo, proteção menor ao consumidor. O Direito pátrio contém bases especialíssimas; e processos evolutivos têm sido questionados. Portanto, para o Brasil é difícil aderir a um ‘Tratado’ internacional que importe em regressão da proteção ao consumidor. Retrocesso, neste caso, agudamente inviável tendo em conta que nossa matéria consumerista decorre de preceito constitucional: embasa-se em direitos fundamentais. Aderir, pois, a um eventual ‘Tratado’ internacional que não respeite os direitos fundamentais, seria manifestamente inconstitucional.

Daí é que surgiu uma mobilização pelas entidades civis de defesa do consumidor, no afã de obstaculizar a unificação das legislações consumeristas no âmbito do nosso Mercosul ou Mercado Comum do Sul (que é regional: o que se dirá em termos globalizados!). Dentre tais entidades destacam-se o c. Por essas e outras é que se frustrou a tentativa de uniformização da legislação consumerista no Mercosul. Bem por isso que o CT 7 mudou sua metodologia de trabalho e limitou-se em propor mudanças legislativas específicas a determinadas questões.¹¹⁵

Certo é que estas normas específicas (no âmbito supranacional) acarretam importante papel no processo de harmonização da relação de consumo, haja vista a particularidade que induzem os Estados a reduzirem as diferenças no mesmo passo que aumentam a proteção ao consumidor – assim buscando melhoria não só na qualidade dos produtos e serviços como, também, diminuindo o risco de danos.

A globalização definida por Minhoto constitui

¹¹³ ARRIGUI, Jean Michel. *La protección de los consumidores y el Mercosur*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, SP, 1992. n. 2, p. 134

¹¹⁴ LORENZETTI, Ricardo. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.21, jan.-mar. 1997. p. 9/10.

¹¹⁵ TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. *Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no Mercosul*. Indicadores Econômicos. FEE. Porto Alegre v. 25, n. 3, Dez.2000. p. 225 e 226.

"uma nova forma de vivência e implementação de uma ordem econômica, social e política pré-existentes, com vistas a disseminar por todo o globo a adoção de um dado ideário, seja no aspecto social, seja no aspecto jurídico, seja no aspecto cultural, mas notadamente no aspecto econômico, tendo por escopo final e principal a obtenção de uma unidade de procedimentos e valores indissolúvel, harmoniosa e obediente para com esse ideário"¹¹⁶;

Sabe-se que um dos atores principais desta ‘novela’ de integração é o consumidor, posto representar um importante agente econômico na exata medida que todo o processo de circulação de mercadorias (importação e exportação) tem-no como sujeito final. Nesta seara fácil é perceber que a criação de um ‘mercado comum’ implica na harmonização das legislações por meio de alteração dos princípios internos de cada país e da adaptação das legislações consumeristas locais à nova ordem comunitária. Inclusive isso é o que apregoa o art.1º do Tratado de Assunção.

Mas, se o Brasil possui uma legislação de ‘ponta’, não se permitindo regredir a níveis mais baixos de proteção ao consumidor, outra opção mais sensata é que as legislações consumeristas de maneira global evoluam ao ponto de alcançar o nível de proteção aqui conquistado. Realmente o nosso CDC é uma das leis mais protetivas no mundo, atualmente, aos direitos do consumidor. Noutras palavras, sem pestanejar: o CDC (Código de Defesa do Consumidor Lei nº8.078 de 1990) serve como balizamento no processo legislativo para os demais países.

Sintetizando; o reconhecimento da necessidade de proteção do consumidor como forma de proteção do indivíduo configura, em especial, apropriada ferramenta para o processo de integração consumerista como um todo (Desterritorialização do mercado e internacionalização do direito).

Em regra, o direito atua depois do fato ocorrido, tendo cunho repressivo. E o direito do consumidor clama por um sistema protetivo. Depois de ocorrido o ilícito, consequências podem ser irreversíveis. Faz-se importante nesta era da globalização e incentivo ao consumo (por aumentar o poder aquisitivo do brasileiro¹¹⁷) a criação de um sistema normativo de proteção ao consumidor de produtos adquiridos no exterior.

¹¹⁶ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.11-12.

¹¹⁷ “COM O AUMENTO DO PODER AQUISITIVO, BRASILEIRO VIAJA MAIS DE AVIÃO: há algum tempo, viajar de avião deixou de ser privilégio de poucos. Mas, mais recentemente, impulsionado pelas ações do governo federal, valorização do real frente ao dólar americano e, principalmente, pelo aumento do poder aquisitivo das famílias, o povo brasileiro aderiu de vez às viagens aéreas. No acumulado de janeiro a dezembro de 2010, a demanda por transporte aéreo no Brasil avançou 23,47% no segmento doméstico e 20,38% nas rotas internacionais operadas pelas empresas brasileiras. Acessado em 26/09/2011 no endereço eletrônico <<http://blog.planalto.gov.br/com-aumento-do-poder-aquisitivo-brasileiro-viaja-mais-de-aviao/>>

Produto adquirido no estrangeiro é sintoma da globalização. Por isso o Direito nas relações de consumo também deve globalizar-se. Porém essa globalização não evolui no mesmo compasso da evolução atinente às relações sociais, mas de tal forma a propiciar prioridade de tratamento aos consumidores. Isto se reflete nas legislações dos Estados que se engajam na meta de proteger o consumidor contra abusos dos fornecedores. Ganha especial relevo quando se trata de consumo transfronteiriço, posto que a vulnerabilidade, neste caso, escancara-se.

Não muito tempo atrás se discutia ainda sobre a finalidade e alcance das legislações de consumo dentro de cada Estado. Hoje a discussão toma vulto posto que versa sobre sua incidência nas questões de consumo realizadas entre sujeitos estabelecidos em diferentes países.

Assim vai a sociedade, pouco a pouco, harmonizando os interesses desencontrados, equilibrando as forças antagônicas, submetendo as divergências particulares a uma direção sinérgica, sancionando o resultado da pugna pela fixação do direito.

Diante de tudo quanto sustentado até aqui, percebe-se que a sociedade de consumo sofreu relevantes transformações e isso repercutiu no seu comportamento consumerista, expandido mais e mais a chamada sociedade de massa. Esta atual sociedade de consumo, já amplamente massificada, fez com os princípios que eram tradicionalmente aceitos fossem alterados causando dessemelhança legislativa no trato da matéria pelos diversos países. Parte disto é sintoma de culturas diferentes de cada país, outra parte para não se criar barreiras desnecessárias ao comércio internacional.

No entanto, verifica-se que as legislações de diversos países (e,ou blocos e organismos econômicos internacionais) possuem várias assimetrias e isso induz ao pensamento de que o obstáculo não é intransponível para a harmonização. Tal similaridade traz consigo mais segurança jurídica ao consumidor. Ainda assim, por enquanto, à vista da ineficácia do nosso CDC no tocante às relações internacionalizadas e falta de harmonização legislativa, tem-se que a aquisição de produtos noutros países leva o consumidor a um nível de insegurança. Pode ser um importante fator para inviabilizar a sedimentação da globalização do mercado de consumo.

Agora é de se ter em mente, sempre e sempre, a busca por respostas adequadas no sentido de que não apenas o capital e os bens de consumo circulem pelo mundo, mas também

e sobretudo, os direitos. Seria a globalização dos direitos e não somente da economia, conforme desafiou Têmis Limberger.¹¹⁸

Neste aspecto Perez Luño descreve a importância de se reconhecer a necessidade de internacionalização dos “novos direitos”. Afirma ele que:

“Nunca houve tanta necessidade de conceber os valores e os direitos da pessoa como garantias universais...(…) Direitos e liberdades não podem ser comprometidos pelo trânsito de fronteiras estatais. (...)é preciso levar a sério a cidadania cosmopolita”¹¹⁹

¹¹⁸ LIMBERGER, Têmis. *Proteção*Op.cit. p.240.

¹¹⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. INTERNET Y LOS DERECHOS HUMANOS, *op.cit.* p.101.

3 ‘DESTERRITORIALIZAÇÃO’ DO MERCADO E NOVO CONSUMIDOR

3.1 Transformações na Sociedade Global - Mercado como fato social e sociedade em rede: a tecnologia de informação e seus reflexos na relação de consumo na era globalizada

“A globalização – por José Eduardo Faria¹²⁰ – é um fenômeno complexo e multifacetado, com profundas implicações nas mais variadas áreas do conhecimento e nos mais diversos setores da vida social.”

Impende-se aviventar, a partir dessa apertada recolha de meandros essenciais em constante envolver, a consistência da globalização que bem emoldura todos os contornos da modernidade. Esta se aprofunda em massificações crescentes no âmbito global, com abrangência nas múltiplas e recônditas atividades que sacodem o cotidiano. Frisantes exemplos se encontra, modernamente, nas tantíssimas tão variadas tendências que influem nas condutas sexuais, nas predileções por lazer, também nas convicções religiosas e, notadamente, nas preferências de consumo.

A intensidade e alcance das transformações da contemporaneidade certamente são mais intensos do que a maioria das mudanças características de períodos anteriores. A globalização nitidamente gerou uma transformação comportamental na sociedade. Hodiernamente tanto o sistema produtivo global quanto o mercado de consumo mundial, possibilitam uma gama incontável de variadas decisões, refletidas em questões individuais de escolha de seus agentes, e isso reflete diretamente no mercado e por consequência na sociedade.

As mudanças paradigmáticas na economia e seus reflexos na sociedade são naturais deste tempo em que se agiganta a socialização do direito. A sociedade contemporânea tem comportamento mutante, tal qual as inovações tecnológicas e, verificando as estruturas sociais emergentes nos domínios da atividade e experiência humana, denota-se que as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes.

Perez Luño¹²¹ sustenta que

“como la mayoría de las grandes conquistas científicas y tecnológicas que registra la historia, Internet es una realidad ambivalente. Renunciar a sus logros sería hoy una

¹²⁰ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo. Malheiros.1999.p.7.

¹²¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Impactos Sociales y Jurídicos de Internet*. Universidad de Sevilla. España. 21/05/2001. Fonte: www.argumentos.us.es/numero 1/bluno.htm. Acessado em 21/01/2012.

pretensión imposible, porque se trata de un avance irrenunciable y un signo del progreso de nuestro tiempo”.

Redes se traduzem na nova forma de socialização, pois modificam a forma de operação, produção e seus resultados, experiências, poder e cultura, como bem se pode se extrair da obra de Manuel Castells, *Sociedade em Rede - A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*.

A evolução tecnológica vem causando modificação comportamental em todos os setores, pois perceptível tem sido a adoção de novos padrões. Anthony Giddens destacou pontos de debate perante a sociedade

“Alguns dos debates sobre estas questões se concentram principalmente sobre transformações institucionais, particularmente as que sugerem que estamos nos deslocando de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com a informação”¹²².

Castells descreve que desde os meados do século passado, vem se verificando que um novo mundo passou a tomar forma, sendo mais perceptível esta transformação quando a sociedade passou por três processos independentes:

“(i) Revolução da Tecnologia da Informação; (ii) Crise econômica do capitalismo e do estatismo e a conseqüente reestruturação de ambos; (iii) e o Apogeu de Movimentos Sociais e Culturais: libertarismo, feminismo, direitos humanos e ambientalismo”.¹²³

Destaca este mesmo autor que a *internet* não se traduz numa mera tecnologia de comunicação, mas reflete o “epicentro de muitas áreas da atividade social, econômica e política”. Por este motivo, a *internet* converte-se num grande instrumento de exclusão social, aumentando o abismo entre pobres e ricos, existente na maior parte do Mundo. Noutro tanto, fácil perceber que a *internet* funciona como uma ágora global, já que nela se podem partilhar ideias (preocupações e esperanças da sociedade contemporânea).

Bem por isso, a *internet* ganhou a incumbência de informar os cidadãos, conscientizando-os dos problemas existentes na sociedade, assim contribuindo para a construção de Estados mais democráticos, conduzindo a uma sociedade mais humana e menos voltada à desigualdade e à exclusão social. Assim Castells lança a ideia de que hoje se vive na “Galáxia *Internet*”, pois todos estão conectados com a *internet*.

Explica Castells que rede significa um conjunto de nós interligados, e acrescenta que

¹²² GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 12

¹²³ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Editora Paz e Terra, 12.ed. São Paulo. 2009. p.287.

“as redes são formas muito antigas da actividade humana, mas actualmente essas redes ganharam uma nova vida, ao converterem-se em redes de informação, impulsionadas pela internet”.¹²⁴

A evolução tecnológica possibilita a conexão mundial via *internet* e instiga numa severa mudança na base material da sociedade, eis que estabelece uma interdependência global entre diferentes países, assim proporcionando alterações comportamentais entre economia, sociedade e Estado(Nação). O uso presente e crescente de redes como a *internet* desencadeou numa criação de um novo tipo de organização social – a sociedade em rede já explicada por Castells. Esta novel sociedade, em rede, possibilita o surgimento de comunidades virtuais que se representa por grupos humanos constituídos pela identificação de interesses comuns.

Para o professor de Sevilha, Perez Luño

“No parece lícito dudar que Internet (International Network of Computers) está siendo el fenómeno estelar de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación a partir de la década de los noventa. En el umbral de un nuevo milenio, Internet se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias a Internet cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más diversas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversa especie, y se puede comunicar con otros usuarios de la red sin limitaciones de número ni distancia.”¹²⁵

Compreende-se, disso, que a sociedade em rede é aquela em que sua estrutura social foi erguida e arrimada em redes de informação, a qual, por seu turno, ganhou expansão com o avanço tecnológico e o aperfeiçoamento de sistemas computacionais que, por sua vez, estruturaram redes que conectam o mundo. Aqui ganhando especial destaque a ferramenta *Internet*.

Por isso que Castells sustenta que a *Internet* é mais do que uma simples tecnologia: revela-se, isso sim, num meio de comunicação que constitui a forma organizativa da sociedade contemporânea.

Diz ele que a

“Internet é o coração de um novo paradigma sociotécnico, que constitui na realidade a base material de nossas vidas e de nossas formas de relação, de trabalho e de comunicação. O que a Internet faz é processar a virtualidade e transformá-la em nossa realidade, constituindo a sociedade em rede, que é a sociedade em que vivemos”¹²⁶.

¹²⁴ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet – Reflexões sobre internet, negócios e sociedade*. 2.ed. Lisboa. Fundação Calouste Glubenkian.2007. p.15.

¹²⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Internet y los Derechos Humanos, Derecho y Conocimiento*, vol. 2, pags. 114. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.

Fonte: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf, acessado em 02/02/2012

¹²⁶ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Editora Paz e Terra, 12.ed. São Paulo. 2009. p.287.

Durante a década de 90 nos EUA, com o fomento do uso da *internet*, emergiram diversos fatores que transformaram a economia global. O crescimento da produtividade, a Desterritorialização dos mercados e a maior circulação de bens de consumo, a transformação da lógica social da inovação, entre outros mais fatores, atravessaram as fronteiras das economias mundiais, sobretudo a Européia, fazendo com que especialistas da área denominassem este movimento como o surgimento de “uma nova economia”.

Novos tipos de negócios surgem com a *internet*, e esta novel cultura empreendedora e de inovação faz com que as práticas de produção destas novas empresas acompanhem a capacidade de interagir, colhendo ao mesmo tempo que distribui informação. Tudo em tempo real e forma globalmente assim otimizando a relação custo/benefício, buscando ainda a qualidade, eficácia e satisfação do consumidor final.

No campo político a *internet* também traz consigo inovações e conseqüentes mudanças no comportamento social. A o exercício da cidadania sofre importantes tensões, como bem ponderou Perez Luño ¹²⁷ ao observar que as NT (Novas Tecnologias) afetam também a “Democracia Parlamentar” – em suas palavras:

“A incidência das NT, nos processos políticos da democracia representativa parlamentar, tem sido cada vez mais ampla nos países avançados. Hoje resulta inimaginável uma campanha eleitoral nas quais as NT não cumpram um papel decisivo. Este protagonismo se tem visto acrescentado pela utilização da rede, que abre novas possibilidades e novas formas de exercício da democracia representativa”.

Cita este mesmo autor, como exemplo, que nas ultimas eleições presidenciais norte americanas, um juiz de Arizona autorizou o exercício do sufrágio através da internet. Afirma ele que

“Deste modo, se torna mais fácil a participação eleitoral de todos os cidadãos, sem que motivos como a doença, idade, distância dos colégios eleitorais, climatologia, dedicação de tempo para depositar o voto em colégios muito massificados e outras circunstâncias, possam condicioná-la ou impedi-la. Desta forma, a votação na rede simplifica os tramites do atual sistema de voto por correio, agilizando o voto de quem não se encontra em seu país e deve exercê-lo em escritórios consulares e inclusive de quem, por habitar em territórios onde existam pressões ou coações exercidas por grupos radicais ou terroristas, tem que assumir um risco para gozar dos seus direitos e cumprir com os seus deveres cívicos”¹²⁸

Outra questão relevante carreada com este novo comportamento social é a nova economia. Refere-se a volatilidade do mercado financeiro. Antes era mais estável e previsível já que se relacionava apenas em avaliações prudentes e concretas do mundo dos negócios, todavia hodiernamente demonstra-se mais influenciado pelas “turbulências de informação” –

¹²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. in A *CIBERCIDADANIA: NOVA FRONTEIRA DOS DIREITOS HUMANO*. Tradução Hernan Eduardo Aguilera Carro. Texto a ser publicado na obra coletiva organizada em função da viagem de estudos realizada pela UDC (União Dinâmica de Faculdades Cataratas) a Roma/Sevilla em maio de 2011, no prelo, p.05.

¹²⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. A *CIBERCIDADANIA:....op.cit.* no prelo, p.6.

conforme denominação de Castells¹²⁹. Isto porque nessa nova economia globalizada o risco (incerteza e mudanças constantes) não mais se reflete em exceção, mas sim em regra.

Para Regina Ribeiro do Valle “É a era da informação ou era digital na qual a comunidade internacional tem a alternativa de transitar em outra dimensão: a do ciberespaço”

130

Nesta era internética de informações *on-line*, onde meras notícias trafegam velozmente, transformando-se em especulações, ressaltam as dificuldades de decisões dos investidores, favorecendo reações instantâneas diretamente no mercado. Castells aponta tais fatores como responsáveis pela volatilidade do mercado financeiro: complexidade das transações em âmbito global, em tempo real num ambiente cheio de incertezas; a proliferação de investidores individuais; a “turbulência de informações”; as reações rápidas e repentinas dos investidores.

Pois bem; a *internet*, como ferramenta social, tem papel importante na atividade econômica, política, e sócio-cultural no mundo, pois segundo Castells,¹³¹ verificando os problemas mais importantes que afetam todas as sociedades em geral, revela-se de suma importância colocar esta ferramenta ao serviço de um modelo de desenvolvimento econômico e social mais justo. E ainda alerta que para alcançar tal mudança, demonstra-se também importante evitar o comodismo em eximir-se de participar e

“desenvolver a nossa responsabilidade individual, como seres humanos informados e conscientes dos nossos deveres e direitos, com confiança nos nossos projetos”.

Para que se exerça uma verdadeira e responsável democracia há que se provocar uma mudança na forma de agir dos órgãos governamentais. As repercussões das NT (Novas Tecnologias) não se encontram somente nos processos eleitorais, pelo contrário se projetam em um amplíssimo mosaico de relação entre poderes públicos e os cidadãos. Um dos grandes desafios das democracias do presente é o de possibilitar uma rede de comunicação direta entre a administração e os administrados que conclui em um aprofundamento democrático e numa maior transparência e eficiência da atividade pública. Nos países anglo-saxões, e escandinavos, existe desde alguns anos uma grande experiência de conexão dos cidadãos a redes virtuais aplicadas à administração pública.

As novas tecnologias, então, podem contribuir ao alcance de um dos mais importantes desafios dos Estados de direito de inequívoca orientação democrática: A

¹²⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade ...Op.cit.p.252.*

¹³⁰ VALLE, Regina Ribeiro do. *Direitos Cibernético é uma realidade? In E-dicas: O Direito na Sociedade da Informação.* org. Regina Ribeiro do Valle. São Paulo: Usina do Livro, 2005.18.

¹³¹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet...Op.cit. p.15*

participação real e consciente dos cidadãos no processo legislativo. Podem mais: as novas tecnologias, sobretudo na seara da comunicação, ai ganhando destaque a *internet*, servem como engenharia comportamental não apenas na esfera jurídica e política, mas tem também seu correspondente reflexo no plano da moral coletiva.

Salienta Perez Luño, neste viés, que o conjunto de valores, tradições culturais e visões do mundo que integram o ethos social, enquanto pauta o comportamento que se considera correto em cada comunidade humana, esta sendo objeto de uma profunda transformação na experiência de vida interconectada que tem propiciado a *internet*¹³².

A sociedade em rede poderia representar essa possibilidade de participação e interação democrática, entre governos e cidadãos, na construção de um mundo melhor, concretizando a promessa do ideal *Internet*.

Assinala com proficiência Castells¹³³ que a *internet* é o tecido das vidas e, se as tecnologias de informação são o equivalente histórico do que foi a eletricidade na era industrial, atualmente poderiam comparar a *internet* com a rede elétrica e o motor elétrico, dada a sua capacidade para distribuir o poder de informação por todos os âmbitos da atividade humana. Com efeito, se as novas tecnologias de geração e distribuição de energia impulsionaram o surgimento e solidificação de algumas indústrias e empresas como as bases organizacionais da sociedade industrial, a *internet*, por sua vez, constitui modernamente a base tecnológica da forma organizacional que caracteriza a era da Informação: a rede – conforme pontuou Castells.

Fácil perceber, portanto, que a atual cultura social começa a ser caracterizada pelo uso crescente de tecnologias digitais. Surgiu um novo comportamento de vida social estritamente ligado às novas formas tecnológicas. No mesmo passo, tal comportamento trouxe consigo novas formas de associações, criando-se comunidades espontâneas no ambiente virtual. Certo, também, que tais “comunidades virtuais”, criaram práticas culturais próprias: é a chamada “*cibercultura*”.

A “*cibercultura*”, também na ótica de Arturo Escobar, advém com as novas tecnologias, sobretudo aquelas ligadas à realidade virtual e à comunicação digital, e bem por isso tem esta definição pela perspectiva da análise “da tecnologia, passando a abranger os

¹³² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. A *CIBERCIDADANIA*:...op.cit. no prelo, p.23.

¹³³ CASTELLS, Manuel. A *Galáxia Internet*...Op.cit. p.16.

fenômenos associados às novas tecnologias de ponta e à nova "tecnologia intelectual" engendrada pelo computador".¹³⁴

Castells descreve a "*cibercultura*" como sendo

"uma cultura construída sobre a crença tecnocrática no progresso humano através da tecnologia, praticada por comunidades de hackers que prosperam num ambiente de criatividade tecnológica livre e aberta, assente em redes virtuais, dedicadas a reinventar a sociedade, e materializada por empreendedores capitalistas na maneira como a nova economia opera."¹³⁵

Este mesmo autor descreve quatro estágios culturais que contribuiriam com a solidificação da *internet*: 1) a cultura tecnomeritocrática; 2) a cultura *hacker*; 3) a cultura comunitária virtual; e a 4) cultura empreendedora.

A cultura tecnomeritocrática: marcada pelos ideais da descoberta tecnológica e sua relevância na própria comunidade científica, por isso é elitista, já que ligada à comunidade científica/acadêmica. Foi nesta fase que começou a criação da Internet.

A cultura *hacker*: também voltada para a inovação tecnológica, mas não meramente científica, pois primava pela livre criatividade, não só para absorver os conhecimentos disponíveis como, sobretudo, para os redistribuir. Foi daí que surgiu a comparação do trabalho que o *hacker* desenvolveu com aquele desenvolvido no mundo da arte. A fase de criação da *internet* foi impulsionada pela genialidade dos *hackers* em conseguir desenvolver *software*.

A cultura comunitária virtual: fase em que se começou a dar forma e uso à tecnologia internética (construída ou em construção). Nesta fase cultural, com a eclosão da "www" na década de 90, ingressaram aqueles que pretendiam utilizar a internet para a vida social. Inicia-se aí uma nova "Era" passando a *internet* a figurar como "instrumento para a organização social, a da ação coletiva e a da construção de sentido".

A cultura empreendedora: nesta fase já havia sido descoberta a nova era da internet, passando a um novo estágio em que se buscava dominar a tecnologia a serviço do desenvolvimento econômico.

Agora, há que se reconhecer que daí surge um fato no mínimo curioso. Há um paradoxo: no mesmo passo em que o cidadão fica cada vez mais individualista (pois sequer precisa sair de casa para realizar atos da vida comum: estudar, ensinar, comprar, pagar, conhecer, viajar, etc), a sociedade, noutra passada, cada vez mais se encontra interligada através da rede mundial de computadores, onde a interação social acontece numa fração de

¹³⁴ ESCOBAR, Arturo. *Welcome to Cyberia: Notes on the Anthropology of Cyberculture*. In *Current Anthropology*, v.35, n.3, junho de 1994. p.18.

¹³⁵ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet...* Op.cit. p.65.

segundo, fazendo com que haja uma mudança comportamental, com um aumento sem números de novos nichos sociais, pois o homem cada vez mais precisa se integrar a grupos sociais, compartilhando algo em comum com pessoas que tenham uma certa identificação.

Nesse sentido, denota-se que as redes de comunicações bem podem conduzir em uma criação de uma nova ética "cibercultural", ou seja, que gere e estimule atitudes de consciência coletiva sobre o respeito das liberdades e dos bens ameaçados por uma utilização indevida do ciberespaço. Desta forma, estar-se-ia contribuindo para a formação de vínculos solidários para a prevenção dos crimes informáticos e a ajuda ao seu descobrimento.

Para Perez Luño,¹³⁶

“a difusão capilar das redes comunicativas pode conduzir a produção de regras jurídicas consuetudinárias sobre seu uso, nas quais a dimensão coativa das normas baseia-se na autoridade de um poder centralizado permitindo códigos de conduta cuja eficácia se baseia na convicção dos usuários e na sua responsabilidade solidária”.

Eufórico tem sido o acesso à tecnologia que se expandiu neste terceiro milênio. Impende, em função disso, tecer aqui uma enfática ponderação sobre o uso imoderado da *internet* e sua ascendência no comportamento da humanidade. Hoje, tornou-se corriqueiro pensar que dispomos de todas as necessárias informações na rede mundial de computadores (*www*) – contudo importante que todos se capacitem de que nem tudo é confiável.

Umberto Eco bem disse que “a fé cega na internet cria monstros.”¹³⁷ Esse é um ponto importante. Outro de igual importância, está em que a circulação de informações permite (ou induz) sejam conhecidos os acontecimentos (quase sempre) em tempo real, dando-se, assim, muito mais relevância ao que acontece no momento do que no passado; e isso, segundo Bauman¹³⁸, instiga na fragilização do que se construiu de sólido no passado tornando-se escassa a edificação de valores para o presente, bem assim as que norteiem o futuro. Tudo a fazer com que o homem se torne volúvel em meio às emoções do dia a dia – e, naturalmente, fragilizado.

O excesso de informação, em altíssima velocidade, até certo ponto inibe ou limita as reflexões sobre o passado e isso fragiliza a memória – que é nossa identidade. Sabidamente, a nova geração¹³⁹ vive conectada na rede mundial de computadores, o que também contribui

¹³⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. A *CIBERCIDADANIA:....op.cit.* no prelo, p.25.

¹³⁷ Em entrevista à Folha de São Paulo, Caderno MAIS, fls.4 a 6, em 11.05.2008, ver a íntegra em <http://acervo.folha.com.br/fsp/2008/5/11/72-mais>.

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹³⁹ A última pesquisa *Internet Pop*, realizada anualmente pelo IBOPE Mídia em 9 regiões metropolitanas brasileiras, constatou que 49% da população de dez anos ou mais de idade já tem acesso à *internet*. Um ano atrás, esse índice era de 45%, já tendo sido de 39% dois anos antes. Fonte de pesquisa: Artigo IBOPE “Mídia, *Internet para as massas*”. Acessado

para perda da memória, pois proporcionam frouxidão quanto aos valores armazenados na memória, assim afetando nossa identidade.

Em recente entrevista à Revista Época¹⁴⁰ Umberto Eco afirmou que “informação de mal faz mal”. Isso porque, segundo ele, “a internet é perigosa para o ignorante e útil para o sábio, pois ela não filtra o conhecimento e congestionada a memória do usuário”.

Pesquisas realizadas por importantes institutos demonstram que o acesso à *internet* cresceu velozmente no Brasil (e no mundo), sendo certo, inclusive, que até mesmo as classes economicamente menos favorecidas igualaram-se às demais em relação a utilização da rede.¹⁴¹ Atribui-se grande parte desse crescimento ao maior uso de computador nos domicílios, já que, antes, o crescimento do acesso vinha ocorrendo por meio de *lan houses*. A *internet* móvel também tem crescido diariamente, de modo intenso, em razão do avanço tecnológico a par da facilidade de aquisição de produtos compatíveis. Fácil é perceber, portanto, que grande parte das relações acontece no campo virtual da *internet*.

O aumento de poder aquisitivo também incide, gradativamente, no turismo. Viagens para o exterior refletem essa nova sociedade espelhando num comportamento novo do consumidor:

“Esse novo perfil brasileiro refletiu diretamente nos meios de transportes utilizados para se fazer turismo, seja para passeio, férias ou de negócios. O avião está cada vez mais substituindo o ônibus, e os aeroportos deixaram de ser lugares estranhos à maioria da população. Um exemplo disso é a classe C, famílias com renda mensal entre R\$ 1.115 a R\$ 4.807, que está viajando mais, e utilizando a via aérea para chegar ao destino. A rapidez na locomoção, facilidades de pagamento e preços acessíveis estão entre os principais motivos para essa troca”.¹⁴²

Sob a chamada “Como viramos os sacoleiros do Mundo” a revista época de 26 de março de 2012, tece um reportagem onde demonstra que os brasileiros gastaram 21 bilhões de dólares em compras nos EUA, no ano de 2011. Com dados da Organização Mundial de Turismo e do Ministério do Turismo, a reportagem traz um “Diagrama”(gráfico) que anuncia que os gastos dos brasileiro explodiu entre os anos de 2009 e 2011, atribuindo parte desta expansão as passagens aéreas mais baratas e ao aumento do poder aquisitivo.¹⁴³

em data de 20/09/2011 no endereço eletrônico
<www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=8411DFBF6DFF8E02832575EB004ED394>

¹⁴⁰ Edição nº711, de 02 de janeiro de 2012. Páginas 46/49.

¹⁴¹ *Internet* Pop também mostrou que entre pessoas com acesso à *internet* a participação da classe C, que era de 34% em 2006, igualou-se no final de 2008 à da classe B, ao chegar a 40%. E, pela primeira vez, a participação das classes C, D e E, juntas, com 51,3%, superou a das classes A e B. Fonte: Artigo IBOPE Mídia, *Internet para as massas*. Ver mais no mesmo endereço eletrônico *ut supra*.

¹⁴² Artigo do Ibope já citado: “COM O AUMENTO DO PODER AQUISITIVO, BRASILEIRO VIAJA MAIS DE AVIÃO ...”. Acessado em 20/09/2011: Ver mais no <http://blog.planalto.gov.br/com-aumento-do-poder-aquisitivo-brasileiro-viaja-mais-de-aviao/>

¹⁴³ Revista Época nº723, pgs.24/25.

Internet esta criando novas formas de desigualdade entre "inforicos" e "infopobres", ao estabelecer discriminação graves no acesso e utilização de informações entre o Nordeste e o Sul do país, porque a falta de acessibilidade à *www* bem poderá condenar à marginalização de milhões de pessoas. Portanto parece ingênuo pensar que necessariamente o aumento de comunicação deve se traduzir em maior equilíbrio, harmonia social e igualdade entre os cidadãos.

A comunicação, em si, não é progresso político "*e muito menos quando a controlam, como é o caso da Internet, as grandes firmas comerciais e quando, por outra parte, contribui para acrescentar as diferenças e desigualdades entre cidadãos de um mesmo país e habitantes de um mesmo planeta*", conforme o professor da Teoria da Comunicação na Universidade Paris - VII e Diretor de *Le Monde Diplomatique*, Ignácio Ramonet, citado por Perez Luño.¹⁴⁴

Com a enorme gama de relacionamentos entre os homens na vida social (em crescentes manifestações, aliás, temperadas segundo os conformes da atual realidade que a globalização modela e imprime), uma infinidade de diversificadas mudanças desencadeia-se, maciça e constantemente, pela vastidão de conhecimentos. Intensificam-se desde logo e assim influem, sobremaneira, no moderno universo do Direito. Por força de velocíssimos avanços acrescentados à civilização, mais seus contínuos desdobramentos, reascendem-se sempre e sempre, como natural consequência, novas conquistas: pontuam-se, estas, a bordo de multifacetados ramos e rumos que propiciam tantíssimos efeitos; alguns deles atrelados a perceptíveis delineamentos que o sinal dos tempos sugere enquanto se renova, no cotidiano, experiências tendentes a proporcionar, de antemão, toques de sustentabilidade bem servida de energia jurídica.

Mas o uso massivo da *internet*, e o conseqüente surgimento e uma "cibercultura", em que o cidadão-usuário sequer precisa sair de casa (ou mesmo do quarto), bem pode apontar para um grave perigo de solidão, de isolamento e alienação, que pode destruir a vida humana que é por definição, vida social e comunitária. Por isso Perez Luño observa que esta conduta pode relegar numa multiplicidade de indivíduos atomizados em seus guetos ou *bunkers* eletrônicos. Desataca, ele, ainda o seguinte¹⁴⁵:

"Captando certamente este perigo, Robert Dahl tem aludido a alguns "cidadãos silenciosos" (1999, 212), Giovanni Sartori fala de uma "solidão eletrônica" (1998, 129) e Stefano Rodotà tem qualificado teledemocracia como: "*Living room*

¹⁴⁴PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. A *CIBERCIDADANIA*:...op.cit. no prelo, p.26.

¹⁴⁵PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. A *CIBERCIDADANIA*:...op.cit. no prelo, p.27.

Democracy", para fazer referência a este fenômeno de autoconfinamento, domiciliar na qual se exerce este sistema de participação política (Rodotà, 1948, 89 ss.)".

Não há dúvida de que uma coisa é falar de globalização e seus efeitos jurídicos; outra da *internet* e seus efeitos, ainda que possam ser combinados - mas um não é causa suficiente do outro fato.

A globalização é um fenômeno essencialmente econômico e social de internacionalização da atividade econômica, sobretudo por meio de empresas, mas também de pessoas e de serviços (e até do crime, que não deixa de ser atividade econômica também). Enquanto fato, ela tem prós e contras. Dentre suas características, uma delas é a perda de espaço do Estado soberano com limites territoriais. Do ponto de vista jurídico, a globalização põe em cheque o direito constitucional e público de uma maneira geral, o Poder Judiciário estatal.

Já a *internet* é outro fato social (agora muito mais tecnológico). É a interligação do mundo por computadores. Diminuem-se tempo e limites geográficos. Naturalmente ela potencializa os efeitos da globalização. Mas não são a mesma coisa. Juridicamente a *internet* traz efeitos positivos, como exemplo, ela diminui muito os custos de aquisição de bens e serviços.

Vivemos em uma sociedade na qual a informação é poder e esse poder se faz decisivo quando, graças à informática, converte informações parciais e dispersas em informações de massa e organizadas. A informação tem se transformado em símbolo emblemático de uma sociedade que designa a si mesma como uma sociedade da informação ou sociedade informatizada. Porém não deve implicar que os cidadãos fiquem inertes perante a invenção, utilização e transmissão de dados que afetem a sua intimidade e o exercício de seus direitos. Castells define a *internet* como um meio de comunicação que constitui a forma organizativa da sociedade contemporânea.¹⁴⁶

A loja não precisa mais pagar aluguel, impostos de locação, funcionários, ela vende *online*, mas também tem efeitos negativos: como aumento da insegurança das transações, da produção da prova.

Segundo Begley, o ser humano consegue reter 10% do que vê, 20% do que ouve, 50% do que ele ouve e vê (a vantagem multi-mídia), e 80% do que ele simultaneamente ouve, vê e faz (o salto interativo)¹⁴⁷.

¹⁴⁶CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Editora Paz e Terra, 12.ed. São Paulo. 2009. p.287

¹⁴⁷Begley, S. (1994). *Teaching minds to fly with discs and mice*. Newsweek, May 31, 1994.p. 47.

Bem ou mal, pode-se ainda citar alguns exemplos práticos que a *internet* trouxe a sociedade contemporânea. Veja-se: ela certamente operou bem para a descentralização da informação, cultura e educação, pois com a utilização da ferramenta *internet* estas questões sociais importantes para a cabal cidadania (informação, cultura e educação) não mais se limitaram ao alcance de poucos privilegiados, suprimindo assim a frágil atuação do Estado. Importantes instrumentos desta socialização são exemplificadas através da *Wikipedia* que facilmente já representa a mais consultada enciclopédia no mundo. Antes disso, sabidamente que uma consulta à uma enciclopédia impressa (a Britânica, ou a Universal Larousse, como exemplos) era coisa para poucos. Hoje não mais, pois o acesso é livre a uma enciclopédia; também pela infinita existência de livros, mapas, textos, gravuras e fotografias expostas na *internet* que bem facilitam os usuários adquirir conhecimento global mesmo sem sair de casa; sem deixar de mencionar a cada vez mais utilizada “educação à distância”.

Obviamente que estes instrumentos não são nada “românticos”, pois o usuário não mais tem contato pessoal com estas experiências (sequer precisa viajar para conhecer os pontos históricos de Roma – *Fontana di Trevi* como exemplo). Também há que se destacar, como aqui já mencionado *alhures*, que em razão do aumento da demanda/oferta a qualidade tende a se esvaziar, e quem sai perdendo nestas transmutações é o usuário.

Desta descentralização surgem outros aspectos positivos, pois se vê (pelo menos por um prisma) a diminuição das diferenças sociais, conquanto que surgem no espaço público da *internet* novas oportunidades de negócios, emprego, conhecimento, ampliação da rede social do indivíduo. Ou seja: a *internet* representa, neste contexto, excelente ferramenta de inclusão social.

O estudioso das mídias *online* Steve Rubel¹⁴⁸ afirma que a *internet* fará com que a próxima geração exija tudo de forma instantânea. Atuando como consultor em estratégias de comunicação com as novas mídias, sem se esquecer das antigas, busca melhorar o uso de *blogs* na comunicação de grandes empresas com seus clientes.

Rubel acredita que a próxima geração (chamada de geração Z, compreendida por aquelas pessoas que nasceram depois dos anos 2000) “vai esperar que tudo esteja disponível instantaneamente, assim que quiserem”, e por isso não aceitarão formas de censura de conteúdo da web. “A sociedade vai ficar mais móvel, mais social e mais dependente do

¹⁴⁸ Entrevista concedida em 08/09/2011 para o jornalista LUCAS HACKRADT da Revista Época, ver mais em <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/A-decada-da-Internet/noticia/2011/09/sociedade-vai-ficar-mais-dependente-do-immediatismo-diz-steve-rubel.html>.

imediatismo, na mesma medida em que os consumidores ganham mais poder” asseverou em entrevista à Revista Época.

Afirmou nesta mesma entrevista que atualmente hoje as redes sociais já são utilizadas por cerca de 50% da população americana, de acordo com a *Pew Internet*¹⁴⁹. Em outros mercados isso pode até ser menor, mas são apenas algumas exceções. Mas o *boom* no uso de *smartphones* tende a mudar isso com o tempo, assim como a evolução demográfica mundial. Isso criará uma expectativa pública - que pode ser correta ou errada - de que todas as empresas terão de se engajar pública e proativamente com os consumidores. Tudo isso irá acelerar a forma como as companhias não apenas se comunicam, mas como se organizam e como operam em um ambiente de tempo real.

Rubel arremata esclarecendo que

“A sociedade vai ficar mais móvel, mais social e mais dependente do imediatismo, na mesma medida em que os consumidores ganham mais poder. Esse movimento irá diminuir nossa habilidade de enxergar a figura completa, como um dia o fizemos, porque os conteúdos e a informação serão cada vez mais filtradas por nossas “lentes sociais”.

Rosental Alves - Diretor do Centro Knight para o Jornalismo nas Américas da Universidade do Texas, em Austin -, em entrevista concedida também à Revista Época,¹⁵⁰ sustenta que a web se tornou um local em que as pessoas debatem as informações e o papel do jornalista se torna mais importante do que nunca, advertindo que

“As pessoas confundem muito a internet com uma fonte de informação. Mas a internet não é uma fonte, ela é um meio. Ela é um ambiente em que as pessoas se encontram e debatem a informação”.

Explicou Rosental Alves que nessa década houve uma explosão de fontes

“passamos da mídia de massa para a massa de mídia”. Cada pessoa começou a, potencialmente, ser uma mídia. E nós passamos a dar muito mais valor às pessoas que conhecemos na medida em que elas próprias se tornam a mídia. Isso foi potencializado pela proliferação das redes sociais.

De maneira muito pessoal e demonstrando maestria sobre o tema, destacou também que o *Twitter*¹⁵¹ tem uma forma diferente das outras redes sociais, pois segundo ele

¹⁴⁹ A *Pew Internet & American Life Project* é um centro de análise sem fins lucrativos que colhe e fornece informações sobre as questões, atitudes e tendências que moldam a América e o mundo. O Projeto produz relatórios explorar o impacto da internet sobre as famílias, comunidades, trabalho e casa, a vida diária, educação, saúde e vida cívica e política. Ver mais em <http://pewinternet.org/About-Us.aspx>.

¹⁵⁰ Entrevista em 08/09/2011 ao jornalista LUCAS HACKRADT: “A internet não é uma fonte de informação, é um meio”. Veja mais em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/A-decada-da-Internet/noticia/2011/09/rosental-alves-internet-nao-e-uma-fonte-de-informacao-e-um-meio.html>>

¹⁵¹ *Twitter* é uma rede social e servidor para microblogging, que permite aos usuários enviar e receber atualizações pessoais de outros contatos (em textos de até 140 caracteres, conhecidos como “*tweets*”), por meio do *website* do serviço, por SMS e por softwares específicos de gerenciamento. As atualizações são exibidas no perfil de um usuário em tempo real e também enviadas a outros usuários seguidores que tenham assinado para recebê-las. As atualizações de um perfil ocorrem

“o Twitter é como um rio de informação. De vez em quando, você pode até dar uma parada na beira do rio e olhar toda aquela informação, mas você não vai para baixo ou para cima do rio. O que quero dizer com isso é que as redes sociais, do ponto de vista de serem ferramentas de comunicação, simbolizam uma multiplicação da participação cidadã na distribuição de conteúdo”.

Rosental ainda explica que antigamente a reportagem, enquanto matéria escrita era o ponto final do processo de comunicação, mas que agora ela apenas dá início a uma nova etapa da comunicação, porque, segundo ele, “daí as pessoas pegam aquela informação e vão debater, discutir nas redes sociais, compartilhar”.

Mas nem tudo que vem da *internet* é proveitoso. Philip Roth¹⁵² escritor americano afirma que a tecnologia deve acabar com o livro em papel e que a literatura tende a perder a influência na formação dos jovens. Diz ele que “A cultura literária vai acabar em vinte anos”.

Apenas para demonstrar a irreversibilidade do avanço social, no percalço do avanço tecnológico, veja-se que até os escritores mais tradicionais, renomados internacionalmente – à vista da importância dos trabalhos produzidos –, como Umberto Eco que cede às tentações da era digital.

Em recente entrevista à Revista *Época*, Umberto Eco, aos oitenta anos de idade, declarada ter se rendido as comodidades e a leveza e acabou por adquirir um *iPad* para leitura de livros (digitais), pois em viagem pelos Estados Unidos, em recente turnê de promoção de seu livro, precisava carregar 20 livros consigo. Disse ele que “Foi útil na questão de transporte dos volumes. Comecei a ler no aparelho e não achei tão ruim. Aliás, achei ótimo”¹⁵³.

Neste turno, a *internet*, como instrumento da globalização, e seu mau uso (enganoso) a serviço de aproveitadores, espalha seu lado nocivo no âmbito da mercância: muitos anunciantes praticam invasivo despejo de informações inidôneas, valendo-se de desinformações com reserva mental de surpreender a prudência ordinária do destinatário (o consumidor). A omissão deliberada sobre pontos fundamentais induzem em erro pessoas de boa-fé. Quem atua no mercado de consumo como fornecedor tem o dever de bem informar.

A esse respeito escreveu Cláudia Lima Marques que:¹⁵⁴

“ O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art.6, III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser

por meio do site do Twitter, por RSS, por SMS ou programa especializado para gerenciamento. O serviço é gratuito pela internet, entretanto, usando o recurso de SMS pode ocorrer a cobrança pela operadora telefônica. Fonte: wikipedia.

¹⁵² Ele é tido por críticos respeitados como o maior escritor vivo e figura há décadas na lista de possíveis ganhadores do Prêmio Nobel. É o único autor vivo a merecer a edição de suas obras na editora *The Library of America*, dedicada a escritores consagrados. Veja mais em Revista *Época*, edição 698 de 03 de outubro de 2011, p.88.

¹⁵³ REVISTA *Época*, 02 de janeiro de 2012, ps.46-49.

¹⁵⁴ MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos...* Op.cit. p.102-121.

natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.

Qualquer que seja o modo de se descumprir esse dever, ao fornecedor desassiste amparo, *secundum legis*, quando nas relações de consumo seu comportamento apresenta lances de colorido infracional – como tais considerados aqueles que desdenham os comandos de regência do Código de Defesa do Consumidor. Diante de hipóteses assim – importa dizer, *en passant* – contrapontos existem e em função deles sai dos eixos o que se criou e produziu para o bem.

Enfim, a *internet* revela-se instrumento fundamental no mercado de consumo, pois facilita e fomenta o mercado sem exigir a presença física dos sujeitos da relação, isso possibilitando o comércio eletrônico. Em negociação desse tipo ganha especial evidência a necessidade de proteção ao consumidor, porquanto sua hipossuficiência em tal aspecto potencializa-se, tornando-se especial. A compra virtual no mundo globalizado demonstra problemas que comprometem diferentes países, situação que clama por respostas tanto no âmbito nacional como internacional. Têmis Limberger advertiu que “hoje se assiste um incremento tecnológico capaz de lesar direitos fundamentais”¹⁵⁵, e complementa destacando que “O típico elemento Estado: o território, perde sua importância, na imensa aldeia global.”¹⁵⁶

Miriam Leitão recentemente disse que “tudo que acontece hoje em cada país, mesmo pequeno, tem efeitos muito além das suas fronteiras. Não há simplificações simples, tudo é de uma complexidade estonteante”.¹⁵⁷

Acontece que até a exploração irrefreada do mercado, ainda quando em prejuízo do consumidor (parte fraca), acaba tirando partido do desenvolvimento para dispersar o sono de muita gente, não raras vezes, via *internet*: serve-se, em parte, de aparatos da evolução para, desvirtuando a finalidade do chamado ‘mercado virtual’, promover todo o tipo de predação (em rituais de falcaturas, estelionatos, ameaças, infâmias, até redes de pedofilia e muito, muito mais).

Estudos e muito trabalho são necessários, senão de todo urgentes, para que se dê cobro a isso. Constitui um dever ao qual não podem as autoridades competentes virar as costas. Sabe-se, ademais, que, a prevalecer sem enfrentamento esse perverso problema de insegurança jurídica nas relações de consumo (cunho transnacional), a tendência será uma só:

¹⁵⁵ LIMBERGER, Têmis. *Proteção de dados pessoais*....Op.cit.p.217.

¹⁵⁶ LIMBERGER, Têmis. *Proteção de dados pessoais*....Op.cit.p.218.

¹⁵⁷ Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 23.02.2011.

agravamento, sob as bênçãos da impunidade, num raio de ação cada vez maior contra consumidores vulneráveis.

Ninguém ignora que por todos os quadrantes pululam, abusiva e incessantemente, motivos de sobra para escaldar preocupações em derredor do enunciado comércio eletrônico - no mundo virtual com sequelas no mundo real. Tais motivos resultam dos avanços tecnológicos direcionados a essa área, todos densamente engrossados como limalhas de ferro no imã – a saber: motivos acumulados nas dobras de algumas intenções, sem chance de decolar.

Daí porque o problema, relativamente novo, não vem a lume à minguada de intenções bem definidas e então servíveis à incorporação numa estrutura que garanta, ao usuário, segurança jurídica. Sujeita a reflexões com o fito coibir, por meio de providências firmes e cabais, de investidas dos agentes do mercado, o problema enfocado clama por atenção mais incisiva, enérgica por excelência e que não se acomode nas engrenagens dos tempos, mas se agilize e atinja, sem maiores delongas os despreziosos delineamentos trilhados pela doutrina ainda não muito explorada mas agora melhor servida de exemplos a seguir, casos a combater, a contornar ou apoiar, muita coisa a criar e aperfeiçoar mediante sopros renovadores (à medida que a evolução agita costumes dentro e fora do País).

Têmis Limberger¹⁵⁸ adverte ser importantíssimo assegurar proteção no comércio eletrônico uma vez que atualmente aí se assentam, muitas vezes, as relações de consumo. Em seu trabalho intitulado “Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI”, discorre ela sobre o fenômeno informático dizendo que permite um fluxo de dados sem fronteiras. Adverte, ainda, que o uso indevido da informática pode constituir uma ameaça ao direito à intimidade, já que existe a possibilidade concreta de violação, divulgação e até mesmo comercialização dos dados¹⁵⁹ - ora tratados como uma nova mercadoria. Desataca, mais, que em 2007 o Tratado de Lisboa¹⁶⁰ reconheceu a proteção de dados pessoais

¹⁵⁸ LIMBERGER, Têmis. *Proteção*., Op.cit.p.215/217.

¹⁵⁹ Dados pessoais é objeto de cobiça de empresas de marketing eletrônico. Com os dados em mãos começam a valer-se da prática de envio de “Spam”. É o termo pelo qual é comumente conhecido o envio, a uma grande quantidade de pessoas de uma vez, de mensagens eletrônicas, geralmente com cunho publicitário (mas não exclusivamente). O spam também é conhecido pela sigla inglesa UCE (Unsolicited Commercial Email, ou Mensagem Comercial Não-Solicitada). Em plena era de *Internet* comercial, o spam é uma das principais perturbações para internautas, administradores de redes e provedores, de tal forma que o abuso desta prática já se tornou um problema de segurança de sistemas. Além disso, é também um problema financeiro, pois vem trazendo perdas econômicas para uma boa parte dos internautas e lucro para um pequeno e obscuro grupo. É justamente por esta razão que redes sociais são excepcionalmente valorizadas, como foi o caso recente da *FACEBOOK*: negociada por 50 bilhões de dólares, tendo como principal atrativo o mais de 500 milhões (números de dezembro de 2010) de associados cadastrados. Cada associado passará a receber mensagens publicitárias. *In* Revista Época, 10 de janeiro de 2011, ps.50-51.

¹⁶⁰ Documento assinado em dezembro de 2007 pelos 27 estados-membros da União Europeia (UE), depois de seis anos de debates. É o mais recente de uma série de tratados que atualizam e consolidam a base jurídica do bloco.

como direito fundamental, e que não há legislação específica no Brasil, apesar da intensamente necessária.

Aliás, a necessidade de expansão da proteção do Consumidor brasileiro além do território geográfico nacional é questão que impõe reflexão e clama, com rigor bem justificado, por especial atenção. Não pode ser ladeado, tampouco postergado. Mais uma vez pertinente a lição de Têmis Limberger ao dizer que o direito brasileiro passa por um “verdadeiro faroeste informático” tendo em conta a precariedade da tutela jurídica no espaço virtual. Isso é verdadeiro, e muito sério!

A tecnologia se mostra cada vez mais complexa, o que faz o fornecedor perder o controle da situação. Fácil perceber quão maior é a vulnerabilidade do consumidor à vista da disparidade econômica, de informação e tecnologia. Outro fator importante está em que a livre concorrência ganhou força com a globalização da economia, mas, no entanto, não se sobressai a mesma globalização para o direito. As relações de consumo transnacionais – através do comércio eletrônico, ou em viagem – reclamam por uma tutela jurídica menos complexa e mais eficiente.

Nesse aspecto, toda a doutrina de escol caminha no mesmo sentido: o mercado eletrônico a envolver relação de consumo (que não se circunscreve ao espaço nacional, repita-se) deve ser diferenciado, de forma a proteger a parte mais fraca: “vulnerabilidade especial”.

Nestes tempos de profundas modificações nos mais diversos campos da atividade humana, em que as conquistas científicas e tecnológicas mais acentuadas no final do último século, trazem consigo um processo de reestruturação para o novo milênio que se inicia. Há, agora, um novo mundo em que sua essência decorre de três processos determinantes, como assinalou Castells¹⁶¹:

“a revolução tecnológica da informação, a globalização econômica e a crise do Estado, e ainda o clímax dos movimentos sociais e culturais voltados ao direito de individualidade, proteção do meio ambiente e na luta pelos direitos humanos”.

Esta sociedade em rede transformou o “modo de pensar e de produzir, de consumir e de negociar, de administrar, de comunicar, de viver e de morrer, de fazer guerra e de fazer amor” (Castells)¹⁶². Neste viés em que se destacam estas agudas transformações, vê-se que o Direito, como instrumento fundamental a ordem social, foi drasticamente afetado sob diversos ângulos e, diante disso, e das novas formas de relações sociais criadas pela sociedade em rede, é chamado a depor uma vez que estão em jogo os interesses individuais e coletivos, privados e

¹⁶¹ CASTELLS, *A era da informação...* Op.cit.p.12.

¹⁶² CASTELLS, *A era da informação...* Op.cit.p.19.

públicos. Estes novos conflitos deságuam na necessidade de reformulação e criação de novos conceitos e princípios jurídicos e, da mesma forma, de normas jurídicas que venham, de imediato, proteger estes interesses, com bem ponderou Flavio Alves Martins.¹⁶³

Como visto, a sociedade mudou drasticamente após o advento da *internet* e o surgimento da *sociedade em rede*. Novos paradigmas foram surgindo e novos conceitos foram criados. As estruturas estatais até então existentes sofreram consideráveis abalos e isso certamente refletiu no comportamento do mercado. Tais desdobramentos suscitaram algumas casuísticas, as quais bem foram lançadas já na sinopse da obra de José Eduardo Faria¹⁶⁴, “O Direito na economia globalizada”, veja-se:

“Alimentada por uma revolução mundial única está conduzindo ao redimensionamento do princípio da soberania nacional, qual o futuro das Constituições - dirigentes, aquelas que, além de consistirem num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos, atuam também como uma espécie de "estatuto político" dos Estados intervencionistas?”

Desde a apresentação de sua obra Faria¹⁶⁵ vinha advertindo sobre a relativização de alguns conceitos e princípios jurídicos, destacando soberania, legalidade, hierarquia das leis, direitos subjetivos, igualdade formal, cidadania, equilíbrio dos poderes, segurança e certeza.

Afirma ele, Faria, que o poder econômico produtivo é determinante na estrutura jurídico-político-social, pois agora, na globalização, o direito acompanha as organizações econômicas complexas onde quer que se encontrem. A esse movimento o autor denominou de neofeudalismo jurídico.

Para Faria a integração hodierna dos mercados rompeu tradicionais barreiras, começando pela Desterritorialização da economia e internacionalização do mercado (de consumo e financeiro), assim como gerou a privatização de empresas públicas e conseqüente flexibilização da legislação social, desta forma desterritorilizando e reorganizando o campo da produção, porquanto houve nítida modificação da cultura industrial que demonstravam-se rígidas no começo do século passado, guiadas pela corrente “*fordista*”, passando-se a adotar diretrizes mais flexíveis de natureza “*toyotista*”, de tal forma a causar impacto na regulamentação trabalhista além de causar uma flexibilização das relações contratuais.¹⁶⁶

Faria também aponta como sintoma da economia globalizada a fragmentação das atividades produtivas nos diferentes cantos do mundo, permitindo-se as grandes incorporações multinacionais participar o comércio de forma inter-empresa, de tal maneira que se conseguiu

¹⁶³ MARTINS, Flavio Alves. e MACEDO, Humberto Paim de. *Internet* Op.cit.p.27.

¹⁶⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Edit.Malheiros. São Paulo.1999.

¹⁶⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito....* Op.cit.p.7.

¹⁶⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito....* Op.cit.p.27.

contornar a rigidez de distintas legislações de cada Estado, propiciando concentrar suas investidas em países em que as legislações comerciais e trabalhistas lhes fossem mais vantajosas.

Bem se vê, a globalização trouxe consigo mudanças econômicas, políticas e sócio-culturais, por toda circunferência do globo. Em obra intitulada “O Mundo é Plano - uma breve história do século XXI”,¹⁶⁷ Thomas L. Friedman muito bem narra sua percepção desta realidade. Ele conta que numa viagem à Índia percebeu que a globalização tem o condão de mudar os conceitos econômicos.

Entende ele, Friedman, que “o mundo é plano” sob a ótica de que a globalização nivelou a competitividade entre os países emergentes e os industrializados, sendo isso resultado do avanço tecnológico, destacando-se aí o uso do computador pessoal e o surgimento da fibra óptica, além da otimização da produtividade pela utilização de *softwear* de fluxo trabalho.

Fridman dividiu historicamente a evolução da globalização em três fases: Globalização-1.0, então destacando a atuação dos governos e corporações; a Globalização-2.0, fase em que as companhias multinacionais ditavam as regras da integração global; e a Globalização-3.0. em que a tecnologia de comunicação dominou o globo e mudou o comportamento da economia e da sociedade – muito se aproximando da ideia de “sociedade em rede” descrita por Castells.

Foi nesta fase da Globalização-3.0. que Friedman retirou os exemplos de companhias na Índia e na China que cederam mão de obra (digitadores e atendentes de *call centers*) e assim tornaram-se parte da de companhias como *Dell*, *AOL* e *Microsoft*.

Fridman propõe a “Teoria Dell de Prevenção de Conflitos” e cria um sistema de identificação de marcos importantes nesta transformação global. Assim, propôs “As 10 forças que nivelaram o mundo”¹⁶⁸ e “As 03 convergências”¹⁶⁹ e destacou que para combater a crise

¹⁶⁷ FRIDMAN, Thomas L. *O MUNDO É PLANO - uma breve história do século XX*. Editora Objetiva Ltda. 2005, tradução: Cristina Serra, S. Duarte e Bruno Casotti.

¹⁶⁸ Identifica as “10 Forças niveladoras” com a queda do muro de Berlim; Netscape; Fluxo de trabalho; Código aberto; Outsourcing; Offshoring; Cadeia de fornecimento; Insourcing; In-formação; e “Os esteróides”.

¹⁶⁹ Descreve as “03 Convergências” começando pelo ano 2000, *Convergência I*, quando os dez niveladores eram independentes uns dos outros. Contudo, logo logo, todos eles convergiram-se em bens complementares. Cada nivelador fortalecendo outros e quanto mais um nivelador se desenvolvia, mais nivelado o mundo ficava. Em seguida, um novo modelo de negócios veio para suprir algumas carências e o que foi necessário para alcançar sucesso. Em lugar de colaborar verticalmente (colaboração de cima para baixo, na qual inovação vem de cima), as empresas precisariam começar a colaborar horizontalmente. Horizontalização significa que companhias e pessoas colaboram com outros departamentos ou companhias para agregar valor ou inovação. *Convergência II* de Friedman ocorre quando a horizontalização e os dez niveladores começam a se reforçarem mutuamente. Foi assim que, após a queda do muro de Berlim, os demais países começaram a abrir suas economias e aderir as novas tendências mundial. A Índia, China, Rússia e as nações do Leste europeu, América latina e Ásia central, tornaram-se novos “Players” do mercado global, passando a contribuir para a colaboração horizontal no mundo todo. Desse modo, a *Convergência III* é a mais importante força que modela a política e a economia do começo do século XXI.

do achatamento do mundo deve-se buscar atualização tecnológica e qualificação da mão-de-obra.

Descreve Faria¹⁷⁰ o surgimento e crescimento de um direito de natureza mercatória, pois houve uma nítida expansão de um direito paralelo ao dos Estados, consequência da pulverização dos foros de negociação descentralizados daqueles antes estabelecidos pelas grandes empresas e, bem assim, Faria ainda aponta o enfraquecimento da autonomia dos Estados.

A globalização econômica descortinou o cenário do mercado, fazendo-se aparecer a clara separação existente entre legislação e realidade fática e a crescente interação entre a esfera pública e a privada. O neoliberalismo estimula uma constante movimentação política de flexibilização legislativa a propiciar o crescimento do mercado. Na verdade, criam-se leis de incitação aos negócios.

Tudo isto é sintoma das sociedades complexas pós-modernas, pois na contemporaneidade os então modelos tradicionais de regulação sociais estão em crise, ai incluindo-se não só os chamados países periféricos, mas também os países centrais tidos como industrializados e avançados como os países europeus e norte-americanos.

O tempo presente é porventura um tempo privilegiado para a análise das transformações por que está a passar o Direito Internacional, assim definiu Professor Jose Manuel Pureza,¹⁷¹ e ainda acrescentou o seguinte:

“A crise regulatória dos Estados-nação, a revolução informática e os seus impactos perfuradores nas soberanias nacionais, a emergência de dinâmicas e problemas sociais de natureza ou alcance ineditamente globais, são alguns dos factores que estão a determinar mudanças profundas no Direito Internacional herdado da modernidade ocidental” .

Faria identificou a ocorrência de uma tensão existente entre o que chamou de “desordem real” e a “ordem jurídica”¹⁷². Explica que a ordem jurídica é afetada por situações fáticas e que por isso não dá cobro de oferecer soluções eficazes, destacando então a fragilização da dogmática jurídica hodierna, a qual o direito positivo, lógico-sistemático, está construído em torno do princípio da soberania (direito subjetivo e segurança do direito, com o primado do direito sobre a política e com identidade nacional forjada em torno da história, da

¹⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.51.

¹⁷¹ PUREZA, Jose Manuel. Professor Associado do V Grupo da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, *in Ordem jurídica, desordem mundial. Um contributo para o estudo do Direito Internacional*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 64, Dezembro 2002: 3-40. Fonte: www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=807, acessado em 05/02/2012.

¹⁷² FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.133.

língua e de uma cultura comum, o monismo jurídico, a norma fundamental, o poder constituinte originário, hierarquia das leis).

Faria, neste tanto, defende a importância da dogmática¹⁷³. Diz ele que

“Surgido primado do direito sobre a política, com o papel integrador da cidadania democrática e com a afirmação de uma identidade nacional forjada em torno da história, de uma língua e de uma cultura comuns, a dogmática certamente constitui o que há de mais pragmático no âmbito do pensamento jurídico moderno.”

Suscita Faria neste viés a aplicabilidade da “teoria da revolução paradigmática”¹⁷⁴ como modelo descritivo da evolução científica. Em época de crise situa o direito frente à expansão do capitalismo mercantil. Em outras palavras, Faria adverte a necessidade de se investigar a crise ocasionada internamente nos Estados-Nação ante a estrutura de produção mundial e a novel postura dos sistemas jurídicos nesta era da globalização.

Para situar a atual crise econômica decorrente da globalização, Faria faz uma breve abordagem histórica passando pela seara da ciência econômica, descrevendo que o modelo econômico (produtivo, financeiro, comercial e industrial) criado na primeira fase do século passado foi afetado pela *crise do padrão monetário internacional* e pelos choques do petróleo¹⁷⁵.

Segundo Castells¹⁷⁶, a sociedade informacional teve grande valia para o avanço da ciência e tecnologia, reduzindo os custos de comunicação e transporte (internacional), promovendo o fenômeno que Faria chama de “economia-mundo” - os fatores de produção passam a ser distribuídos pelo mundo conforme as condições mais favoráveis oferecidas pelos locais receptores das empresas produtoras.

Decorrente desta “economia-mundo” as empresas passam a ser mais mutáveis, adaptáveis e ágeis quanto às novas demandas, além de que o padrão de mão de obra passa a clamar por pessoas polivalentes, ao que Faria chama de “especialização flexível da produção”.

Em virtude desta multiplicidade de fatos supervenientes decorrentes de situações inéditas e/ou em transformação, e por isso não previsíveis, os ordenamentos jurídicos internos sofrem abalo pela globalização, criando uma necessidade de regulamentação pelos Estados,

¹⁷³ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.151.

¹⁷⁴ Thomas Kuhn desenvolve sua teoria centrando o entendimento de que o conhecimento científico não cresce de modo cumulativo e contínuo. Ao contrário, esse crescimento é descontínuo, opera por saltos qualitativos, que não se podem justificar em função de critérios de validação do conhecimento científico. A sua justificação reside em factores externos, que nada têm a ver com a racionalidade científica e que, contaminam a própria prática científica. Ver mais sobre a “teoria pragmática” em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/kuhn1.htm>.

¹⁷⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.116.

¹⁷⁶ CASTELLS, *A era da informação...* Op.cit.p.42.

desencadeando numa indesejável inflação legislativa que acaba por abalar a dogmática jurídica.

É bem de ver que o sistema normativo — e toda a sucessão de atos, termos e normas de produção, de conteúdo, de forma e de sequência que lhe são correspondentes — tem suportado, na prática, significativos impactos que influem nas conjecturas, nas progressões e nas adequações desejáveis, tudo defluindo, por igual, desse fenômeno que marca o poderio do mundo globalizado.

Em razão de que essa somatória de consequências e seqüelas repercutem nas palpitações da crise legal, Blanco de Moraes aborda a questão tratando dos efeitos que espelham uma patologia, apontando-a como sujeita a “terapia legística” de ordem organizativa, formal e material.¹⁷⁷

Assim surge a legística como área do conhecimento relativamente recente que se ocupa da elaboração das normas, visando dar qualidade aos atos normativos. Segundo Assunção Cristas, professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e ex-diretora do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça de Portugal e atual Ministra da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território de Portugal, legística é o “Ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos.” Para ela, “trata-se da arte de bem fazer as leis, ao reunir um conjunto de fundamentos com o objetivo de elaborar a melhor norma possível”¹⁷⁸.

Mesmo a par dos conhecimentos que a Legística dissemina, não se deve perder de vista que nem sempre é possível a produção de uma legislação impecável, pois é inerente ao sistema legislativo limitações de ordem temporal, política, orçamentária, entre outras, o que limita a elaboração de um trabalho sem falhas, perfeito.

Tal fator reflete na patente insegurança que hodiernamente se apresentam tocante à seleção do Direito aplicável em cada caso concreto e que culminam revertidas, destarte, em despesas para o Estado e em correspondentes prejuízos para cidadãos e empresas que, em função da instabilidade dos regimes legais, se vêem tolhidas nas suas possibilidades de cálculo de expectativas comportamentais.

Na vigência do Estado Liberal, assevera Blanco de Moraes, a lei representava a “vontade geral” ou “nacional” caracterizada por atributos respeitantes assim a conteúdo como

¹⁷⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de Legística. Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*. Lisboa: Verbo Editora, 2007, p. 79.

¹⁷⁸ ASSUNÇÃO CRISTAS, Maria de, Machado da Graça. *Estatísticas da Justiça e Política Legislativa: uma Experiência de Unidade Orgânica*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (Brasil), Ano IX, Setembro de 2005, p.66. fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/revista.htm>.

a forma e potência normativa.¹⁷⁹ Numa quadra histórica seguinte, a lógica intervencionista do Estado Social, inerente ao novo modelo constitucional passou a divisar a lei como um instrumento transformador das relações políticas, sociais e econômicas em resposta às exigências difusas da sociedade (despertadas pelo pluralismo de interesses inerentes às transformações sentidas).¹⁸⁰

Nesse cenário, importa vincar que ao Estado Social foram atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos “de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional”¹⁸¹, tanto que o Direito passou a ser visto como um sistema de regras e de princípios consagradores de valores fundamentais presumidamente realizáveis por meio de programas e metas.¹⁸²

Esta “inflação legislativa” acaba por ameaçar a lógica formal da dogmática jurídica haja vista a especificidade para as quais as normas são editadas num correlato contraponto com a universalidade a que deveriam se destinar, fazendo surge daí uma relativização quanto a sua eficácia e eficiência. Luciano Benetti Timm¹⁸³ sustenta que a atividade legislativa, poder do Estado, encontra-se condicionada por variáveis econômicas. Isso demonstra um redirecionamento da sistemática jurídica destinada a eliminar disfunções nos mercados – o que antes era unicamente pautada no Estado intervencionista ou providenciário, e agora mais focada nas instituições jurídicas essencialmente descentralizadas, procedimentais e facilitativas do mercado.

Vê-se, por conseguinte, que o indivíduo perdeu espaço para as organizações às quais pertence. Nesta era ganha destaque as empresas, a igreja, a família, o clube, as associações e os sindicatos, além das ONG e o próprio Estado. Cada grupo possui interesses e regramentos específicos em seus espaços jurídicos, surgindo então um pluralismo que se caracteriza pela interpenetração em diversos segmentos jurídicos misturados e, ainda que sejam estruturalmente independentes, inteferem-se reciprocamente em suas inter-relações.

Para Faria,

“os mesmos fatores que provocam a transnacionalização dos mercados de insumo, produção e finanças, capitais e consumo também aceleram o

¹⁷⁹ E arrola os seguintes atributos: “a estadualidade, a soberania, a unidade formal, a unilateralidade e a força” — BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual...* Op. cit. p. 82 e ss.

¹⁸⁰ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual ...*, Op. cit. p. 87.

¹⁸¹ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60.

¹⁸² “A substituição de um Estado liberal por um Estado intervencionista, ou social, que pretende conformar a vida coletiva, e não apenas assegurar o jogo natural das liberdades, que traz consigo assinaladas alterações no mecanismo da separação dos poderes e o desenvolvimento das funções não-jurídicas, especialmente da função técnica, que corresponde a uma estrutura econômica concentrada e não já atomista, levou muitos autores a procurarem opor à fórmula clássica do Estado liberal de Direito, material ou formal, uma nova fórmula que seria a do Estado social de Direito” — cfr. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1983, p. 324.

¹⁸³ TIMM, Luciano Benetti, e BICCA, Rafael. *In DIREITO, MERCADO E FUNÇÃO SOCIAL*. Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, v. 8, p. 97-114, 2007.

esvaziamento do individuo como única unidade moralmente relevante de ação”. E complementa advertindo que “quanto maior foi a velocidade do fenômeno da globalização, principalmente a partir dos anos 90, mais rapidamente as novas formas de ordenação da vida econômica se generalizaram”.¹⁸⁴

Faria descreve a passagem do estado liberal (direito instrumental) para o estado social providencialista (direito central, regulatório), e deste para o atual estado neoliberal (direito da produção/reflexivo) onde o sistema econômico irradia seus valores sobre os sistemas social, científico, cultural e político. “O estado hoje já não mais consegue promover a coordenação macroeconômica sem o consentimento e a colaboração das organizações complexas”¹⁸⁵.

É difícil observar-se o Direito atual usando-se somente critérios dogmáticos normativistas, segundo leciona Leonel Severo Rocha¹⁸⁶.

Em outras palavras: o direito passa a ter como característica importante a flexibilidade. Diferentes organizações complexas são levadas a considerar em seus próprios sistema de tomada de decisões, as exigências conflitantes e desconchavos oriundos da sua respectiva esfera de atuação de maneira que a composição dos eventuais e prováveis litígios não configure na quebra da cadeia de produção. Com efeito, dependem entre si para sua sobrevivência, e assim sendo a avaliação do *defecti* material se encontra enfraquecida em face do interesse e necessidade de continuidade da produção – normativo pela velha máxima econômica: custo e benefício.

Faria define o direito reflexivo como sendo a capacidade de um sistema de tematizar sua própria identidade; de perceber como, em seu meio ambiente, operam outros sistemas em relações de interdependência; de colocar-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel. E diz mais: os programas normativos condicionais e finalísticos, complementa ele, são substituídos pelo programa normativo relacional baseado no saber, no conhecimento, na informação e na razão discursiva e não mais em atos de império. O Estado não está, segundo Faria,

“em condições para impor soluções padronizadas e universais para problemas complexos, pois sua função concentra em promover entre os diferentes sistemas uma (auto) reflexão sobre os efeitos sociais tanto de suas decisões quanto de sua atuação sobre seus interesses específicos potencialmente generalizáveis, induzindo-os a não ultrapassar as situações-limite.”¹⁸⁷

¹⁸⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.169.

¹⁸⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.176/177.

¹⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38

¹⁸⁷ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.195-196.

Então, só é proibido o que ultrapassar alguns limites – estes tidos por aqueles além dos quais todos, indistintamente, teriam a perder. Não impõe comportamentos, apenas os sugere.

Numa situação limite, afirma Faria,

“a sociedade de indivíduos’ é substituída por uma ‘sociedade de organizações’, na medida em que cada cidadão culminaria enquadrando sua vida econômica, política, cultural e ate mesmo a familiar na(s) organização(ões) a(s) qual(is) pertence, o que desloca o conhecido e importante problema da coesão e da integração social, tradicionalmente disciplinado pelas normas e mecanismos processuais do direito positivo, para uma integração sistêmica caracterizada pelo entrelaçamento funcional das estruturas constituídas muito acima da vontade e da consciência dos indivíduos e alimentada tanto pelas expectativas de rendimento e consumo dos integrantes de cada ‘organização complexa’ quanto pelos imperativos categóricos da economia globalizada”¹⁸⁸.

A crise da democracia representativa em contrapartida ao deslocamento do centralismo político para o econômico - democracia organizacional – faz com que o direito reflexivo, semeie responsabilidade social assim despertando efetividade às instituições jurídicas. Surge daí um direito social ligado a ideia de realização de justiça compensatória, distributiva e niveladora. Isto desencadeia numa interpretação e aplicação das leis de forma mais sociológica e assim direcionada numa verificação do tolerável e do excessivo. Utopia, segundo Faria, pois de objetivo distante daquele do qual deve o direito mover-se.

Percebe-se, deste contexto, que a crise paradigmática vivenciada pelo direito frente à “economia-mundo”, destaca a insuficiência da dogmática jurídica tradicional como solução dos novos conflitos surgidos com globalização.

Importa dizer que surpresas acontecem e tendem a aumentar, em todos os quadrantes à conta da globalização; todavia, mais das vezes os fenômenos de alcance global são previsíveis (quando não efetivamente previstos), resultando expostos e alardeados os seus porquês, boas e más as causas determinantes em ininterruptos avanços e sem retorno. Bombásticas são e serão várias mudanças a cada envolver nas atividades humanas, alavancadas sob comandos do homem contra a natureza vingativa, tudo se processando nas teias da globalização.

Tal como efeitos climáticos, infelizmente danosos mas não de todo assimilados os seus mais recentes surtos invasivos mundo afora, também outros tantíssimos revolteios - nos domínios da modernidade – vêm ora surpreendendo, ora respondendo e aos poucos

¹⁸⁸ FARIA, José Eduardo. *O Direito...* Op.cit.p.181.

preenchendo conhecimentos humanos (ainda longe, porém, de abrir clareiras definitivas a bem dos rebuscamentos que sacodem o cotidiano na face da terra).

Bauman, bem afirmou que

“A ‘Globalização’ está na ordem do dia: uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, ‘globalização’ é o que devemos fazer se quisermos ser felizes: para outros é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, a ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo ‘globalizados’ – e isso significa basicamente o mesmo para todos”¹⁸⁹.

Enfim, não há, hoje, como não considerar a profundidade e a natureza das repercussões da *internet* em todos os campos da atividade humana, como bem pontuou Martins.¹⁹⁰ Certamente que o mercado foi o setor social mais privilegiado pelo uso massivo da *internet*, sendo o comércio eletrônico destacado no *ranking* das relações jurídicas mais assíduas que ocorrem na rede virtual. O empresariado mostra-se consciente que a rede possibilita investidas em novos flancos do mercado, aumentando a oferta e estimulando a procura de bens e/ou serviços, e isso acontece da mesma forma em que os investimentos são reduzidos.

Gastos com recursos humanos, atualmente, demonstram-se menores do que os de tempo atrás. Mas os investimentos com expansão da atividade agora são direcionados para as formas de tecnologia que permitem negociar a distância com o mínimo de ônus possível.

Este ambiente de mercado eletrônico demonstra-se um espaço público de negociações, o que impende a obediência das regras motrizes da economia. Livre iniciativa e concorrência seguem critérios rígidos, por isso o fornecedor deve adequar-se e adaptar seu modo de operação de forma a atender aos seus clientes, valendo-se da *internet* e de seus instrumentos. Claro que esta adaptação tem custo, mas esta adequação sistemática tem como objetivo maior a busca pela expansão. Esta é a regra do jogo hodiernamente.

No espaço eletrônico a transação entre consumidor e fornecedor é realizada livremente, atuando dentro do mercado globalizado, ainda que entre países distantes. O consumidor busca preço e qualidade, já o fornecedor persegue lucro e baixo custo. Uma das mais importantes características do novo ambiente empresarial é a globalização, que tem sido significativa no setor consumerista, desde a entrada de concorrentes estrangeiros no mercado nacional e a entrada de instituições nacionais no mercado internacional, até a realização de parte de seus processos em localidades diferentes.

¹⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *A globalização...* Op.cit., p.7

¹⁹⁰ MARTINS, Flavio Alves. e MACEDO, Humberto Paim de. *Internet...* Op.cit.p.xviii.

Respinga, neste tema, conceituações em parte atreladas ao enorme carrossel de forças e sistemas em constantes revisões, adaptações, alterações. Na abordagem de Direito do Consumidor, ganha relevo inicial a constante mudança do mercado de consumo, à vista da ‘Desterritorialização do mercado’ e da utilização massiva e descontrolada da *internet* como forte ferramenta fomentadora do novel *modus* comportamental do mercado de consumo. Assim, nos dias atuais é tudo on-line, espaço e tempo se confundem no ‘mundo virtual’.

Diversos observadores indicam novos fenômenos surgidos com a Desterritorialização do mercado. Na seara econômica, fundamental para o sistema social, pois é a sociedade quem suporta seus reflexos (bons ou indesejáveis), podem-se destacar alguns destes fenômenos:

O crescimento econômico em alta velocidade e amplitude, sem precedentes. Não se pode olvidar, todavia, que existem recessões ocasionais ou locais – a crise atual da Grécia, Portugal e até mesmo do EUA, como exemplos – mas que, de maneira geral, ainda se pode ver que “num todo” superam o que se viu em outras épocas. Outro, é a concentração de produção econômica nas zonas urbanas¹⁹¹; Também, o deslocamento da produção agrícola em favor das indústrias como setor fundamental da economia; Fontes alternativas de energia; Proliferação de inovações e utilizações de tecnologia em todo o globo; Abertura dos mercados de trabalho livres e competitivos, com reflexo no aumento do índice de desemprego. Concentração do trabalho em fábricas e indústrias; e a figura essencial dos empresários na direção da produção. Enfim, alimentada por uma revolução tecnológica contínua, a globalização econômica tornou-se um fato.

No descortinar de contínuas e profundas transformações sociais e econômicas durante o século XX (agora ainda mais incrementadas neste início de século XXI, quando a Desterritorialização do mercado se consolidou, notadamente com o crescimento econômico dos países componentes do “BRIC”¹⁹²), viu-se uma nova realidade mercadológica global. Estas transformações suportadas pelo campo econômico (com reflexos sociais e forte relevância na ‘renovação da teoria contratual’¹⁹³) deram causa a uma nova técnica sistemática de mercado. Igual razão, a crescente complexidade do sistema econômico que fomenta o surgimento de novas concepções quanto a compreensão tradicional de mercado e sua convergência com o Direito

¹⁹¹ Ver sobre o tema o artigo da Coordenadora de Estudos Urbanos da Secretaria do Planejamento Municipal de Porto Alegre/RS: {<http://www.portoalegre.rs.gov.br/planeja/spm2/6.htm>}

¹⁹² Em economia, BRIC é uma sigla que se refere a Brasil, Rússia, Índia, China, que se destacaram no cenário mundial pelo rápido crescimento das suas economias em desenvolvimento.

¹⁹³ Sobre o tema, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* Op. cit., p.78.

Mas, para verificar que o sistema econômico é complexo e fomenta o surgimento de novas concepções quanto à compreensão tradicional de mercado e sua convergência com o Direito, é preciso ter em mente “que o mercado existe como fato social”.

Sobre mercado, Timm e Bicca¹⁹⁴ sustentam que “não se trata simplesmente de uma construção jurídica, mas sim de uma realidade e mesmo de uma necessidade das sociedades pós-divisão do trabalho social”. Sustentam ainda a necessidade de proteção deste espaço público do mercado, “pois se devidamente compreendida e isenta de preconceitos”, tal potecionismo “pode constituir-se em uma das mais importantes funções sociais do Direito, nas sociedades contemporâneas”.

Já anteviam estes autores a existência de “muito preconceito entre alguns juristas acerca da instituição social do mercado”, destacando que “normalmente, ele é associado ao liberalismo econômico e ao individualismo burguês” – aqui destacado pelos autores como uma arena de disputa entre fortes e fracos, nos quais os primeiros sempre (ou quase sempre) são favorecidos já que detentores do capital.

Partindo-se do pródomo de que o mercado representa uma realidade social, tem-se que o mercado não pode ser ladeado pela análise jurídica, pois desencadearia numa desestabilização da organização e funcionamento da própria sociedade, tendo em conta que antes mesmo da Revolução Industrial já se organizava na maneira de produção e de consumo.¹⁹⁵

À guisa de demonstrar que o mercado é um fato social, estes Autores levantam alguns questionamentos:

“Tem-se alguma dúvida de que os preços dos calçados produzidos na China podem afetar as empresas do Vale dos Sinos? Alguém questiona que o preço das ações de sociedades de capital aberto seja usualmente fixado em bolsa de compradores e vendedores? É possível negar que um excesso na oferta de commodities como a soja ou o café tende a provocar uma baixa nos preços das mercadorias nas feiras e nos supermercados? Ou, ainda, será que a proibição da comercialização de álcool pela “Lei Seca” norte-americana evitou o consumo e o tráfico de bebidas? E, por fim, alguém tem dúvida de que o preço para alugar um imóvel no litoral provavelmente será muito mais caro na alta do que na baixa estação (devido ao aumento na procura)?”

Pois bem, não se pode negar a existência do espaço público do mercado e sua necessidade social. Assim sendo, a concepção hodierna de mercado não se atém a uma simples construção jurídica: erigi-se, sobretudo, como uma instituição social de imenso valor

¹⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti, e Rafael Bicca Machado. *DIREITO, MERCADO E FUNÇÃO SOCIAL*. Op.cit.p. 105.

¹⁹⁵ Daí é que TIMM e BICCA defendem que “é como fato social, portanto, que o mercado pode ser influenciado pelo Direito (com maior ou menor eficiência social) para garantir determinados valores e princípios constitucionais e legais de uma determinada sociedade”

já que decorre “de um longo e complexo espontâneo processo de divisão do trabalho social, do qual resultou a sociedade atual: diversificada e heterogênea”, segundo Timm se lembrando da lição de Durkheim, *in From the division of labor society* citando Dobbin (Frank. *The new economic sociology. Princeton University Press, New Jersey, 2004, p. 227*).

Nestes tempos de impactantes imediatismos que grassam amiúde no seio das civilizações (geograficamente espalhadas, mas consistentemente atreladas), produção e consumo já não se rendem a *status* e aparatos sociais: predominam, hodiernamente, incontáveis incentivos e preferências individuais – singularidades que concorrem para a descentralização a partir da qual o mercado já não é visto como uma ferramenta meramente hostil, senão como um instrumento de desenvolvimento econômico e social.

A conclusão, já pacífica nas *hostes* doutrinarias alusivas a estes pormenores, está em que o mercado não se firma apenas como um fato social, e sim, também como uma necessidade social; portanto, indispensável a todo e qualquer processo de viabilização negocial (compra e venda, troca, remuneração, comissões retributivas, aplicação em bolsa de valores, etc.).

Em função desta dinâmica vivenciada sem limites de diversificação vem à baila a concepção de que mercado é instituição servível para facilitar a troca de bens de consumo.

Para Ronald Harry Coase “o mercado é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”¹⁹⁶.

Constitui-se, neste viés, uma melhor solução para o dilema central da economia: necessidades ilimitadas e escassez de recursos. Ocorre que o mercado existe justamente para viabilizar de forma menos onerosa a troca de bens de consumo. Concebe-se, por conseguinte, que representa uma necessidade social por ser a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa.

De todo inaceitável é supor que alguém não se dê conta da atuação de uns no interesse de outros e não apenas deles próprios. Claro que é muito natural a atividade do indivíduo a bem das necessidades concernentes a seu ramo ou a sua profissão. Trocando em miúdos, o fornecedor de bens e/ou serviços não apenas busca resultado em seu proveito: busca também, concomitantemente, satisfazer as necessidades dos consumidores. Escusado é dizer que o mercado, sob este aspecto, assemelha-se a uma via de mão dupla.

¹⁹⁶ COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p.7.

Tal como visto, o mercado exerce importante função social, pois viabiliza aos indivíduos – assim repercutindo em toda a sociedade – a obtenção daquilo de que necessitam mas não produzem isoladamente.

Concebendo-se o mercado como fato social a par de sua finalidade e alcance na atual sociedade, inarredável se faz um correlato exame enfeixando o Direito, Economia e Mercado.

O Direito compõe-se de preciosos aparatos instrumentais para um bom desenvolvimento econômico, visto possuir, em suas entranhas, grande capacidade de influenciar decisões a cargo dos mais variados agentes econômicos. Representa, sobremaneira, um dos principais elementos responsáveis pela segurança nas trocas de mercadorias. Ainda que se parta da ideia de um mercado na forma dos primeiros tempos, o fato do comerciante saber se pode, ou não, vender um determinado bem, acabará por afetar o desenvolvimento do mercado como um todo. Do mesmo modo a certeza quanto à possibilidade ou não de conseguir cobrar certos devedores, provavelmente tem a ver com a disposição do vendedor em continuar no mercado - como bem defende Timm e Bicca.

Então, o Direito tem papel fundamental e, pois, inarredável, para a sustentação de um mercado eficiente à conta do corolário lógico que trocas econômicas reclamam baixo custo de transação.

Portanto, compreender que o mercado é uma formação social espontânea, que serve de referência para o comportamento dos produtores e dos consumidores, e, mais, que existe uma lei de oferta e procura em um determinado mercado descrita pelos economistas, “não é questão de credo, mas, sim, uma questão científica”, parafraseando Timm.

Daí se tira a conclusão de que determinados nichos de mercado clamam por uma intervenção estatal no afã de promover o desenvolvimento econômico e a proteção da livre iniciativa.¹⁹⁷ Mas isso não importa na negativa de que o mercado exista enquanto fato social representado por um espaço de trocas, mas sim corrobora a ideia de que a intervenção justamente configura sua existência e serve como forma de concretizá-la, reconhecendo, assim, sua importante função social.

Aqui oportuno é destacar a compreensão defendida por Timm acerca da matéria: deve-se fazer uma distinção: uma coisa é reconhecer a função social do mercado, admitindo que é ele por excelência, a instituição que de forma mais profícua viabiliza as trocas em uma sociedade complexa; outra, bastante diversa (e não endossada pelo Autor), consistente em afirmar que o mercado prescinde de qualquer amparo no sistema jurídico.

¹⁹⁷ Por uma estrutura concorrencial concentrada em poucos agentes denotando uma imperfeição no mercado, por exemplo; ou ainda por assimetria de informações – como é o caso da Lei 12.591/2011, que disciplinou o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Direito Econômico.

Dessa forma, convergir Direito, Economia e mercado não significa, bem entendido, um toque de submissão absoluta das normas jurídicas ao sistema econômico: não se pode, jamais, simplesmente submeter o Direito (que lida com toda a complexidade do sistema social) à ótica de apenas um ângulo científico ou sistêmico de visão da realidade.

Mas o mercado bem pode ser regulado conforme a necessidade apresentada numa determinada sociedade, em um determinado tempo e espaço. Ainda que embasada em valores e princípios exteriores ao sistema econômico. Neste contexto, tem-se que a função social do contrato corresponde à função do contrato em um determinado ambiente coletivo e não individual, pelo que se faz preciso investigar quão impactante será uma determinada revisão do contrato à luz de seus reflexos no espaço público do mercado - interação coletiva.

Do ponto de vista social o modelo de Estado mínimo não intervencionista sofreu relevante abalo com a crise do sistema capitalista, de tal maneira que este desafio social conduziu à construção de uma teoria econômica mais normativa e não apenas analítica. Termos como “falhas de mercado”, “intervenção”, “fomento”, etc., passaram a fazer parte do discurso dos economistas – mesmo aqueles afinados ao capitalismo - , segundo afirmou Vinicius Scarpi.¹⁹⁸

Afirma ainda Vinicius Scarpi que “esses aspectos negativos do mercado, que não mais puderam ser negados, reclamaram uma espécie de ‘mão invisível’ do Estado”. Na sequência o autor questiona se, “mesmo sendo admitidas as crises e as falhas do mecanismo de mercado, essa realidade se deixa controlar pelo direito?”¹⁹⁹

Como resposta o mesmo autor afirma que a ideia de força de nosso tempo parece ser no campo das ciências sociais e de sua metodologia, assim invocando a teoria sistêmica, pois segundo Juan Antonio Garcia Amado, “Falar em sociedade é falar de sistema”²⁰⁰ A sociedade, portanto, não se compõe de pessoas, mas de comunicação entre pessoas. Então, sistemas aprendem e sistemas aceitam a influência do meio e, sendo assim, é possível a influência do direito em relação a outros sistemas sociais. A teoria sistêmica demonstra-se importante ferramenta para questionamento e compreensão acerca dos novos conflitos jurídico-sociais surgidos pela globalização, buscando respostas adequadas para a aproximação entre teoria jurídica e sua incidência social em relação ao modelo de funcionamento jurídico de proteção do consumidor no atual momento.

¹⁹⁸ SCARPI, Vinicius. *Sistemas Estruturais: leitura sobre a relação entre direito e economia*. In 20 anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política. Orgs. Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto, e Alfredo Santiago Gulleton. São Leopoldo. Editora Oikos, 2009. p.277

¹⁹⁹ SCARPI, Vinicius. *Sistemas Estruturais...* Op.cit.p.278.

²⁰⁰ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Orgs. André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004.p.301.

Ao tratar da autopsie no Direito, descreve-se não ser apenas possível, mas também necessário que o sistema jurídico responda às informações de seu ambiente em forma que produzam novas normas, as quais, por sua vez, retroalimentam os ambientes de outros sistemas sociais, conforme destacou Michael King²⁰¹ em obra conjunta com Leonel Severo Rocha e Germano Schwartz, voltada a desmistificação do pensamento *luhmanniano*.

É que o direito existente ostenta caráter tecnicista, seguindo o caminho da razão, assim superando os valores subjetivos, considerando um direito sistematicamente técnico. Desta forma o sistema jurídico age de forma burocrática em consonância com os ditames da norma. Procura, nos fatos, o engajamento normativo à guisa de cumprimento da lei. Todavia, até onde parece, esta atitude dificulta o complexo normativo de fazer uma cabal conexão entre a prática e a teoria jurídica, assim abrindo uma clareira no sistema jurídico de tal ponto a possibilitar um distanciamento entre a dogmática (teoria) jurídica e sua valia social.

A aproximação entre teoria jurídica e sua incidência social em relação ao modelo de funcionamento jurídico de proteção do consumidor no atual momento é questão de enorme relevância social. Com efeito, a teoria sistêmica, neste viés, demonstra-se como inovadora fonte de compreensão de direitos e fatores sociais, no afã de demonstrar caminhos para percepção e resolução de tais conflitos. Leonel Severo Rocha sustenta que a teoria sistêmica é apta a pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal. Ensina ele que

“Na classificação das matrizes da teoria jurídica contemporânea, já se tinha salientado a existência de uma Matriz Sistêmica. Porém, os últimos trabalhos de Luhmann, notadamente a partir dos conceitos de risco e paradoxo, permitem um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual. Esta teoria da sociedade permite o contato na teoria jurídica entre os aspectos externos e internos, entre a práxis e a teoria, superando as concepções dogmática dominantes”²⁰²

Em outros termos: o mercado bem pode ser regulado pela ordem jurídica. Isto pode se dar desde um modelo liberal, com uma aptidão à autorregulação, ou através de um modelo social (ou *welfarista*) – situação na qual haveria uma possibilidade de regulação periférica do mercado vinda do Estado.

Mas, de um modo ou outro, com um modelo liberal ou social, o fato é que em nenhum deles se estaria renunciando ao mercado como fato e, tampouco, ao sistema econômico capitalista. Seja com um ou outro, haveria um impacto decisivo no desenvolvimento econômico dos países. Ponderável, no entanto, é que a opção por um

²⁰¹ *A verdade sobre a Autopsie no Direito*, também com Leonel Severo Rocha e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2009. p.59.

²⁰² ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e democracia*. 2. ed.. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 94.

modelo (que respeite o mercado) seria mais eficaz, socialmente, já que assim melhor se atenderia à função social do Direito.

Correto partir do pensamento de que o mercado, como hoje se conhece, tem consistência ligada a fato social e não a construcionismos jurídicos. Tratar-se de uma instituição social das mais importantes, já que é resultado de um duradouro e complexo processo de divisão do trabalho social, que transformou a sociedade de modo que não existe mais auto-suficiência, haja vista que a trocar bens e serviços é fato indispensável.

Atentando-se aos estudos sócio-jurídicos mais palpitantes no trato da questão (globalização: jurídica e mercadológica), percebe-se que a crise da globalização aprofundou-se e que o atual direito do consumidor e a dogmática contratual estão sendo mais uma vez desafiados.

A abertura “dos portos às nações amigas” (do mercado interno para serviços e produtos estrangeiros) desencadeia numa necessidade de melhor proteção ao consumidor final destes benefícios. Tal aspecto ‘internacional’ potencializa a possibilidade de desequilíbrio, por deixar o consumidor especialmente mais vulnerável, necessitando da efetiva tutela e positiva intervenção dos estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal.

O consumismo internacional, típico do processo de globalização, revela a necessidade de considerar os vínculos que passaram a unir diferentes Estados-Nação, para que se possa, então, buscar solução para os problemas decorrentes deste consumismo da atualidade. Wilson Engelmann aponta que a globalização faz surgir um novo Direito com características regulatórias próprias e nem sempre identificadas com as perspectivas do Direito estatal²⁰³.

A relevância dos direitos sociais em face do mercado econômico há muito cativa debates por todo o globo, sendo certo que ambos devem conviver harmonicamente, de tal forma a não possibilitar que um venha a anular o outro. Sobre o tema Antonio Pérez Luño, em sua ótica, observou que “O ser humano deveria, antes de qualquer coisa, optar pela ética, por um mundo mais humano, e não pela economia que radicalmente desumaniza a sociedade”²⁰⁴. A importância dos direitos fundamentais no contexto do Direito contemporâneo não comporta discussão. As normas constitucionais definidoras de Direitos (direitos fundamentais) são o motor e combustível das atuais constituições.

²⁰³ ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In *O Estado e suas crises*, org. por José Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2005. p.235-237.

²⁰⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 11-52.

Esta transformação comportamental da sociedade em relação ao consumo globalizado traz consigo um processo de evolução, no qual surgem novas esferas de defesa dos direitos. O processo de internacionalização, típico da globalização, traz em sua esfera direitos transfronteiriços, transnacionais e transindividuais, que traduzem as novas perspectivas do direito contemporâneo.

Os direitos fundamentais de terceira geração também são reivindicações dos mais débeis, quando se vê que questões como a paz, o meio ambiente, o consumo, a proteção da criança e do adolescente, do idoso etc., são mais débeis que os interesses econômicos das grandes corporações e dos Estados centrais.

Quando estão em jogo interesses econômicos dos mais poderosos sabe-se que prevalece quase sempre a vontade dos de sempre. Como o vulnerável súdito do estado absoluto, como o desprotegido trabalhador no estado liberal de direito do século XIX, o cidadão atual tem a necessidade de ver suas demandas fortalecidas pela construção de um espaço transnacional que venha a proteger suas demandas mais recentes (“novos” direitos) – como bem pontuou Marcos Leite Garcia.²⁰⁵

O grupo de direitos fundamentais está gradativamente se tornando cada vez mais imprescindível para tratar de temas fundamentais de questões difusas e transfronteiriças como o direito à paz, direito a um meio ambiente saudável, direito à segurança no consumo de bens através de uma economia globalizada, entre outros.

Os direitos de terceira geração são direitos difusos, coletivos e individuais ao mesmo tempo. Os direitos da liberdade são direitos individuais, os direitos de igualdade são direitos individuais e coletivos e os direitos de solidariedade seriam direitos individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo.²⁰⁶ Dando assim a exata noção de que todos os direitos fundamentais são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.²⁰⁷

Neste sentido Perez Luño elaborou a concepção de :²⁰⁸

“Nunca houve tanta necessidade de conceber os valores e os direitos da pessoa como garantias universais...(…) Direitos e liberdades não podem ser comprometidos pelo transito de fronteiras estatais. (...)é preciso levar a serio a cidadania cosmopolita.”

²⁰⁵ GARCIA, Marcos Leite. *Transnacionalidade, "novos" direitos fundamentais e UNASUL: novas perspectivas para o século XXI*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 94, 01/11/2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10619. Acesso em 05/03/2012.

²⁰⁶ AÑON ROIG, Maria José. *Necesidades y Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 45

²⁰⁷ De acordo com o ponto 1.5 da Declaração e Programa de Ação de Viena aprovado pelo Plenário da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de Julio de 1993.

²⁰⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *INTERNET Y LOS DERECHOS HUMANOS*, *op.cit.* p.101

Nesta era caminha-se, inevitavelmente, para um processo de internacionalização. Porém tal processo esbarra em sérias dificuldades práticas, pois implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos de tal forma que eles ultrapassem as fronteiras geográficas e alcance toda a comunidade global. Não se busca criar nenhuma nova geração de direitos, mas certamente cria uma nova esfera de defesa dos direitos: a internacional.

Mesmo que se aponte a existência de proteção internacional dos direitos humanos através da ONU e da OEA e Conselho de Europa, ainda assim não se verifica cabal efetividade destes sistemas pela inexistência de democracia nas relações internacionais entre os Estados e pela ausência de um poder superior aos Estados que possa verdadeiramente aplicar efetivamente os Direitos. A internacionalização dos direitos humanos viabiliza-se partindo da idéia de que os direitos humanos são universais como valor moral.

Pérez Luño²⁰⁹ aponta para a necessidade de convergência entre as novas situações sociais e a proteção dos direitos fundamentais ao afirmar que “Uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será obra fechada e acabada”, e complementa destacando “Uma sociedade livre e democrática deverá mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de novas necessidades, que fundamentem novos direitos”.

Na sequência o mesmo autor também observa que mesmo que tais direitos ainda não tenham sido positivados, não podem ser ladeados em face de sua importância maior:

“Enquanto esses direitos não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e/ou internacional, atuam como categorias reivindicativas, pré-normativas e axiológicas”.

Os direitos humanos são de todos e para todos, como bem asseverou Wilson Engelmann. O desafio a ser enfrentado para tentar amenizar os efeitos da crise constitucional é efetivamente fortalecer os vínculos de solidariedade, de tal forma que o processo de globalização possa ser colocado como aliado na implementação de uma sociedade local e global alicerçada sob o manto do respeito ao ingrediente mais importante: o ser humano.²¹⁰

Antônio Augusto Cançado Trindade observa não ser

“... é razoável conceber direitos no plano internacional sem assegurar a capacidade correspondente de vindicá-los. Com o reconhecimento do locus standi dos indivíduos demandantes perante a Corte se assegura o acesso à justiça em nível internacional, assim como a igualdade das partes nos procedimentos sob a Convenção Americana, sem a qual a posição do demandante no processo estaria irremediavelmente mitigada. ... Não raro o sonho de hoje vem a se configurar como uma antecipação da realidade do amanhã. Ao sustentarmos esta tese, como vimos fazendo há anos, estamos deste modo, em última análise sendo fiéis às origens históricas de nossa disciplina – o direito das gentes -, e contribuindo decisivamente ao resgate do ser

²⁰⁹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de los Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.p. 42-43

²¹⁰ ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional...* Op.cit. p.267.

humano como sujeito de Direito Internacional de Direitos Humanos e de plena capacidade jurídica processual para fazer valer os seus direitos no plano internacional.”²¹¹

A solidariedade é fator intransponível para que se atenda e entenda as questões essenciais da sociedade globalizada. Este fator dignifica a pessoa humana e bem assim “será seu signo e fundamento” como bem orientou Antonio Pérez Luño²¹², complementando que “este desenvolvimento histórico gerará um novo Estado de Direito com novas formas de exercer a cidadania e que caracterizará o século XXI de nossa era”.

Oportuno destacar a lição de Têmis Limberger quando sustentou que

“diante de um fenômeno complexo com o é a *desterritorialização*, o jurista mais tradicional sente-se inclinado a buscar “respostas prontas” na dogmática jurídica, como se realmente pudesse resolver toda e qualquer problemática apresentada. Porém, a dogmática jurídica, sendo um pensamento estabelecido no passado, acaba por enfatizar a repetição. Deste modo, é previsível que não se encontre inteiramente apta a regular as novas problemáticas surgidas incessantemente na sociedade atual, globalizada. O caminho, portanto, não é voltar os olhos para o passado, em busca de respostas, mas fincar os pés no presente, com olhos voltados para o futuro. Com efeito, nesse contexto, a dogmática jurídica precisa incorporar devidamente tais noções, para assim vencer os descompassos temporais existentes entre Direito e sociedade da informação, sincronizando suas respostas com as expectativas sócias”.²¹³

Enfim, aproximar a teoria jurídica e sua incidência social em relação ao modelo de funcionamento jurídico de proteção do consumidor globalizado na atualidade, é a ordem do dia, um dever do Estado e um exercício de cidadania.

Finalmente: a regulação não se mostra apenas possível, mas também necessária, se se deseja a superação do atual estágio por um estado de coisas superiores, conforme ponderou Vinicius Scarpi, ainda concluindo que

“a regulação da economia, que em última análise significa a não submissão do humano à lógica do capital, só se constrói se for assumida a necessidade de articulação entre direito e a luta política radicalmente democrática”²¹⁴.

3.2 Caminhos para um Direito do Consumidor no Século XXI – Convenções transnacionais de regulação do mercado de consumo globalizado como forma de solução de conflitos

Regras de proteção do consumidor até pouco tempo atrás eram discutidas apenas no âmbito interno de cada Estado-Nação. No entanto, a partir dos avanços tecnológicos que

²¹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p.147.

²¹² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera...* Op.cit. p. 35-36.

²¹³ LIMBERGER, Têmis. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização...*Op.cit.p.112.

²¹⁴ SCARPI, Vinicius. *Sistemas Estruturais...*Op.cit.p.291.

impulsionaram sobremaneira a facilidade de comunicação através das conexões em rede, o mercado de consumo se sobrepôs às barreiras fronteiriças, de modo que a proteção do consumidor não mais pode ser tratada como uma necessidade restrita aos limites territoriais de cada país. O grande desafio do direito do consumidor é justamente lidar com as questões decorrentes deste fenômeno da globalização, que acabou por aproximar os mercados, abrindo portas para a comercialização internacional de produtos e serviços.

A realidade global construída e vivenciada pela sociedade pós-moderna oferece produtos de origem estrangeira como opção de consumo por qualquer cidadão, inclusive aquele que não viaja ao exterior para adquiri-los. A globalização tratou de aproximar o consumidor dos bens produzidos por fornecedores internacionais, sem que para isso tenha que se deslocar. Como diria Claudia Lima Marques,²¹⁵ consumir de forma internacional é típico de nossa época.

Porém, se por um lado a globalização e a conseqüente abertura do mercado de consumo facilitaram ao consumidor a aquisição de bens de origem estrangeira a ponto de satisfazer seus sonhos, por outro lado transformaram o consumidor em um agente cada vez mais vulnerável, dadas as falhas do mercado - conforme leciona Claudia Lima Marques, em seu artigo sobre *a insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado*.

Com os constantes desenvolvimentos tecnológicos – a *internet* sendo aqui emblemática –, a globalização parece gerenciar o destino do mundo e, desse modo, não mais se pode fazer tábula rasa diante da modernização de nosso Direito à medida que a realidade destes tempos clama por um abalizado ajuste aos comandos legais. Comandos aprimorados, diga-se, pela experiência a serviço do interesse social contrapondo-se, diuturnamente, ao ranço misoneísta das mesmices e dos comodismos de antanho.

Vê-se, assim, que muita coisa mudou, outras tantas vêm ainda mudando e sempre para melhor, nomeadamente a nova safra de legisladores, estudiosos, em especial jovens aplicadores do Direito e sobremaneira da Justiça! Ignorar ou desprezar essa modernidade seria como rasgar todo o conjunto de conquistas e apagar na lousa a preciosa recolha de aperfeiçoamentos jurídicos ajustados à época atual.

Ademais, sabendo-se que a função do Direito é realizar os interesses humanos que entram na categoria dos valores jurídicos, vê-se que a questão em foco está lastreada em fatos concretos e não em fortuitas circunstâncias.

²¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*. In *Derecho Internacional y de La Integración*, Santa Fe, v. 2, p. 139-184, 2003.

Atento a esta realidade, o legislador despertou para o anseio social de mais confiança/segurança necessária à adaptação do direito do consumidor às peculiaridades da contratação eletrônica de consumo na *internet*.

Com efeito, tramita no Senado Federal desde o ano de 2010, proposta de reforma do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A proposta busca regularizar o comércio eletrônico, o superendividamento do consumidor e uma conciliação para a resolução de conflitos de consumo, com o objetivo de instituir no Brasil o primeiro marco regulatório da privacidade e tratamento de dados pessoais.

O atual Código de Defesa do Consumidor está vigente desde 1990, assim, passadas mais de duas décadas, vê-se que sua atualização é medida que se impõe para atender as novas necessidades dos consumidores. Atualmente o consumidor tem acesso à tecnologia e serviços que não existiam quando a legislação foi concebida. A sociedade em rede mudou seu comportamento na relação de consumo e, com efeito, grande parte das relações humanas se trava, atualmente, na internet, sendo este um espaço que não tem as fronteiras geográficas clássicas, desafiando a aplicação das normas jurídicas que foram concebidas para aplicação em um determinado território, como bem observou Têmis Limberger.²¹⁶

A buscada reforma do CDC amplia os direitos dos consumidores, a fim de aperfeiçoar soluções pontuais voltadas as novas ameaças surgidas pelo avanço tecnológico, aumento do poder aquisitivo, tendo como pano de fundo a globalização. A atualização da lei foca-se, sobretudo, em matéria a envolver comércio eletrônico.

Flavio Alves Martins advertiu que

“A relação jurídica é prejudicada pelo não aperfeiçoamento da regulamentação dessa nova forma contratual. Por isso é função do jurista responder a essa situação, criando mecanismos que possam ser utilizados pelas partes ou pelo aplicador do Direito, a fim de se promover um desenvolvimento do comércio eletrônico, protegendo-se os interesses das partes envolvidas”²¹⁷.

Contudo, mesmo que o caráter transnacional do direito do consumidor ganhe propulsão com as transações eletrônicas, sabe-se que as relações transnacionais de consumo não se dão apenas por esta modalidade. Destaque-se que o acesso ao turismo internacional cresceu muito na última década. Desta forma, ainda que seja necessária a criação de uma regra de conexão voltada ao Direito do Consumidor para dar cobro as relações pelo comércio eletrônico, já que esta é a modalidade que se apresenta mais latentes nas relações

²¹⁶ LIMBERGER, Têmis. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização...* Op.cit.p.102.

²¹⁷ MARTINS, Flavio Alves. e MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e Direito do Consumidor*. Edt.Lumen Juriz. Rio de Janeiro 2002.p.19.

transnacionais, não significa que a regra de Direito Internacional Privado deva se restringir às relações jurídicas estabelecidas desta forma.

E mais: mesmo que os conflitos das relações transnacionais tenham mais incidência através do comércio eletrônico, necessitando de uma regra de conexão relativo ao Direito do Consumidor, tal sistemática normativa deve prevalecer sobre todas as relações transfronteiriças do microssistema, de maneira que assegure a uniformidade de soluções a problemas idênticos, ainda que dadas por formas de contratação distintas.

Daí é que se percebe que a reforma do CDC pouco poderá fazer para afastar os conflitos inerentes as relações transnacionais, de tal forma que a *vulnerabilidade especial* apontada nesta pesquisa continuará desprotegida, pelo menos por enquanto.

De qualquer modo, nitidamente que a busca atualização (‘reforma’) do CDC revela-se um imenso avanço e bem reflete a preocupação do Estado em fazer valer o direito fundamental de proteção do consumidor. É mais uma investida em favor da efetividade dos direitos fundamentais.

Daí a importância em ressaltar a necessidade de regulação da proteção do consumidor através da intervenção dos Estados e Organismos Internacionais com legitimidade para tais medidas, pois as normas nacionais de direito internacional privado, especificamente quanto aos países das Américas, não atendem às novas problemáticas que a todo dia surgem desta nova modalidade de relação de consumo internacional que se apresenta. O ordenamento jurídico não atende às consequências da internacionalização das relações de consumo de maneira adequada e eficiente a dar proteção ao consumidor cada vez mais fraco e vulnerável.

Ao ressaltar a despreocupação das normas reguladoras do livre comércio no que tange a proteção do consumidor, Claudia Lima Marques²¹⁸ propõe a elaboração de uma Convenção Especializada de Direito Internacional Privado que vise o estabelecimento de regras protetivas ao consumidor turista e ao consumidor que contrata a distância, como forma de equalizar os interesses do mercado com a busca pela proteção dos direitos do consumidor, ressaltando ser este um direito humano a ser respeitado, mesmo na globalização onde individualismo e integração econômica andam de mãos dadas.

Wilson Engelmann afirma ainda que a direção da sociedade exercida pelo Estado sob a influência de seu Direito, é substituída pela regulação do Direito trazido pela sociedade

²¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p.143.

transnacional, sugerindo adaptação de noção de soberania para que esta continue exercendo alguma expressão no processo de globalização²¹⁹.

O espaço público de mercado, a partir da compreensão do artigo produzido por Claudia Lima Marques, dá a entender que foi criado para atender um público especialmente preparado para ele, ou seja, pessoas jurídicas, empresários, profissionais e especialistas neste tipo de relação de consumo internacional. No entanto, o desequilíbrio e a vulnerabilidade aparecem quando o consumidor leigo se vê atraído pela ostensiva publicidade em caminho oposto a informação e a carência de especialidade deste consumidor leigo.

Têmis Limberger, ao tratar dos desafios à concretização dos direitos do consumidor, ressalta que diante da vulnerabilidade do consumidor em razão das disparidades econômicas, de informação tecnológica, é importante estabelecer uma proteção em prol do consumidor.²²⁰

E, para a má sorte deste consumidor as regulações normativas internacionais não visam a proteção deste consumidor, mas sim dos fornecedores, eis que foram criadas para relações de mercado pautadas pelo profissionalismo e especialidade, e pela continuidade, não estando atenta para a proteção desse novo consumidor sazonal, leigo e, portanto, mais vulnerável.

E, quando a relação de consumo frustra as expectativas deste consumidor leigo, dado pequeno valor do contrato firmado entre as partes e a dificuldade de re-execução da obrigação, o consumidor não encontra estímulo para recorrer às vias de acesso a justiça, arcando, na maioria das vezes, com as perdas e danos decorrentes dessa relação de consumo frustrada, segundo afirma Claudia Lima Marques²²¹.

Com relação à livre concorrência e à proteção aos consumidores, a globalização da economia, não conduziu à globalização dos direitos, dado que Têmis Limberger aponta a necessidade de normas que tutelem a relação de consumo, mesmo porque a proteção do consumidor se constitui um patamar mínimo que não pode ser derogado por outras leis²²².

Comporta destaque a observação de Claudia Lima Marques ao pontuar que na concorrência leal, a competitividade internacional guarda correlação com o alto nível de proteção dos consumidores estabelecida a partir de normas que facilitem o acesso à justiça e à efetividade da proteção do consumidor sazonal²²³.

²¹⁹ ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional...* Op.cit. p.237.

²²⁰ LIMBERGER, Têmis. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização...* Op.cit.p.106.

²²¹ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit, p.145.

²²² LIMBERGER, Têmis. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização...* Op.cit.p.106.

²²³ E neste contexto, CLAUDIA LIMA MARQUES afirma a tendência para elaboração de normas nacionais que tratem da proteção do consumidor nas relações de consumo internacional, de modo a harmonizar regras nacionais com os interesses dos organismos internacionais focados em promover a integração econômica, a exemplo, o Mercosul.

Mais do que regras protetivas, este novo panorama consumerista internacional também clama por uma jurisdição especial que facilite, para o consumidor, o reconhecimento e a execução das decisões judiciais, para isso contando com a cooperação jurisdicional internacional rumo à proteção do direito humano da nova geração, a envolver o consumidor.

E, o Direito Internacional Privado serviria, segundo Claudia Lima Marques – reportando-se a Erik Jayme -, como instrumento de harmonia e paz nas relações hoje globalizadas. Acentua ainda que o Direito Internacional Privado não impõe freios e obstáculos à evolução das relações de mercado, mas apenas visa trazer soluções para os conflitos oriundos destas relações ao estabelecer normas efetivamente protetivas aos direitos humanos do consumidor, assim suprimindo a lacuna da *lex mercatoria*, cuja preocupação não é o consumidor, e sim, o fornecedor.

Mas se a proteção do consumidor na globalização se apresenta como fator relevante para a concorrência leal e a competitividade, por outro lado se defronta com o mito da barreira do livre comércio. E, neste contexto, Claudia Lima Marques ressalta a ideia de um Direito Internacional Privado voltada a solução material de conflitos complexos a envolver direitos humanos e limites constitucionais cujo objetivo final é a harmonização das relações internacionais próprias da globalização. Valores sociais em pauta é uma solução justa para conflito de interesses envolvidos nas relações de consumo a partir de normas de Direito Internacional Privado²²⁴.

A proteção do consumidor é hoje tratada como um direito humano fundamental de terceira dimensão, ocupando lugar de destaque na CF/88, em seu art 5º XXXII justamente pela importância dada ao tema na globalização. Razão pela qual normas de Direito Internacional Privado devem manter sincronia com preceitos constitucionais.

E o que se verifica, segundo Claudia Lima Marques, é que as normas reguladoras do Direito Internacional Privado estão voltadas a promover a igualdade entre as partes, a proteção do consumidor, mas também estão imbuídas de uma certa flexibilidade de modo que possam coexistir direitos do consumidor e integração econômica. No entanto, a Autora reconhece que lacunas existem e que a proteção alcançada pelas normas vigentes ainda é insuficiente, pelo que propõe a unificação das normas de Direito Internacional Privado como forma de assegurar a proteção do consumidor – tanto o turista quanto aquele a distancia, que se utiliza da facilitação eletrônica para adquirir produtos ou serviços de origem estrangeira²²⁵.

²²⁴ Conforme CLAUDIA LIMA MARQUES, “um instrumento de proteção dos mais fracos e de realização da Justiça nestas sociedades internacionalizadas, integradas ou globalizadas atuais”.

²²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit, p.150.

O tema em questão não é novidade para o direito, mas tardou sua evolução, pois somente em 1985, através da resolução n. 39/248 de 10/04/1985, editada pela Assembleia Geral da ONU, traçar diretrizes protetivas ao consumidor, eis que constatada a sua vulnerabilidade neste panorama internacional vivenciado pela globalização.

As diretrizes estabelecidas na resolução destinavam-se alcançar as seguintes necessidades: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores a uma informação adequada, de modo a realizarem escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais, d) educação do consumidor, e) possibilidade de ressarcimento das perdas e danos eventualmente suportadas pelo consumidor, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem²²⁶. De certa forma este foi um avanço nos esforços por uma proteção internacional do consumidor vulnerável. Mas não o bastante.

Paulo Borba Casella ponderou no sentido de que

“a regulação internacional de fenômenos de caráter transnacional se faz tanto mais necessária na medida em que se verifica a ausência de conceitos intrinsecamente internacionais nos direitos internos, com a concorrência de modelos para os quais os direitos nacionais são incipientes, com os daí decorrentes riscos da transplantação de novas modalidades contratuais ou meramente operacionais a velhos conceitos e modelos, concebidos e praticados nos direitos internos”.²²⁷

Ao menos se deu início a uma abordagem sobre o tema pelos países envolvidos na causa por meio de produção legislativa. Ressalta Claudia Lima Marques²²⁸, neste viés, que os países das Américas elaboraram normas reguladoras de proteção do consumidor, como aconteceu com Argentina, Brasil, Peru, Equador, Honduras, Chile, México, Costa Rica, Uruguai e Paraguai. Mas, somente ao final do ano de 2002, que por decisão dos quatro Estados-membros do Mercosul, a proteção do consumidor foi declarada direito fundamental.

O grande problema ressaltado por Claudia Lima Marques²²⁹ consiste na carência de normas reguladoras de proteção das relações de consumo em que a parte vulnerável refere-se ao consumidor leigo. Isto porque o Direito Internacional Privado já tratou de regulamentar formas de solução de conflito de interesses entre fabricantes, fornecedores e o consumidor

²²⁶Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/PaulaAbreu_Rev73.pdf - Acesso em 07/10/2011

²²⁷ CASSELLA, Paulo Borba. *Modalidades de Harmonização, unificação e uniformização do Direito – O Brasil e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado. In Integração Jurídica Interamericana, e as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o direito brasileiro.* Ed.LTR. São Paulo.1998. p.102.

²²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.323.

²²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente ...* Op.cit. p. 150.

profissional (especializado). Para estes casos, ressalta a Autora, existem regras pautadas pela autonomia da vontade, em que as partes escolhem o foro para solução dos conflitos, o local de conclusão do contrato, ou de sua execução, por exemplo.

Cumprido destacar que para estes casos de relação de consumo a envolver consumidor profissional e cuja prática comercial se caracteriza pela habitualidade, questões relativas à jurisdição e competência internacional não geram grandes polêmicas. Aliás, são bem esclarecidas segundo as lições de Athos Gusmão Carneiro. O autor define a Jurisdição como o direito subjetivo de ação pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça Justiça, e a competência como sendo o exercício da jurisdição pelo juiz²³⁰.

Este mesmo autor esclarece, também, que a competência internacional para processar e julgar determinada causa carece de vinculação de um determinado país a causa em debate. Este seria o primeiro passo para se estabelecer, por exemplo, a competência da Justiça Brasileira. Além do vínculo entre o país e a causa determinante, o exercício da soberania estatal também deve se relacionar com o princípio da efetividade, ao passo que deve ser observada, sopesada, a possibilidade de tornar efetiva a decisão judicial por ele proferida no caso concreto²³¹.

Quando se fala em competência internacional, observa-se que em determinadas situações²³², o processamento e julgamento de uma demanda trata-se de competência exclusiva da Justiça Brasileira, por exemplo. Existem situações, no entanto, em que a competência internacional é concorrente, vale dizer, poderá ser intentada demanda judicial tanto no Brasil, por exemplo, quanto em outro país que também esteja, de alguma forma, vinculado a causa determinante do litígio. No tocante a legislação brasileira que trata da matéria, é possível observar as possibilidades de competência internacional concorrente no teor do artigo 88 do Código de Processo Civil. Este dispositivo legal prevê que a ação poderá ser ajuizada no Brasil quando: 1) o réu, independentemente de sua nacionalidade, tiver domicílio no Brasil, seja agência, filial ou sucursal, 2) quando a obrigação deva ser cumprida no Brasil, 3) ou quando o fato determinante do ajuizamento da ação tenha ocorrido no Brasil.

Vale ressaltar que o ajuizamento de ação no Brasil e concomitantemente em outro país envolvido na temática não gera litispendência, salvo se já tiver decisão transitada em julgado no exterior e devidamente homologada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

²³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil*. São Paulo. Saraiva. 15.ed. 2007. P.325-326.

²³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*....Op.cit. p.326.

²³² Elencadas no artigo 89 do Código de Processo Civil.

Mas nem sempre a competência para processar e julgar uma causa significa efetividade da medida judicial a ser proferida. Carneiro diz que

“o exercício da jurisdição encontra limites no princípio da efetividade: o juiz brasileiro somente atua relativamente àquelas causas de alguma forma vinculadas a país estrangeiro, se houver possibilidade de tornar efetiva, de realmente fazer cumprir sua sentença”²³³. E diz mais, que “o princípio da efetividade deve ser usado mais para justificar do que para excluir a competência”.

Importante destacar que esta pesquisa não tem como objeto de estudo as relações de consumo firmadas por consumidores profissionais. O que se pretende estudar e com isso compreender qual seria a melhor solução para a problemática diz respeito às lacunas legislativas relacionadas à proteção do consumidor leigo, aquele vulnerável, ao qual as regras protetivas não dão conta de alcançar a finalidade buscada.

A exemplo disso, nos contratos firmados por consumidores à distância, via de regra, a conclusão deste instrumento vincula-se a ordem jurídica do país ofertante, conforme ressalta Claudia Lima Marques²³⁴. Neste caso, embora o consumidor brasileiro, por exemplo, possua foro privilegiado, conforme estabelecem as regras do Código de Defesa do Consumidor, a conclusão do contrato vinculada a ordem jurídica do país ofertante e a provável inefetividade da execução de sentença proferida por Jurisdição Brasileira demonstra a falta de proteção do direito fundamental do consumidor leigo, vulnerável no plano internacional.

Nádia de Araújo,²³⁵ ao trabalhar a proposta de solução de conflitos em que se prioriza a proteção do consumidor, apresentada por Claudia Lima Marques, esclarece que muitas vezes o consumidor deixa de procurar o acesso a justiça porque o baixo valor econômico da transação por ele realizada e por algum motivo frustrada não compensa o alto custo do processo.

E, neste contexto fático vivenciado pela globalização, a prevalência da residência do consumidor como fator determinante para se definir a lei aplicável ao caso e, conseqüentemente, a competência para a propositura de eventual demanda judicial trazem a tona a prevalência de normas de direito material que visam harmonizar as diferenças culturais

²³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*....Op.cit. p. 335.

²³⁴ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente* Op.cit. p.150.

²³⁵ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e pratica brasileira*. 4.ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008. p.388.

e ressaltar a necessidade de cooperação judicial com fim comum de proteger direitos humanos intrínsecos ao consumidor, argumenta Claudia Lima Marques.²³⁶

Até pouco tempo atrás o consumidor leigo não tinha acesso facilitado pelas redes de internet de modo a propiciar o consumo internacional à distância, como hoje se tornou costumeiro.

A relação de consumo entre as partes era pautada pela confiança e pela continuidade nos negócios, conforme leciona Nádia de Araújo. Por esta razão, associada a um consumidor profissional e não este vulnerável para o qual se volta a presente pesquisa, é que a tônica da proteção se concentra em quem vende um produto a um consumidor desconhecido.

Mas a realidade do comércio internacional mudou seu panorama com as vantagens da globalização. Hoje o consumidor leigo é e deve ser reconhecido como a parte fraca na relação de consumo e, por isso, carente de proteção no âmbito das relações de consumo internacional, assim apregoa Nádia de Araújo²³⁷. Neste contexto, a autonomia de vontade que até então rege os contratos internacionais deve sofrer limitações para o fim de proteger não mais apenas o fornecedor, mas sim ampliar esta proteção ao consumidor leigo inserido neste comércio internacional por conta das facilidades oferecidas pelo fenômeno da globalização.

Claudia Lima Marques trabalha a ideia de que a autonomia de vontade nos casos a envolver este modelo de consumidor vulnerável não é materialmente verdadeira quando, de um lado está a parte forte da relação de consumo, quem redige o contrato e unilateralmente estabelece a melhor lei aplicável (obviamente para a parte forte da relação) e de outro, a parte fraca (consumidor leigo, vulnerável que não tem por hábito firmar relação de consumo internacional, e bem por isso desconhece a fragilidade da proteção de seus direitos e o ônus que terá para ser compensado por eventuais perdas e danos). Entende a Autora que nestes casos a lei escolhida sempre será aquela mais favorável a parte forte da relação, não existindo autonomia de vontade materialmente verdadeira.

Para Bruno Miragem a autonomia da vontade, como princípio, resta bastante modificada na forma e no conteúdo dos contratos em face das modificações atuais, à vista do aparato tecnológico e dos efeitos da globalização. Explica o autor, ainda, que atualmente é viável se considerar a existência de uma vontade reconstruída, fundada em uma autonomia racional em confrontação de outros princípios contratuais.²³⁸

²³⁶ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p.151.

²³⁷ ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional...* Op.cit.p. 389.

²³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Função Social do Contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais.* In *A nova Crise do Contrato*. Coord.Claudia Lima Marques. Editora RT. São Paulo.2007. p.183.

A cultura territorialista praticada pelos países das Américas preconiza a aplicação da *lex fori*, o que deságua no conflito de decisões judiciais, falta de harmonização de culturas atinentes a proteção do consumidor, diferentemente do modelo europeu, em que se preconiza a tolerância e a igualdade implícita dos ordenamentos jurídicos, conforme leciona Claudia Lima Marques²³⁹. A ideia defendida pela Autora é pela flexibilização, de modo que no caso concreto de relação de consumo internacional em que a parte vulnerável seja aquele consumidor leigo – como vem sendo tratado nesta pesquisa - se adotem as leis do país que melhor assegurem os direitos do consumidor. Este seria o limite para a autonomia da vontade que rege os contratos no âmbito do comércio internacional.

A própria legislação Brasileira prevê esta benesse ao ofertante do produto dada redação do artigo 9º, §1º e 2º da LICC²⁴⁰ que estabelece ser a lei do lugar de residência do fornecedor aquela aplicável ao contrato firmado entre ausentes. Diante deste prisma legislativo ainda vigente em território nacional brasileiro, houve importante avanço na proteção do consumidor a partir da Convenção de Roma de 1980, que em seu artigo 5º estabelece uma conexão entre a autonomia de vontade dos contratos quanto a estipulação da lei aplicável aquele negócio, e as leis imperativas de proteção ao consumidor em seu país de residência. A chamada flexibilização da autonomia de vontade nas relações de consumo internacional.

Esta limitação da autonomia de vontade se mostra como fator preponderante a gerar polêmica na regulamentação dos contratos internacionais a envolver consumidores vulneráveis. O que se busca através da proposta ofertada por Claudia Lima Marques não seria a exclusão por completo da autonomia de vontade que rege os contratos internacionais, mas sim a sua limitação para o fim de garantir um nível adequado de proteção ao consumidor, pois este se revela a parte mais fraca na relação e carecedor de regras diferenciadas, a fim de evitar que ao final da relação fique sem escolha alguma, sendo-lhe imposta a lei mais favorável aos interesses do fornecedor, como bem disse Nádia de Araújo.²⁴¹

E o consumidor a receber especial proteção seria aquele definido como

“qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações aqui abrangidas por esta Convenção, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional”.²⁴²

²³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p.152.

²⁴⁰ O Artigo 9º da LICC/42 tem a seguinte redação: “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos intrínsecos do ato. §2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente.

²⁴¹ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional...* Op.cit. p. 390.

²⁴² Definição de consumidor constante no Artigo 1º da Proposta de Convenção CIDIP.

A proposta de Convenção oferece à apreciação sete artigos a tratarem da definição do consumidor, definição de lei aplicável e limitação de autonomia de vontades, normas imperativas e clausula escapatória, exclusão de determinados contratos e normas especiais para contratos de viagem, turismo e multipropriedade, como bem sintetizou Nádía de Araújo.²⁴³

Neste contexto de abrangência da proposta, as regras brasileiras estabelecidas, por exemplo, pela LICC/42 em seu artigo 9º, seriam relativizadas de modo a atender o avanço na proteção do consumidor privilegiando-se a lei mais benéfica a partir da limitação da autonomia da vontade das partes até então imperativa nas relações contratuais no âmbito internacional.

E a proteção de que trata o artigo 1º da referida proposta também abrangem os terceiros familiares ou não do consumidor, mas que usufruam diretamente dos serviços e produtos contratados na condição de destinatário final. O consumidor de pacote de viagem ou *time-sharing* que o adquire para uso próprio, ou beneficiários e cessionários deste direito de uso dos produtos adquiridos pelo consumidor principal também recebe a proteção especial articulada na proposta de Convenção CIDIP.

A proposta sugere a prevalência da regra de limitação alternativa da autonomia da vontade, cabendo ao juiz a escolha da lei mais favorável ao consumidor no caso concreto.

E a necessidade de regras interamericanas de proteção deste consumidor vulnerável se justifica na insuficiência de regras regulamentadoras de proteção nacional do consumidor nas Américas, por exemplo. Explica a Autora que, embora a Resolução do Grupo Mercado Comum nº126/94 tenha determinado de forma indireta a imposição da regra do país de destino da comercialização do produto a envolver o consumidor e, conseqüentemente, pacificando a ideia de limitação espacial e territorial das normas nacionais de cunho protetivo, ainda assim o consumidor turista, por exemplo, ficaria desprotegido ao retornar ao seu país, já que a lei aplicável teria como pano de fundo a territorialidade vinculada ao local de destino da comercialização do produto.

Atualmente prevalecem as regras de autonomia da vontade, do lugar da contratação ou do lugar de residência do ofertante, de modo que dificilmente não se aplicará a lei estrangeira, salienta Claudia Lima Marques.²⁴⁴ A mesma justificativa para a necessidade de estabelecimento de regras interamericanas se aplica para a falta de proteção do consumidor que contrata à distância ou por comércio eletrônico.

²⁴³ ARAUJO, Nádía de. *Direito internacional...* Op.cit. p. 391.

²⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente*Op.cit. p. 158.

A insuficiência de regras protetivas aos direitos humanos relacionados ao consumidor se evidencia em praticamente todos os ordenamentos jurídicos dos países que compõem a América Latina, sem exclusão dos países membros do Mercosul. Ora privilegiam a aplicação do local de celebração do contrato, ora o lugar de residência do ofertante, ora o lugar de execução do contrato. A exceção seria nos casos em que o consumidor se torna vítima de defeito do produto ou serviço, sendo que nestas e somente nestas situações, aplicar-se-ia a *lex loci delicti*.

Dada carência legislativa nacional que aborde a preocupação com a proteção do consumidor vulnerável, os estudos em torno da temática em debate nesta pesquisa vem crescendo a cada dia, eis que incumbe a doutrina propor justificadamente a necessidade de se conceber regras de proteção especial do consumidor nas relações de consumo internacional. E, para que estas regras protetivas ganhem espaço no mercado de consumo, a flexibilização da autonomia da vontade é condição necessária para sua aceitação.

A defesa do consumidor reflete a defesa dos direitos humanos. Wilson Engelmann bem observou que a inobservância aos preceitos ligados aos direitos humanos pode resultar na não sobrevivência dos “atores globais”²⁴⁵.

A tratar de fornecedor e consumidor profissional, concorda Claudia Lima Marques pela liberdade e autonomia que regem estes contratos, mas o óbice apontado pela Autora guarda correlação com aquele consumidor leigo que dificilmente firma contrato para além de suas fronteiras e que sequer tem noção das consequências desta autonomia exercida apenas pelo fornecedor ao eleger a lei aplicável ao contrato que melhor lhe favoreça (o fornecedor).

Utilizando-se das lições de Boggiano, Claudia Lima Marques argumenta pela aplicação da limitada autonomia nestes casos a envolver consumidor vulnerável, ressaltando ser esta a medida mais eficaz a reproduzir resultados materiais equitativos em solução de controvérsias.²⁴⁶ A problemática em torno desta proposta consistiria no árduo trabalho do juiz que teria de decidir qual a melhor lei aplicável ao caso concreto, dada a limitação alternativa da vontade em benefício do consumidor vulnerável. Outro fator relevante destacado pela Autora diz respeito à possibilidade de se interpretar esta limitação alternativa de vontade como um prejuízo ao comércio, eis que de um lado ter-se-ia a escolha da lei que melhor favoreça a proteção dos direitos desse consumidor vulnerável, e de outro a imprevisibilidade quanto à lei aplicável ao fornecedor.

²⁴⁵ ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional...* Op.cit. p.267

²⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p. 163.

No entanto, a realidade evidenciada pelas normativas estabelecidas em diversas Convenções, sempre procuraram excluir o consumidor não profissional do campo de aplicação de suas normas, justamente para evitar conflito quanto a normas aplicáveis, ou seja, a divergência de regras a partir do conteúdo de leis nacionais. Questões de cunho protetivo a envolver consumidor vulnerável nunca fizeram parte das regras delineadoras nestas convenções, onde a tendência é privilegiar a autonomia de vontade quanto à eleição da lei aplicável ao contrato internacional. Por esta razão, a proposta de Claudia Lima Marques é pela elaboração de uma Convenção CIDIP a tratar da proteção do consumidor vulnerável, fixando normas de direito material a despeito da lei aplicável aos contratos de relação de consumo e, por fim, a harmonização e unificação destas normas de modo a garantir a efetiva proteção almejada na proposta.

Neste contexto, a Autora ressalta que apesar dos esforços desempenhados pelos países que compõem as Américas no intuito de codificar regras de proteção específica dos direitos do consumidor, a Europa obteve êxito para além dos esforços americanos no âmbito de aplicação das normas destinadas ao consumidor – justificando esta constatação no modelo de integração supranacional adotado pela União Europeia, que favorece a superação dos limites dos Estados Membros²⁴⁷. E, a partir desta avaliação positiva do êxito europeu, a Autora propõe o debate deste assunto de grande relevância através de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, lembrando que em nenhuma outra CIDIP a proteção do consumidor foi tema debatido, de modo a necessitar indubitavelmente especial atenção. Este ato de olvidar o consumidor nas CIDIP's anteriores é definido por Claudia Lima Marques como uma “integração negativa do tema”²⁴⁸, já que a tendência, dada a relevância da temática e o exemplo do êxito europeu anteriormente ressaltado, seria pela inclusão do assunto em pauta e não a exclusão do debate.

Wilson Engelmann sugere se busque uma harmonização entre os diversos centros produtores normativos, bem como uma revisão da noção de unidade jurídica centrada no Estado, visando assim uma tomada consensual de decisões, o que o autor chama de “razão coletiva”²⁴⁹.

A carência de harmonização de normas materiais a envolver proteção do consumidor nas relações comerciais de âmbito internacional entre os países das Américas é matéria bastante questionada pela autora, tanto que em outra oportunidade fez questão de ressaltar que um dos motivos para olvidar-se a proteção deste consumidor vulnerável provavelmente seria

²⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op. cit. p.166.

²⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op. cit. p.167.

²⁴⁹ ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional...* Op.cit p.265.

para prevalecer o interesse da política econômica de liberação do mercado e ampliação dos índices de importação, de modo que neste contexto a ideia de proteção ao consumidor de produtos, muitas vezes de pouca qualidade, fica em segundo plano²⁵⁰. O Mercosul, segundo a Autora não conseguiu e talvez pela sua interpretação, não fez questão de concretizar a harmonização de normas protetivas, ao contrário do êxito alcançado pela União Européia que segue o modelo político de integração.

Sequer regras processuais foram elaboradas pelos países das Américas visando facilitar o acesso à Justiça, minimizar os custos das demandas a envolver contratos de relação de consumo internacional. Claudia Lima Marques frisa o descaso dos países interamericanos, afirmando não haver a mínima dedicação em elaborar normas especiais de proteção ao consumidor, sendo este fator relevante para a desmotivação do consumidor lesado de recorrer à Justiça para buscar a devida reparação, eis que estes litígios são onerosos, via de regra, de alta complexidade e de longa duração.

E a necessidade de uma nova convenção especial para tratar deste assunto a merecer especial atenção decorre da lacuna constante nas CIDIP's anteriores, que em momento algum mencionaram o tema proteção do consumidor em suas deliberações. Aliás, necessário destacar que a última CIDIP realizada no México em 1994, preocupou-se apenas com a regulamentação das relações intercomerciantes internacionais, e sempre com um olhar voltado para liberação do comércio e ampliação das importações, conforme acrescenta Claudia Lima Marques. Vale destacar que esta CIDIP não foi ratificada pelo Brasil, e que trilha caminhos diversamente opostos àqueles calcados pelas Diretivas regulamentadoras do comércio internacional na União Europeia.

A ideia preconizada nesta CIDIP visa favorecer a autonomia de vontade sem limites, diferentemente daquilo que se apregoa na Europa onde, segundo Claudia Lima Marques, “há sempre um espírito de proteção mínima do consumidor pelas regras imperativas do seu país de residência.”²⁵¹ Esta preocupação com a proteção do consumidor na Europa partiu da Convenção de Roma firmada em 19 de junho de 1980, especialmente da redação dada ao artigo 5º desta Convenção²⁵².

²⁵⁰ Manifestação de CLAUDIA LIMA MARQUES em relação ao fracasso dos esforços na tentativa de harmonização de normas materiais de proteção ao consumidor pelo Mercosul, in Revista Direito do Consumidor, São Paulo, 1999, vol. 32, p.16 e seguintes.

²⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p. 170.

²⁵² Segundo CLAUDIA LIMA MARQUES, in *A insuficiente...* Op.cit.p. 171: “ Art. 5 da Convenção de Roma determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, publicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país; b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor; c) quando se tratar de venda de

As Diretivas servem de complementação quanto a proteção do consumidor, sobremaneira no que tange a aplicação imediata das normas imperativas materiais definidas pelo país cujo foro foi eleito no contrato ou aquelas emanadas do país de residência habitual do consumidor.

Esta convenção tão importante para a garantia da proteção do consumidor na União Europeia passa por uma reforma ainda não concretizada, e um dos pontos a sofrer modificação diz respeito à alteração do artigo 7º, que trata especificamente da aplicação imediata das normas imperativas. A reforma consiste em estabelecer a adoção das normas imperativas do foro de residência habitual do consumidor quando este atender além dos interesses individuais, também representarem interesse governamental, assim explica Claudia Lima Marques²⁵³.

Apesar do alto nível de proteção dado ao consumidor, tanto a partir da Convenção de Roma ainda vigente, quanto pela complementação dada pelas Diretivas 93/13 CEE (de cláusulas abusivas), 97/47 CE (de time-sharing ou multipropriedade), 97/7 CE (contratação à distancia), 99/44 EC (de garantias) e 2000/31 (de comércio eletrônico), a União Europeia aguarda mudanças com intuito de propiciar maior proteção ao consumidor turista, bem como para as contratações na sociedade de informação e no comércio eletrônico, assim definidas por Claudia Lima Marques²⁵⁴.

Diante deste panorama europeu, retorna-se a realidade vivenciada pelos países interamericanos, consolidada pela regulamentação delineadas na CIDIP de 1994, totalmente divorciada do pensamento desenvolvido há 40 anos pela União Europeia de proteção especial ao consumidor.

A proposta de elaboração de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional para tratar do tema, sugere a flexibilização da autonomia de vontade das partes nas relações de consumo no que tange a lei aplicável aos contratos, faz uma crítica a doutrina que sustenta estar incluído no artigo 11 da CIDIP V de 1994 as regras nacionais de proteção ao consumidor por serem normas de ordem pública internacional.

Fundamenta sua crítica esclarecendo que este artigo não tem o condão de propiciar a proteção do consumidor vulnerável sob o argumento frágil de que as regras nacionais são de ordem pública internacional. Isto porque, segundo Claudia Lima Marques:

“1. Deixa o consumidor turista, que sempre compra de forma “internacional” sem proteção especial qualquer, pois litigará normalmente em foros estranhos, pois a

produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação,...”

²⁵³ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. p. 172.

²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente...* Op.cit. 176.

norma do artigo 11 da CIDIP assegura ao turista apenas a proteção da lei de proteção do consumidor do país que visitou. 2) Deixa o consumidor interamericano sem proteção especial, quando contrata à distância ou por comércio eletrônico. Isto porque não é certo que as normas imperativas ou de ordem pública do país de domicílio do consumidor serão aplicadas por “discreción” do juiz do foro competente, geralmente o do fornecedor.”²⁵⁵

Com base nestes termos sustenta-se a necessidade da OEA promover uma convenção especializada sobre a proteção do consumidor internacionalizado, de tal forma que se estabeleça uma convergência de normas especiais. Foi neste intuito que a Autora concluiu em propor ao Comitê Jurídico Interamericano-CJI/OEA que se promulgue uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado que regule transações a envolver consumidores internacionalizados.

A proposta embasou-se, até então, em sete artigos que tratam de questões como Definição de Consumidor, Proteção Contratual Geral, Normas Imperativas, Cláusula Escapatória, e até de Temas Excluídos, além de tratar de proteção em situações específicas, tais como Contratos de viagem e turismo e ainda de Contratos de multipropriedade ou *time-sharing*.

A proposta de Convenção CIDIP define Consumidor (em seu artigo 1º) como qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações abrangidas por esta Convenção, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional, além de considerar também os terceiros pertencentes a família do consumidor principal que usufruam diretamente dos serviços e produtos contratados como destinatários finais destes.

Ainda estabelece que a lei indicada aplicável por esta convenção definir de forma mais ampla ou benéfica quem deve ser considerado consumidor ou equiparar outros agentes a consumidores, o juiz competente pode ter em conta esta extensão do campo de aplicação da convenção, se for mais favorável aos interesses do consumidor.

Luiz Olavo Baptista ao tratar da problemática a envolver verificação de elementos de conexão bem adverte que “uma vez escolhido ou detectado o elemento de conexão, o juiz ou intérprete pode determinar a lei aplicável, pois o elemento de conexão a atrai como um magneto atrai o ferro”. O mesmo auto ainda adverte que

“Logo, é no momento da determinação da lei aplicável ao objeto do estudo que se usam os elementos de conexão. Mas o seu emprego também deve ocorrer na mente do redator, para que este possa saber se o conteúdo do ato que elabora PE compatível com o direito aplicável (que, então, é necessário determinar)”.²⁵⁶

²⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *A insuficiente* Op.cit. p. 176.

²⁵⁶ BAPTISTA, Paulo Olavo. *Contratos Internacionais*. Lex Editora. São Paulo. 2010. p.34.

Já em seu art.2º, a proposta de Convenção CIDIP, ao tratar de Proteção contratual geral, estabelece que os contratos e as transações à distância (em especial aqueles por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone), estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços.

Ainda em seu artigo 2º prevê que os contratos celebrados pelo consumidor que está fora de seu país de domicílio, será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução e a lei do domicílio do consumidor.

A proposta também reservou espaço próprio para tratar de normas imperativas, em seu artigo 3º, estabelecendo que, independentemente do que se protegeu nos artigos anteriores, aplicar-se-á necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor. Assim, tendo sido a contratação precedida de qualquer atividade comercial, de marketing, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspondências, e-mails, prêmios, convites, manutenção de filial ou representantes e demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços e atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente àquelas do foro e à lei aplicável ao contrato ou relação de consumo.

Por outro lado a proposta de Convenção CIDIP define que a lei indicada como aplicável na Convenção pode não ser aplicável ao caso concreto em caráter excepcional. É o que se denominou de Cláusula escapatória, cabível quando as circunstâncias do caso, a conexão com a lei indicada aplicável mostrar-se superficial e o caso encontrar-se muito mais vinculado estreitamente a outra lei, mais favorável ao consumidor. A referida Cláusula escapatória foi incluída no artigo 4º da proposta de Convenção CIDIP.

Mas a proposta de Convenção CIDIP não apenas tratou de seus limites de atuação como também delimitou temas a serem excluídos de seu campo de aplicação. Em seu artigo 5º estabeleceu-se em *numerus clausulus* o seguinte:

- a. Os contratos de transporte regulados por Convenções Internacionais;
- b. Os contratos de seguros;
- c. As obrigações contratuais excluídas expressamente do campo de aplicação da CIDIPV sobre contratos internacionais .
- d. os contratos comerciais internacionais entre comerciantes ou profissionais;
- e. os demais contratos e relações de consumo, e as obrigações daí resultantes, envolvendo consumidores regulados por convenções específicas;

Além disso, a proposta de Convenção procurou abordar também proteção em situações específicas, amparando em seu artigo 6º os Contratos de viagem e turismo, e em seu artigo 7º Contratos de multipropriedade ou time-sharing.

Assim ficou a redação do artigo 6º:

1. Os contratos de viagem individual contratados em pacote ou com serviços combinados, como grupo turístico ou conjuntamente com outros serviços de hotelaria e/ou turísticos serão regulados pela lei do lugar do domicílio do consumidor, se este coincidir com a sede ou filial da agência de viagens que vendeu o contrato de viagem ou onde foi feita a oferta, publicidade ou qualquer ato negocial prévio pelo comerciante, transportador, agência ou seus representantes autônomos.
2. Nos demais casos, aos contratos de viagem individual contratados em pacote ou combinados, como grupo turístico ou conjuntamente com outros serviços de hotelaria e/ou turísticos será aplicável a lei do lugar onde o consumidor declara a sua aceitação ao contrato.
3. Aos contratos de viagem, não regulados por convenções internacionais, concluídos através de contratos de adesão ou condições gerais contratuais, será aplicável a lei do lugar onde o consumidor declara a sua aceitação ao contrato.

E assim ficou estatuído o artigo 7º:

1. As normas imperativas de proteção dos consumidores do país de localização física dos empreendimentos de lazer e de hotelaria que utilizem-se do método de venda, de uso ou de habitação em multipropriedade ou time-sharing, localizados nos Estados Partes, aplicam-se cumulativamente a estes contratos, a favor dos consumidores.
2. As normas do país em que for realizada a oferta, a publicidade ou qualquer atividade de marketing, como telefonemas, convites para recepções, reuniões, festas, o envio de prêmios, sorteios, estadias ou vantagens gratuitas, dentre outras atividades negociais dos representantes ou dos proprietários, organizadores e administradores de time-sharing ou multipropriedade ou a assinatura de pré-contratos ou contratos de multipropriedade ou direito de uso/aproveitamento por turno de bens imóveis, deverão ser levadas em conta a favor do consumidor, quanto à informação, o direito de arrependimento e seus prazos, bem como as causas de rescisão do contrato ou pré-contrato, assim como determinarão o exato conteúdo do contrato acertado e a possibilidade ou não de pagamento ou de assinatura de boletos de cartões de crédito neste período.

A concepção desta proposta deu-se após a realização da CIDIP V (em 1994 no México). Atualmente já foram realizadas seis CIDIP's, sendo certo que na última (sexta: realizada nos EUA, Washington-D.C., em 2002), o tema proteção do consumidor ficou ladeado não cabendo na pauta daquela reunião, mas sendo certo que o governo Brasileiro sugeriu ao Conselho Permanente da OEA que tal matéria seja objeto de apreciação na próxima CIDIP.

Segundo informação obtida no sítio eletrônico da OEA,²⁵⁷ a Ata Final da Sétima Conferência Especializada Interamericana Sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII) consignou que, apesar de haverem oito propostas lançadas pelos Estados membros, apenas duas deveriam ser objetos de trabalho, assim estabelecendo uma agenda final com os seguintes temas: proteção do consumidor e garantias mobiliárias.

A agenda da próxima CIDIP concentrou-se, então, sobre a lei aplicável, jurisdição e restituição monetária (convenções e leis modelo) para Proteção do Consumidor; e Garantias mobiliárias, assim abrangendo registros eletrônicos para implementação da Lei Modelo Interamericana sobre Garantias Mobiliárias.

Assim, no tocante ao tema “Proteção ao consumidor, lei aplicável, jurisdição e reparação monetária (convenções e leis modelo)”, a Assembléia Geral, mediante a resolução AG/RES. 2527 (XXXIX-O/09), instruiu o Conselho Permanente a estabelecer um grupo de trabalho para concluir o projeto de documento ou documentos finais sobre proteção do consumidor, para o qual a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente elegeu um presidente, estabeleceu uma metodologia e calendário revisado e, com apoio da Secretaria-Geral, realizar as teleconferências e reuniões necessárias em 2009 e apresentar um relatório sobre as negociações ao Conselho Permanente no início de 2010.

À luz de tais diretrizes traçadas para debate na próxima CIDIP, bem pode se perceber que a proposta há muito defendida por Claudia Lima Marques realmente fez eco na prudência ordinária dos representantes dos Estados membros da OEA, de tal forma que sua pertinência será objeto de debate no âmbito internacional.

Resta, assim, a expectativa de que a “Proteção do Consumidor de produto adquirido no estrangeiro” enfim seja regulamentada por convenções transnacionais de forma possibilitar a solução de conflitos com olhos voltados a este consumidor vulnerável, e que “Consumidor na era da Globalização” obtenha a concretização da segurança jurídica no mercado internacional.

²⁵⁷ Acesso em 25/10/ 2001:< www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp#CIDIPVII>.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Expectativa de proteção a consumidores de produtos adquiridos no exterior foi o ponto nevrálgico deste estudo com vistas à elaboração de dispositivos que preencham e assegurem bons fluidos em prol desse *desideratum* impulsionado pela globalização. Construções jurisprudenciais foram erigidas, entretentes, assim também já lançadas e significativas passagens doutrinárias enquanto se conta com novas e largas passadas, efetivas, da lei, a respeito.

Analisou-se nesta pesquisa o surgimento de uma nova modalidade de vulnerabilidade de consumidor advinda como reflexo da Desterritorialização do mercado de consumo. O propósito evidenciado desenvolveu-se à feição de uma abordagem inicial, respeitante às permanentes idas e vindas do cabedal científico, seus perspécticos efeitos correlatos, suas potencialidades, seus efetivos resultados passíveis de aperfeiçoamentos e ou novas mudanças; tudo subsumido nas dobras das civilizações neste mundo globalizado – guardadas, é certo, as peculiaridades de cada país quanto a repercussões conflituosas que se erigem em desconfortos advindos de atividades mercadológicas sem eficientes instrumentos regulatórios.

Certo que mudanças aconteciam passo a passo, antigamente; hoje os avanços seguem numa velocidade espacial, porquanto vivem-se cercados e envolvidos por revolucionários agitos de toda ordem, dos quais advém compressões (ora contributivas, ora disjuntivas), levantadas, paredes-meias, com ininterruptas criatividades que sempre redundam em produções e consumos.

O século XX foi rico em prosperidades de ponta a ponta, o que muito se agigantou a partir das conquistas espaciais, tendo o homem pisado no solo lunar, pela primeira vez, no ano de 1969. Sobretudo no último quartel do século findo, os avanços desdobraram-se e alastraram-se, abrangendo todas as áreas de atividades. Tudo dando azo a que surgissem de roldão, no mundo moderno, infinitas revoadas de novidades – algumas delas previstas ou, ao menos, previsíveis, outras surpreendentes a ponto de desafiar a imaginação do *homo medius*.

As relações de consumo sempre se mostraram complexas. A evolução tecnológica fez com que o consumo em massa predominasse no mercado de tal forma que o fornecedor rapidamente se colocasse num patamar de superioridade: na mesma medida em que se fortalecia ele técnica e economicamente, o consumidor, a seu turno, enfraquecia-se porque cada vez mais tolhido na sua liberdade de escolha, na mesma proporção em que novas espécies de vulnerabilidade são identificadas pela doutrina.

Uma pronta e qualificada proteção estatal é mais que obrigação, dado que ao proibir a chamada ‘justiça de mão própria’ (até ameaçando de penalidades penais, civis, administrativas etc.), o Estado tem como oficialmente assumida – de forma clara e irreplicável – a sua protetiva comparência de cunho imparcial e obrigatório. Obriga-se (ora de forma explícita, ora implícita) a oferecer, pois, ampla defesa e eficazes meios a elas inerentes. Todos comprometidamente conducentes à mesmíssima rota da obrigatoriedade cabal na busca de fecho e remate desejável para recompor a paz pública.

A equalização da relação de consumo tornou-se, em função de seus regulares avanços alcançados nas duas décadas de vigência do Código de Defesa Consumidor, verdadeiro ponto capital de apoio e incentivo para apaziguar tensões sociais na relação de consumo. O consumidor tem confiada ao Estado uma segurança plena acerca do direito que lhe garante a guarda e o exercício de sua defesa.

Em nosso sistema constitucional a isonomia tem função de efetivar o equilíbrio entre os sujeitos (ainda quando entre cidadão e Estado), justamente para dar concretude jurídica à dignidade; e traz como fundamento da República (juntamente com a soberania) a dignidade da pessoa humana: funciona como princípio maior para abalizar melhor compreensão dos demais direitos e garantias.

Os direitos fundamentais, conforme apontado pelo melhor escólio doutrinário constitucional, constroem a tônica valorativa e lógica sobre a qual se apóia o sistema jurídico; bem por isso, as demais prescrições legais que compõem o ordenamento ganham expressiva posição.

Não são poucos os princípios constitucionais que contém afinidade com o tema “Direito do Consumidor”, sendo certo que entre eles deve haver uma necessária harmonia e subsidiariedade. Garantia absoluta da dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e livre iniciativa; construção de uma sociedade livre, justa, solidária; erradicação da pobreza e igualdade de todos perante a lei, constituem-se princípios inatos no trato da questão. Mais: analisando-se os princípios elencados, emerge de todo absoluto o encaixe harmônico com os princípios gerais da atividade econômica. Sucede que nossa democracia está fundada na valorização do trabalho humano em liame com livre iniciativa, para com isso assegurar a todos uma existência digna, emoldurada pelos ditames da justiça social aos quais se acham incorporados os princípios da defesa do consumidor.

Tudo isso repousa em bases de eminência constitucional como obra que é da harmonização dos princípios e garantias constitucionais da defesa do consumidor. São bases que partem do impositivo e cintilante feixe de mecanismos que engloba a livre concorrência, a

construção de uma sociedade livre, justa, solidária, a função social da propriedade e a promoção do bem comum.

A essência do Direito do Consumidor consiste, neste viés, em afastar a sempre injusta desigualdade entre consumidor e fornecedor, de modo a restabelecer, nessa razão, o equilíbrio entre as partes.

Com efeito, tem-se que a vulnerabilidade é essência levada em conta na formulação de um conceito de consumidor. É ela, a vulnerabilidade, a espinha dorsal que sustenta sua filosofia consumerista.

Aborda, enfim, este trabalho, o surgimento de uma nova modalidade de vulnerabilidade surgida como reflexo da Desterritorialização do mercado de consumo, diferente espécie daquelas vulnerabilidades de consumidores já descritas pela doutrina.

Há, hodiernamente, uma nova concepção de vulnerabilidade: a “vulnerabilidade especial” do consumidor de produtos estrangeiros (adquiridos pela *internet* ou mesmo em viagem – para consumo em território nacional). Surgida através do fenômeno da globalização, é própria daquele tipo de consumidor que adquire bens proveniente de outro país, e que se revelam, na sequência, precários, inadequados. Em situações que tais, resta partejado um tipo especial de vulnerabilidade tendo em conta as dificuldades que este consumidor enfrentará na luta para defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa, quer na judicial. São dificuldades que se agravam à míngua de um sistema jurídico dotado de políticas públicas eficazes para atender relação negocial em consumo internacionalizado.

Descortinada assim a ideia de que uma nova espécie (ou modalidade) “especial de vulnerabilidade” surgiu a bordo da globalização mercantil em consonância com a fragilidade comportamental do novel consumidor, espelhou-se nesta pesquisa um precedente verificado no Brasil: versa sobre raríssima situação de acesso à Justiça, tratando-se de caso fático a envolver consumidor ‘especialmente vulnerável’: reportou-se ao REsp. 63.981 – SP., rel.Min. Sálvio Figueiredo.

No citado feito, o *decisum* levou em consideração que se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas.

Para verificar a eficácia do CDC nas relações transnacionais é preciso investigar a importância da função tecnológica conectada à ciência e às inovações delas advindas, sendo indispensável analisar seus reflexos ante o anseio da sociedade.

A sociedade, apesar de contar com a *internet* como ferramenta para diminuir espaço e tempo, ficou, ao contrário, mais complexa; bem por isso, o consumidor tornou-se ainda mais vulnerável. O incremento consiste na proteção das relações de consumo no comércio eletrônico, com proteção à confiança virtual. A velocidade com que as operações são fechadas, conquanto decisões devam ser tomadas num piscar de olhos, impõe uma reflexão: se o tempo virtual equivale ao tempo real.

A *internet* funciona como uma ágora global pois possibilitada a todos partilhar ideias (preocupações e esperanças da sociedade contemporânea). Daí ganhou a função de informar os cidadãos e conscientizá-los sobre problemas existentes na sociedade, assim contribuindo para estimular e aperfeiçoar democracias, conduzindo-as a uma sociedade mais humana, menos voltada à desigualdade e à exclusão social. Esse seria o ideal. Todavia durante a pesquisa também se identificou diversos malefícios ao comportamento social decorrentes do uso indiscriminado da *internet*. O fato é que a *internet* serviu para dar concretude e velocidade à Globalização, sendo isso bom ou mau. É uma realidade.

Hoje se vive na “Galáxia *Internet*”, pois todos estão conectados, e isso justifica, ainda que só com força de expressão – sentido figurado –, o poderoso apontamento de que o “mundo está encolhendo” (veja-se, como exemplo inovatório, o alcance do instrumento conhecido sob a denominação de GPS).

A *internet* significa bem mais do que uma simples tecnologia, pois se traduz em um meio de comunicação que constitui a forma organizativa da sociedade contemporânea. É ela, a *internet*, quem prega a cartilha das novas diretrizes e traça novos rumos sociotécnicos, criando novos paradigmas e traduzindo-se numa realidade material de vidas, formas de relação, etc..

Sintetizando: Vive-se hoje uma “teledemocracia”, em que a “cibercultura” social conduziu a sociedade para uma “cibercidadania”.

Outro fator importante está em que o aumento de poder aquisitivo também incide, gradativamente, no turismo. Viagens ao exterior refletem essa nova sociedade, seduzindo o consumidor com nova aspiração comportamental como *object of desire*, tudo se espalhando a partir da facilitação de transportes utilizados para turismo, pois o avião, por exemplo, cada vez mais substitui o ônibus. A rapidez na locomoção, as facilidades de pagamento e preços cada vez mais acessíveis, estão entre os principais agentes de motivação.

A livre concorrência ganhou força com a globalização da economia, mas não se sobressai, no entanto, a mesma globalização para o direito. As relações transnacionais de

consumo – através do comércio eletrônico, ou em viagem – reclamam por uma tutela jurídica menos complexa e mais eficiente.

O poder econômico produtivo, como se sabe, é determinante na estrutura jurídico-político-social. Na globalização isso não é diferente: o direito acompanha as organizações econômicas complexas, onde quer que se encontrem. A globalização econômica descortinou o cenário do mercado, fazendo aparecer a clara separação existente entre legislação e realidade fática, por igual a crescente interação entre esfera pública e privada. O neoliberalismo estimula uma constante movimentação política de flexibilização legislativa a propiciar o crescimento do mercado. Na verdade criam-se leis de incitação a negócios.

Nesse cenário importa vincar, outrossim, que ao Estado Social foram atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional. Esta “inflação legislativa” acaba por ameaçar a lógica formal da dogmática jurídica, haja vista a especificidade para as quais as normas são editadas num correlato contraponto com a universalidade a que deveriam se destinar; surge daí uma relativização quanto à sua eficácia e eficiência. A atividade legislativa, poder do Estado, encontra-se condicionada por variáveis econômicas. Isso demonstra um redirecionamento da sistemática jurídica destinada a eliminar disfunções nos mercados.

O Direito Internacional Privado serviria como instrumento de harmonia e paz nas relações hoje globalizadas. O Direito, nesse ramo, não visa impor freios, obstáculos à evolução das relações de mercado: objetiva trazer soluções para os conflitos oriundos destas relações. Isso se dá ao estabelecer normas efetivamente protetivas aos direitos humanos do consumidor, suprimindo a lacuna da *lex mercatoria*, cuja preocupação não se centra no consumidor final e sim no (consumidor profissional e) fornecedor.

O Direito passa a ter como característica importante a reflexibilidade. Diferentes organizações complexas são levadas a considerar, em seus próprios sistemas de tomada de decisões, exigências conflitantes e desconchavos oriundos da sua respectiva esfera de atuação.

É preciso ter em mente que o mercado existe como fato social. Também age como instrumento regulador no cenário das necessidades sociais; portanto, indispensável a todo e qualquer processo de viabilização negocial (compra e venda, troca, remuneração, comissões retributivas, aplicação em bolsa de valores, etc.). É instituição servível para facilitar a troca de bens de consumo. Busca atender o dilema central da economia: necessidades ilimitadas e escassez de recursos. Por conseguinte, o mercado exerce importante função social, pois viabiliza aos indivíduos a obtenção daquilo de que necessitam, mas que não produzem,

isoladamente. Assim entendido, o mercado como fato social. O Direito dispõe de preciosos aparatos instrumentais para um bom desenvolvimento econômico dado que possui grande capacidade de influenciar decisões a cargo dos mais variados agentes econômicos. O Direito tem papel fundamental e, pois, inarredável, para a sustentação de um mercado eficiente à conta do corolário lógico de que trocas econômicas reclamam baixo custo de transação.

Determinadas relações do mercado clamam por intervenção do Estado para dar segurança e possibilitar o desenvolvimento econômico e proteção da livre iniciativa. Isso reforça a tese de que a intervenção justamente configura a existência do mercado, assim reconhecendo sua importante função social. Por isso convergir Direito, Economia e Mercado não quer dizer a mesma coisa que empregar uma submissão absoluta das normas jurídicas ao sistema econômico, porquanto não se pode submeter o Direito (que lida com toda a complexidade do sistema social) à ótica de apenas um ângulo científico ou sistêmico de visão da realidade.

Expressões tais como “falhas de mercado”, “intervenção”, “fomento”, etc., passaram a fazer parte do vocabulário dos economistas mais céticos, o que levou a procurar respostas no campo das ciências sociais e de sua metodologia, sendo servível neste contexto a teoria sistêmica, já que assim se organiza a sociedade: em diversos sistemas.

Quando o correm “falhas” no mercado é o Direito que busca trazer respostas, partindo de uma percepção sistêmica em que o direito, mercado e economia se comunicam por representarem uma só unidade sistêmica.

A aproximação entre teoria jurídica e sua incidência social em relação ao modelo de funcionamento jurídico de proteção do consumidor no atual momento é questão de enorme relevância social.

A teoria *Luhmanniana* da autopieise no Direito descreve não ser apenas possível como também necessário que o sistema jurídico responda às informações de seu ambiente em forma que produzam novas normas, as quais, por sua vez, retroalimentam os ambientes de outros sistemas sociais.

A partir de uma abordagem teórica verificou-se que o mercado de consumo é um fato social, que a sociedade está em rede, que conta com a facilidade de comunicação impulsionada pelos avanços tecnológicos, propiciou o aumento considerável dos índices de relação de consumo internacional por meio de comércio eletrônico. Outro fato relevante e que demonstra o aumento crescente de consumidores leigos neste mercado de consumo internacional guarda relação com as oportunidades convidativas de viagens oferecidas mundo afora, com condições especiais de pagamento (propiciando aos menos abastados a

possibilidade de viajar para o exterior, uma realidade recente, própria desta fase que a globalização tratou de criar).

Verificou-se que as normas nacionais de direito internacional privado, especificamente aquelas relativas aos países das Américas, não dão conta de atender às circunstâncias problemáticas decorrentes deste modelo de relação de consumo internacional entre fornecedor e consumidor vulnerável. Noutras palavras, o consumidor está desprotegido. A autonomia de vontade que impera nos contratos internacionais, prioriza, via de regra, os interesses dos fornecedores (sobremaneira quanto ao estabelecimento da legislação aplicável ao caso na eventualidade de solução de controvérsias oriundas deste tipo de contratação).

Mesmo com o reconhecimento internacional da proteção do consumidor como direito fundamental, os consumidores ainda sofrem com a carência de normas reguladoras de proteção. Normas reguladoras existem para regular conflitos entre consumidor profissional e fornecedor, pautadas pela autonomia de vontade das partes. Muitas vezes o consumidor leigo sequer recebe a informação adequada da dificuldade que terá de percorrer para dirimir um eventual conflito oriundo da contratação por meio eletrônico, notadamente quanto ao custo do acesso ao judiciário, as dificuldades em litigar em país estrangeiro e o tempo de duração da demanda. Isto porque, relembrando, a autonomia de vontade que impera nas relações comerciais internacionais favorece a livre escolha da legislação aplicável – geralmente priorizando a legislação do país de residência do fornecedor –, impondo este ônus ao consumidor vulnerável.

Embora o consumidor brasileiro possa contar com privilégio de foro conforme lhe confere o Código de Defesa do Consumidor, a conclusão do contrato (vinculada à ordem jurídica do país ofertante e a provável inefetividade da execução de sentença proferida por Jurisdição Brasileira) demonstra a falta de proteção do direito fundamental do consumidor leigo, vulnerável no plano internacional. Há que se ressaltar: muitas vezes o consumidor sequer exerce seu direito de buscar a tutela jurisdicional em caso de conflito, porquanto se sente desmotivado a enfrentar o ônus da demanda devido ao baixo valor econômico da transação.

Por esta razão mostra-se plausível a proposta doutrinária de elaboração de uma Convenção Especializada de Direito Internacional Privado, cujo foco de atenção é o estabelecimento de regras protetivas ao consumidor turista e ao consumidor que contrata à distância, sobretudo a partir da flexibilização da autonomia de vontade nos contratos no que tange à escolha da legislação aplicável. Tal proposta visa equalizar os interesses do mercado

com a busca pela proteção dos direitos do consumidor vulnerável, eis que o assunto em pauta versa sobre um direito humano a ser respeitado.

O objetivo da proposta versa sobre concretização da proteção do direito humano inerente à proteção do consumidor, pelo que considera a doutrina o Direito Internacional Privado um instrumento de harmonia e paz nas relações hoje globalizadas. A proposta doutrinária parte do pressuposto de que a proteção não visa imposição de barreiras ao livre mercado, e sim, a solução material e harmônica para os conflitos oriundos das relações comerciais em que o consumidor vulnerável é visivelmente a parte fraca na relação. A flexibilização defendida na proposta busca promover a coexistência dos direitos do consumidor e a integração econômica.

A flexibilização da autonomia de vontade, o que pretende a doutrina é tornar prevalente a legislação que melhor atenda os direitos de proteção ao consumidor, sendo esta uma norma reguladora de direito material de proteção, cujo objetivo consiste em harmonizar divergências culturais e ressaltar a necessidade de cooperação judicial com fim comum de proteger direitos humanos intrínsecos ao consumidor. Este seria o limite material para a autonomia da vontade que rege os contratos no âmbito do comércio internacional.

Neste contexto, verifica-se a insuficiência de normas de regulamentação da proteção do consumidor vulnerável nas relações internacionais, seja para aquele consumidor turista seja para aquele consumidor não habitual, leigo, que adquire produto de origem estrangeira por meio de contratação eletrônica à distância. E, a partir da constatação de insuficiência legislativa, surge a conseqüente necessidade de criação de regras interamericanas de proteção.

Portanto a proposta de uma nova convenção especial para tratar da proteção do consumidor se justifica na lacuna deixada nas CIDIP's anteriores, em que não houve a preocupação em tratar do tema em suas deliberações. Pelo estudo realizado a partir de um aporte teórico, verificou-se que a preocupação maior até então manifestada nas deliberações das CIDIP's foi com a regulamentação das relações intercomerciantes internacionais, justamente porque está se falando de um bloco constituído e voltado a prover o livre comércio e o aumento das importações entre os países integrantes destes blocos econômicos, favorecendo assim a autonomia de vontade sem limites.

O Estado tem o dever de proteger os direitos e garantias fundamentais. Defesa do consumidor é direito fundamental. É a defesa do ser humano. Os direitos fundamentais representam os alicerces sobre os quais se apóia o sistema jurídico. Os direitos humanos são de todos e para todos e o desafio a ser enfrentado para tentar amenizar os efeitos da crise constitucional é efetivamente fortalecer os vínculos de solidariedade, de tal forma que o

processo de globalização possa ser colocado como aliado na implementação de uma sociedade local e global tendo como ponto de partida e de chegada o ser humano. Com efeito, a solidariedade é fator intransponível para que se dê cobro às questões essenciais da sociedade globalizada de tal forma a possibilitar adequação às novas formas de exercer a cidadania e que caracterizará o século.

À dogmática jurídica impende adicionar tais noções, à guisa combater os desconchavos temporais existentes entre Direito e sociedade, sintonizando suas respostas ao anseio social, e enquanto não adotar tal postura é previsível que não se encontre inteiramente apta a regular as novas problemáticas surgidas na sociedade globalizada.

Enfim, aproximar a teoria jurídica e sua incidência social em relação ao modelo de funcionamento jurídico de proteção do consumidor globalizado na atualidade, é a ordem do dia, um dever do Estado e um exercício de cidadania. A regulação da economia – que corresponde a não submissão do humano à lógica do capital –, só se viabiliza se houver diálogo entre Direito e a luta política radicalmente democrática.

Ainda, observa-se pelas normas regulamentadoras existentes é a dificuldade ao litigar em foros estranhos, isso quando o consumidor não desiste de postular um direito face o alto custo da demanda e o baixo valor econômico da relação de consumo frustrada. O mesmo ocorre com o consumidor à distância que não conta com a certeza de que a legislação de seu país de residência ou aquela que melhor atenda a proteção de seus direitos seja aplicada ao caso concreto.

Neste quadro de contornos modernos, a proteção dos direitos do consumidor é tema a merecer especial atenção, razão pela qual a proposta normativa analisada nesta pesquisa bem pode ser um (dos) caminho(s) a ser trilhado pelas futuras convenções interamericanas, já que a relevância da proteção dos consumidores a partir de normas que facilitem o acesso à justiça e, conseqüentemente, a efetividade desta proteção ao consumidor guarda relação com a concorrência leal e a competitividade internacional. Noutros termos: tais quais os efeitos da globalização, que se permeabilizaram em diversos nichos da sociedade, o sistema jurídico também deve buscar novos rumos de solução de conflitos.

Mais: o ideal perseguido, isso sim, é a tecnologia atuante a serviço do homem, não em uso restritivo dos direitos fundamentais. Agora é de se ter em mente, sempre e sempre, a busca por respostas adequadas ao convencimento de que circulam pelo mundo não só o capital e os bens de consumo senão, também e sobretudo, os direitos. Seria a globalização dos direitos e não somente da economia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros. São Paulo: 2004. Tradução de Vergílio Afonso da Silva – da 5. ed. Alemã.

AÑON ROIG, Maria José. *Necesidades y Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4.ed. Renovar. Rio de Janeiro: 2008.

ARISTÓTOLES, *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini, 3. ed. Edipro, São Paulo 2009.

ARRIGUI, Jean Michel. *La protección de los consumidores y el Mercosur*. Revista de Direito do Consumidor, n.2, São Paulo: 1992.

ASSUNÇÃO CRISTAS. Maria de, Machado da Graça. *Estatísticas da Justiça e Política Legislativa: uma Experiência de Unidade Orgânica*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (Brasil), Ano IX, Setembro de 2005, fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/revista.htm>

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro:Renovar, 2. edição, 1993.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Edição 70, Lisboa. 1995.

BAUMAN Zygmunt. *Globalização – as consequências humanas*. Zahar. Rio de Janeiro 1999.

_____ *Modernidade Líquida*. Zahar. Rio de Janeiro. 2001

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de Legística. Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*. Verbo Editora, Lisboa: 2007.

BLOG PLANALTO. artigo “*Com aumento do poder aquisitivo, brasileiro viaja mais de avião*”. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/com-aumento-do-poder-aquisitivo-brasileiro-viaja-mais-de-aviao/>>

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 11. ed., Campus. Rio de Janeiro: 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre. TRF -4ªRegião. 2008. Caderno de Direito Constitucional: módulo5. p.12

_____ *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1996.

_____ *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Col. Estado e Constituição. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2002.

_____. *Constitucionalismo em tempos de Globalização*. Col. Estado e Constituição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed. Malheiros. São Paulo: 2001.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078/90.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. ed., Almedina. Coimbra: 1983.

CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. Malheiros. São Paulo: 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência: Exposição didática: área do direito processual civil*. Saraiva. 15.ed. São Paulo: 2007.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 12. ed. Paz e Terra. São Paulo: 2009.

_____. *A Galáxia Internet – Reflexões sobre internet, negócios e sociedade*. 2.ed. Fundação Calouste Glubenkian, Lisboa: 2007.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3.ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

CELSO, Antonio Pacheco Fiorillo. *Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade*. Revista CEJ, V.3., n.8., Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade. Brasília: mai./ago. 1999.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chigago: The University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Saraiva. São Paulo: 2005.

DICKEN, Peter. *Mudança Global - Mapeando as Novas Fronteiras da Economia Mundial*. 5.ed. Editora Bookman. São Paulo.2010.

ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In O Estado e suas crises, org. por José Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre 2005.

ESCOBAR, Arturo. *Welcome to Cyberia: Notes on the Anthtopology of Cyberculture*. In *Current Anthropology*, v.35, n.3, junho de 1994.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Malheiros. São Paulo: 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2011.

FRIDMAN, Thomas L. *O mundo é plano. Uma breve história do século XXI*. Objetiva. São Paulo: 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Caderno Mais*, fls.4 a 6, em 11.05.2008. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2008/5/11/72-mais>>

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Orgs. André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004.

GARCIA, Marcos Leite. *Transnacionalidade, "novos" direitos fundamentais e UNASUL: novas perspectivas para o século XXI*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 94, 01/11/2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10619. Acesso em 05/03/2012.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOETHE, Johann Wolfgang Von, *Escritos sobre literatura*. Seleção e Tradução: Pedro Sússekind. 7 Letras. Rio de Janeiro: 2000.

GRAU, Eros Roberto; FORGONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. Malheiros. São Paulo: 2005.

IBOPE MÍDIA. Artigo: *Internet para as massas*. Disponível em: <www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=8411DFBF6DFF8E02832575EB004ED394>

JORNAL *Gazeta do Povo*, Curitiba, 23.02.2011.

LIMBERGER, Têmis. *Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI*. Revista de Direito do Consumidor, n.67, RT. São Paulo: julho-setembro 2008.

_____. MENNA BARRETO, Ricardo. *Desafios à concretização dos direitos do consumidor*. In *Revista do Direito do Consumidor*. N°79. Junho/Setembro 2011. RT. São Paulo: 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2.ed., RT. São Paulo: 2006.

LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. Método. São Paulo: 2006.

LORENZETTI, Ricardo. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*. Revista de Direito do Consumidor. n. 21. São Paulo: jan.-mar. 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 1985.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____ *Internet Y Los Derechos Humanos*, Derecho y Conocimiento. Vol.2. p.101/121. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Disponível em: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf

_____ *Impactos Sociales y Jurídicos de Internet*. Universidad de Sevilla. España. 21/05/2001. Fonte: [www.argumentos.us.es/numero 1/bluno.htm](http://www.argumentos.us.es/numero%201/bluno.htm). Acessado em 21/01/2012.

_____ *A Cibercidadania: Nova Fronteira Dos Direitos Humano*. Tradução Hernan Eduardo Aguilera Carro. Texto a ser publicado na obra coletiva organizada em função da viagem de estudos realizada pela UDC (União Dinâmica de Faculdades Cataratas) a Roma/Sevilla em maio de 2011 - no prelo.

_____ *La tercera generación de los Derechos Humanos*. Cizur Menor-Navarra. Editora Aranzadi, 2006.

MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de defesa do Consumidor*. 4.ed. RT. São Paulo: 2002.

_____ *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. RT. São Paulo: 2007.

_____ *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor – Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. RT. São Paulo: 2004.

_____ *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*. In *Derecho Internacional y de La Integración*, v. 2, Santa Fe: 2003.

_____. *A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral*. Curso de Direito Internacional CJI/OEA Washington/Rio de Janeiro. 2001.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e Direito do Consumidor*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2002.

MAXIMIANO, Antônio Cesar Amaru, *Da escola científica à competitividade na economia globalizada*. 2.ed. São Paulo : Atlas, 2000.

MELO, Milena Petters. *Cidadania.' Subsídios Teóricos para uma Nova Praxis in Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. Ltr. São Paulo: 2007,

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 1ª. ed.RT. São Paulo: 2008.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito*. Juarez de Oliveira, São Paulo: 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Síntese. Porto Alegre: 1999.

NUNES, Rizzatto, *Curso de Direito do Consumidor*, 4. ed., Saraiva, São Paulo 2009.

OAS, Organization of America States. Disponível em: <www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp#CIDIPVII>.

REVISTA. Brasilcon. *Manifestação do BRASILCON sobre o Projeto de Protocolo, de 4 de dezembro de 1997*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 23-24, julho-dezembro 1997.

REVISTA. da AMB. *Cidadania e Justiça*, nº7, setembro, 1999.

REVISTA. de Direito do Consumidor. RT. São Paulo. Vol. 51. Julho-Setembro. 2004.

REVISTA. da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. n.7. 2004. Disponível em: www.bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacal_antinomias_dialogo_fontes.pdf>.

REVISTA *Época*, 10 de janeiro de 2011, ps.50-51.

REVISTA *Época*, 02 de janeiro de 2012, ps.46-49.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e democracia*. 2.ed.. UNISINOS, São Leopoldo: 2003.

_____. SCHWARTZ, Germano. KING, Micahel. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009.

_____. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5.ed. LTR. São Paulo: 2002.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004. – Coleção primeiros passos; 22. ed. reimpr. 1. ed. de 1986.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2001.

SCARPI, Vinicius. *Sistemas Estruturais: leitura sobre a relação entre direito e economia*. In 20 anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política. Orgs. Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto, e Alfredo Santiago Gulleton. São Leopoldo. Editora Oikos, 2009.

STIGLITZ, Gabriel Alejandro. *Proteccion Juridica Del Consumidor*. De Palma. Buenos Aires. 1986.

_____. *Modificaciones a la Ley Argentina de Defensa Del Consumidor y su influencia en el Mercosur*. REVISTA. de Direito do Consumidor. RT. V.29. São Paulo. jan.-mar. 1999.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 5ªed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – BRASIL - *REsp.63.981-SP*.

TEUBNER, Gunther. *O direito como um sistema autopoietico*. Tradução. Jose Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1993.

TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. *Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no Mercosul*. *Indicadores Econômicos*. FEE, V. 25, n. 3, Porto Alegre: dezembro 2000.

TIMM, Luciano Benetti, artigo intitulado *Direito, Mercado e Função Social*. Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. *Direito e Economia* revista e atualizada, 2, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

_____ *O novo direito Contratual Brasileiro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2008.

_____ *Prestação de serviços do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Forense, São Paulo: 2006.

_____ *Direito e Economia*, revista atualizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p.147.

VALLE, Regina Ribeiro do. *Direitos Cibernético é uma realidade? In E-dicas: O Direito na Sociedade da Informação*. Org. Regina Ribeiro do Valle. São Paulo: Usina do Livro, 2005.

ANEXO A - STJ - RESP Nº 63.981-SP

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: -

Início por aproveitar o relatório que integra o acórdão recorrido, litteris (fl. 133):

"Apelação Interposta por Plínio Gustavo Prado Garcia, postulando em causa própria, visando a reforma da r. decisão de fls. 03/05, a qual julgou extinto o processo com fundamento no artigo 267, VI do CPC, e que o condenou ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Aduziu, em suas razões recursais, que as preliminares argüidas se confundem com o mérito, além do que na nulidade da sentença, pela ausência de relatório (sua parte essencial). No mérito, afirma que a apelada, Panasonic do Brasil Ltda, deve ser responsabilizada pela qualidade do produto que, por ele, foi adquirido em outro país, para efeitos de sua garantia.

Contra-arrazoados, subiram os autos e, por v. acórdão proferido pela Colegiada 5ª Câmara Especial de Julho de 1994 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, os autos foram remetidos a este Egregio Tribunal."

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação, entendendo que não estava obrigada a Panasonic do Brasil Ltda. a emprestar garantia a produto produzido e comercializado pela matriz ou filiais no exterior (fls. 136/140).

Inconformado, o autor interpõe recurso especial com base na letra "a" da Constituição Federal, alegando, em síntese, que a empresa ré deve se responsabilizar por defeito de equipamento adquirido em Miami, Estados Unidos da América, porque integra a multinacional com sede em Osaka, Japão, e que, por produzir produtos da mesma marca, colabora indiretamente com a venda dos produtos em terras alienígenas. Diz que se auferem lucros mundialmente, a garantia também deve ser global.

Aduz o recorrente que a decisão contraria os arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor, por não reconhecer os direitos fundamentais alusivos ao adquirente da mercadoria, parte mais fraca na relação de consumo.

Afirma, ainda, que a sentença monocrática é nula, pois deixou de considerar os aspectos apontados na exordial relativamente aos direitos do consumidor, tais como a caracterização de conglomerado multinacional, a conceituação de fornecedor, e à interpretação não restritiva da expressão "colocar o produto no mercado" prevista no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, de sorte que a omissão, desconsiderada pela Corte a quo, importou em ofensa ao art. 458, I e II, do CPC.

Contra-razões às fls. 161/171, sustentando, preliminarmente, a falta de prequestionamento. Acrescenta que a ação deveria ter sido promovida perante a Justiça Norte-Americana, contra a empresa vendedora, e não contra a ré, que não participou da produção, venda e nem assegurou garantia ao produto. Afirma que apesar de vinculadas à mesma matriz, no Japão, tanto a Panasonic

Superior Tribunal de Justiça

Americana como a Brasileira, ora recorrida, são empresas distintas, que elaboram mercadorias próprias, prestando, cada qual, a sua garantia de forma independente. Salienta, mais, que não se enquadra no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC, ressaltando que, segundo admite o recorrente, a câmara por ele comprada no exterior era um produto recém lançado, que não tinha similar no Brasil. Esclarece que não houve publicidade enganosa, posto que ao divulgar a marca Panasonic ela o faz referentemente aos produtos que fabrica em território nacional, e que sendo o contrato firmado com o fabricante estrangeiro, inclusive em língua inglesa, é evidente que não pode extrapolar aquele território, referindo-se ao disposto no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, que exonera a ré quando não haja colocado o produto no mercado. Também assere que não se configura o grupo empresarial do art. 28, parágrafo 5º, do CDC, à míngua de inexistência de registro de "contrato de controle" na Junta Comercial.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 173/175.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR):

- Como visto do relatório, trata-se de ação ordinária em que se discute o direito do autor, que adquiriu uma máquina filmadora, marca Panasonic, em Miami, Estados Unidos da América, que mais tarde veio a se apresentar defeituosa, tê-la reparada pela Panasonic do Brasil Ltda, em face da garantia dada na venda do produto pela empresa americana.

O recurso especial foi aviado pela letra "a" do permissivo constitucional, alegando-se contrariedade ao art. 458, I e II, da lei adjetiva civil, porque o acórdão teria chancelado sentença nula, bem assim aos arts. 3º, 6º, IV, 28, parágrafo 5º do Código de Defesa do Consumidor.

As questões foram abordadas pelo Tribunal a quo, de sorte que satisfeito está o pressuposto do prequestionamento.

O voto condutor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Toledo Cesar, diz o seguinte (fls. 136/139):

"O autor, que milita em causa própria, em uma viagem aos Estados Unidos, América do Norte, adquiriu uma câmera de vídeo, descrita na petição inicial, da marca Panasonic, com garantia contratual de um ano e que teria apresentado defeito de fabricação.

Imputando à ré um caráter de subsidiariedade com a fabricante, busca o necessário ressarcimento, mas o douto magistrado julgou extinto o processo por considerar a ré parte legítima para responder por aqueles danos.

Ainda que a sentença tenha sido bastante lacônica, em termos de relatório, há que se atentar para o fato de que se trata de decisão extintiva do feito e que, nos termos do artigo 458 do CPC, poderá adotar uma forma concisa.

A única omissão foi exatamente do resumo da petição inicial, o que não vem em prejuízo ao autor.

Não mais, a matéria preliminar, mesmo, confunde-se com o mérito e a ela estava restrita, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada.

Quanto ao apelo, em si, também merece confirmação a respeitável sentença, porque, ainda que a ré possa ser uma empresa subsidiária da fabricante do produto, ou similar àquela que o colocou no mercado, há que se considerar que são personalidades jurídicas distintas, que atuam no comércio internacional, sem qualquer liame por uma responsabilidade subsidiária, como a pretendida pelo autor, ainda que habilmente numa indevida extensão, não só de um pretendido direito constitucional, como de uma proteção do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção entre pessoas jurídicas é essencial para a caracterização ou descaracterização de um direito contra uma delas, não arcando a congênere com a responsabilidade pelos atos praticados por outra.

A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 1º e seguintes da Lei 8.078, de 11/09/90.

Superior Tribunal de Justiça

A contrária sensu, responde sempre a fabricante, juntamente com o comerciante que proporcionou a venda.

Mas o que prepondera para a exclusão da responsabilidade da ré é a redação do artigo 12 da mencionada lei, que coloca como responsáveis "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador".

Em nenhuma dessas hipóteses se insere a pessoa jurídica que, no Brasil, comercializa os bens da fabricante, e, se os fabrica, não serão os mesmos.

Da mesma forma não se caracteriza qualquer das hipóteses do artigo 13, donde não se falar em infração aos artigos 3º, 6º, IV e 25 desse Código, porque a apelada não é fornecedora do bem que teria apresentado o vício, e tem apenas uma relação contratual com a fabricante.

Não se poderá dizer que isso ofenda os direitos do consumidor, sequer a então exagerada pretensão da descaracterização da pessoa jurídica, porque a apelada é empresa distinta da fabricante e daquela que vendeu o produto.

Ademais, não foi ela que o colocou no mercado, não se podendo falar em teoria do risco, exatamente por esses mesmos argumentos.

Nos seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Amada e Tereza Aívim elencam todas as hipóteses em que a responsabilidade do artigo 18 ocorre, mas essa solidariedade, instituto jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos na lei civil, contornos esses constantes nos artigos 904-916 do CC, bem como no seu artigo 18 (autores citados, 'Código do Consumidor Comentado', RT).

As pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva - sequer a novel legislação - entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial.

O que prevalece é o fato de caráter objetivo, ou seja, a responsabilidade pela fabricação pela venda ou veiculação de qualquer tipo de propaganda do bem especificado.

O mundo comercial evolui e oferece diversas faces, em sua constante mutação.

Surtem, agora, as franquias, e adotada a tese do apelante, qualquer delas poderia responder por atos da outra, o que seria, igualmente, um constrangimento jurídico.

Mesmo que se tratasse de um conglomerado multinacional, as pessoas jurídicas são distintas, e o princípio da objetividade é o mesmo.

Em face do exposto, negam provimento ao recurso, para manter a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos."

De início, também não identifiquei nulidade da decisão monocrática, porquanto a mesma se acha fundamentada, não sendo absolutamente violada pelo fato de haver dado a controversia exegese diversa daquela pretendida pela parte autora. E, no tocante ao relatório, conquanto sucinto, tenho que suficiente para atender aos requisitos processuais, mesmo porque suprido eventual defeito pela parte decisória.

Com relação ao mérito propriamente dito, estou em que o aresto merece confirmação.

Os dispositivos legais tidos como afrontados são os seguintes, todos do CDC:

"Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, Documenta: P1543247 - Inquérito Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 20/11/2020. Página 2 de 4

Superior Tribunal de Justiça

nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços”.

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

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

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 6º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

A questão fundamental que surge, é que a mercadoria em discussão - máquina fimadora - não foi nem comprada no Brasil, nem, tão pouco, de empresa que a produziu, comercializou ou garantiu.

Trata-se de uma relação de consumo realizada, por inteiro, em Miami, Estados Unidos da América, em que, circunstancialmente, o autor-recorrente, é domiciliado no Brasil. Tal fato não serve, entretanto, para estender a garantia para outro país, especialmente contra empresa diversa, posto que a Panasonic do Brasil Ltda, ora ré-recorrida, não é a mesma que produziu, comercializou e garantiu o equipamento, mas, sim, a Panasonic Company (fl. 10).

Como, portanto, aplicar um Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior, entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro.

Quando um viajante adquire uma mercadoria estrangeira, ele o faz, usualmente, dentro da sua quota fiscal, sem o pagamento do oneroso imposto de importação, pelo que o bem sai consideravelmente mais em conta que o produto nacional. É uma opção que tem, porém também um risco, exatamente o de comprar um equipamento sem condições de garantia, ou de manutenção despendiosa.

A atividade da empresa que produz o equipamento no território nacional, a seu turno, se sujeita ao pagamento de impostos nacionais, notoriamente mais elevados que os cobrados no exterior, gerando empregos e divisas para o Brasil.

Não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual, a Panasonic brasileira, que tem determinada linha de produtos, na qual não se insere o modelo de fimadora em comento, que é

Superior Tribunal de Justiça

exclusivo do mercado americano (fl. 16), seja responsabilizada pelo reparo do produto em tela.

Imagine-se, aliás, como seria difícil ou impossível a todas as empresas de um conglomerado, na Europa, Américas do Sul, Central e do Norte, África, etc, manterem estoque de peças e treinamento de pessoal para todo e qualquer produto, ainda que sua fabricação seja específica de apenas um ou poucos países.

Por exemplo, um modelo de automóvel sofisticado produzido nos Estados Unidos pela General Motors e importado autonomamente pelo comprador para o Brasil, teria de ser reparado, gratuitamente, em qualquer concessionária Chevrolet, inobstante o pessoal não tivesse ferramenta ou capacitação para tanto. Uma fábrica brasileira de televisores, que fosse filial da empresa brasileira ou americana, teria de reparar uma agenda eletrônica ou batelreira elétrica da mesma marca, ainda que inteiramente divorciada da sua linha de produtos. E por aí vai.

E o mais grave é que, a prevalecer esse entendimento, todos os produtos contrabandeados, tais como computadores, vídeos-cassete, toca-fitas, CD players, DVD, etc, serão automaticamente beneficiados, passando a ser garantidos pelas empresas brasileiras da mesma marca.

A sentença monocrática observou, inclusive, que os locais indicados para manutenção do equipamento durante a garantia são situados em cidades e estados norte-americanos, ratificando a territorialidade da garantia naquele país (fl. 94).

Assim, não tenho que a Lei n. 8.078/90 não alcança a relação de consumo contratada no exterior, nos termos aqui configurados (sem ressalva contratual em contrário), inaplicáveis à espécie, por impertinentes ao caso, os arts. 3º e 28, parágrafo 5º, do citado diploma.

E se aplicável fosse o CDC, a incidência seria da regra do seu art. 12, parágrafo 3º, inciso I, que reza:

"§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - QUE NÃO COLOCOU O PRODUTO NO MERCADO;"

Tão pouco há que se falar em propaganda enganosa, visto que divulgar a marca Panasonic no Brasil, relativamente aos produtos aqui fabricados, não significa, em hipótese alguma, induzir consumidores brasileiros a imaginar que a compra de equipamentos Panasonic no exterior estaria coberta por garantia.

No particular, verifica-se que a compra da máquina filmadora se deu em setembro de 1991, e que antes disso, em março daquele mesmo ano, a empresa ré vinha publicando comunicados nos jornais alertando exatamente para o oposto (cf. fls. 9, 20/21).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

E como voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981/SP

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, vou rogar vênia ao Sr. Ministro Sávio de Figueiredo Telxreira para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, que, penso, examinou exaustivamente a questão ora posta.

Trata-se de um equipamento adquirido no exterior e, portanto, não se cuida de um produto nacional. E não vejo, tal como S. Ex^a o Eminentíssimo Relator, malferidos os artigos inseridos no Código de Defesa do Consumidor no caso presente.

A fabricante deste aparelho (uma filmadora), sediada no Japão, é uma pessoa jurídica distinta daquela que está estabelecida no Brasil. E, tal como S. Ex^a, o Eminentíssimo Relator, mencionou, não é caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica na forma como estabelece o art. 28 da Lei 8.078, de 1990, pois, no caso, não se pode cogitar de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos de contrato social.

E há, ainda, mais um aspecto salientado pelo Eminentíssimo Relator de que, no caso, a ré não colocou o produto no mercado, incidindo, pois, a norma do art. 12, § 3º, do CDC.

Em suma e em conclusão, estou acompanhando inteiramente o Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.381 - SP (95/0018349-8)

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. MERCADORIA ADQUIRIDA NO EXTERIOR COM DEFEITO. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA DE REPARAR O DANO.

A realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada.

As grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram de provincialismo e alcançaram a universalidade.

Pelas peculiaridades da espécie, a Panasonic do Brasil Ltda. responde pelo defeito de mercadoria da marca Panasonic adquirida no exterior.

Recurso conhecido e provido.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:-

O eminente Ministro Aldir Passarinho Junior assim relatou o feito:

"Início por aproveitar o relatório que integra o acórdão recorrido, litema (fl. 133):

"Apelação interposta por Flávio Gustavo Prado Garcia, postulando em causa própria, visando a reforma da r. decisão de fls. 99/96, a qual julgou extinto o processo com fundamento no artigo 267, VI do CPC, e que o condenou ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários, fixadas em 10% sobre o valor da causa.

Aduziu, em suas razões recursais, que as preliminares argüidas se confundem com o mérito, além do que há nulidade da sentença, pela ausência de relatório (sua parte essencial). No mérito, afirma que a apelada, Panasonic do Brasil Ltda, deve ser responsabilizada pela qualidade do produto que, por ele, foi adquirido em outro país para efeitos de sua garantia.

Contra-razoadas, subiram os autos e, por v. acórdão proferido pela Colenda 6ª Câmara Especial de Julho de 1994 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, os autos foram remetidos a este Egrégio Tribunal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação, entendendo que não estava obrigada a Panasonic do Brasil Ltda a emprestar garantia a produto produzido e comercializado pela matriz ou filiais no exterior (fls. 135/140).

Inconfirmado, o autor interpõe recurso especial com base na letra "a" da Constituição Federal, alegando, em síntese, que a empresa ré deve se responsabilizar por defeito de equipamento adquirido em Miami, Estados Unidos da América, porque integra a multinacional com sede em Osaka, Japão, e que, por produzir produtos da mesma marca, colabora indiretamente com a venda dos produtos em terras alheínas. Diz que se auferem lucros mundialmente, a garantia também deve ser global.

Aduz o recorrente que a decisão contraria os arts. 3º, 6º, IV, 26º, parágrafo 6º do Código de Defesa do Consumidor, por não reconhecer os direitos fundamentais alusivos ao adquirente da mercadoria, parte mais fraca na relação de consumo.

Afirma, ainda, que a sentença monocrítica é nula, pois deixou de considerar os aspectos apontados na exortação relativamente aos direitos do consumidor, tais

Superior Tribunal de Justiça

como a caracterização de conglomerado multinacional, a conceituação de fornecedor, e a interpretação não restritiva da expressão "colocar o produto no mercado" prevista no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, de sorte que a omissão, descon siderada pela Corte a qua, importou em ofensa ao art. 460, I e II, do CPC.

Contra-razões às fls. 161/171, sustentando, preliminarmente, a falta de prequestionamento. Acrescenta que a ação deveria ter sido promovida perante a Justiça Norte-Americana, contra a empresa vendedora, e não contra a ré, que não participou da produção, venda e nem assegurou garantia ao produto. Afirma que apesar de vinculadas à mesma matriz, no Japão, tanto a Panasonic Americana como a Brasileira, ora reconida, são empresas distintas, que elaboram mercadorias próprias, prestando, cada qual, a sua garantia de forma independente. Salienta, mais, que não se enquadra no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do CDC, ressaltando que, segundo admite o recorrente, a câmara por ele comprada no exterior era um produto recém lançado, que não tinha similar no Brasil. Esclarece que não houve publicidade enganosa, posto que ao divulgar a marca Panasonic ela o faz referentemente aos produtos que fabrica em território nacional, e que sendo o contrato firmado com o fabricante estrangeiro, inclusive em língua inglesa, é evidente que não pode extrapolar aquele território, referindo-se ao disposto no art. 12, parágrafo 3º, I, do CDC, que exonerá a ré quando não haja colocado o produto no mercado. Também asseri que não se configura o grupo empresarial do art. 28, parágrafo 2º, do CDC, à míngua de existência de registro de "contrato de controle" na Junta Comercial.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 173/176.

Para não conhecer do recurso, Sua Excelência proferiu o seguinte judicioso voto:

"Como visto do relatório, trata-se de ação oriunda em que se discute o direito do autor, que adquiriu uma máquina filmadora, marca Panasonic, em Miami, Estados Unidos da América, que mais tarde veio a se apresentar defeituosa, não-la reparada pela Panasonic do Brasil Ltda, em face da garantia dada na venda do produto.

O recurso especial foi avilado pela letra "a" do permissivo constitucional, alegando-se contrariedade ao art. 460, I e II, da lei adjetiva civil, porque o acórdão teria chancelado sentença nula, bem assim aos arts. 2º, 8º, IV, 25, parágrafo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

As questões foram abordadas pelo Tribunal a qua, de sorte que satisfeito está o pressuposto do prequestionamento.

O voto condutor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Toledo Cesar, dá o seguinte (fls. 136/138):

"O autor, que milita em causa própria, em uma viagem aos Estados Unidos, América do Norte, adquiriu uma câmara de vídeo, descrita na petição inicial, da marca Panasonic, com garantia contratual de um ano e que tenta apresentado defeito de fabricação.

Imputando à ré um caráter de subsidiariedade com a fabricante, busca o necessário ressarcimento, mas o douto magistrado julgou extinto o processo por considerar a ré parte legítima para responder por aqueles danos.

Ainda que a sentença tenha sido bastante lacônica, em termos de relatório, há que se atentar para o fato de que se trata de decisão extintiva do feito e que, nos termos do artigo 460 do CPC, poderá adotar uma forma concisa.

A única omissão foi exatamente do resumo da petição inicial, o que

Superior Tribunal de Justiça

não vem em prejuízo ao autor.

No mais, a matéria preliminar, mesmo, confunde-se com o mérito e a ela estava restrita, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada.

Quanto ao apelo, em si, também merece confirmação a respeitável sentença, porque, ainda que a ré possa ser uma empresa subsidiária do fabricante do produto, ou similar àquela que o colocou no mercado, há que se considerar que são personalidades jurídicas distintas, que atuam no comércio internacional, sem qualquer liame por uma responsabilidade subsidiária, como a pretendida pelo autor, ainda que habilmente numa indevida extensão, não só de um pretendido direito constitucional, como de uma proteção do Código de Defesa do Consumidor.

A distinção entre pessoas jurídicas é essencial para a caracterização ou descaracterização de um dano contra uma delas, não arcando a conglutina com a responsabilidade pelos atos praticados por outra.

A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 10 e seguintes da Lei 8.070 de 11/09/90.

A contrário sensu, responde sempre a fabricante, juntamente com o comerciante que proporcionou a venda.

Mais o que prepondera para a exclusão da responsabilidade da ré é a redação do artigo 12 da mencionada lei, que coloca como responsáveis "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador".

Em nenhuma dessas hipóteses se insere a pessoa jurídica que, no Brasil, comercializa os bens da fabricante, e, se os fatos, não serão os mesmos.

Da mesma forma não se caracteriza qualquer das hipóteses do artigo 13, donde não se falar em infração aos artigos 3º, 6º, IV e 20 desse Código, porque a apelada não é fornecedora do bem que tenha apresentado o vício, e tem apenas uma relação contratual com a fabricante.

Não se poderá dizer que isso ofenda os direitos do consumidor, sequer a então exagerada pretensão da descaracterização da pessoa jurídica, porque a apelada é empresa distinta da fabricante e daquela que vendeu o produto.

Ademais, não foi ela que o colocou no mercado, não se podendo falar em teoria do risco, exatamente por esses mesmos argumentos.

Nos seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Arruda e Tereza Avim elencam todas as hipóteses em que a responsabilidade do artigo 10 ocorre, mas essa solidariedade, instituto jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor, será aplicada com os contornos estabelecidos na lei civil, contornos estes constantes nos artigos 904/916 do CC, bem como no seu artigo 10 (autores citados, 'Código do Consumidor Comentado', RT).

As pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva — sequer a novel legislação — entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial.

O que prevalece é o fato de caráter objetivo, ou seja, a

Superior Tribunal de Justiça

responsabilidade pela fabricação, pela venda ou veiculação de qualquer tipo de propaganda do bem especificado.

O mundo comercial evolui e oferece diversas faces, em sua constante mutação.

Surgem, agora, as franquias, e, adotada a tese do apelante, qualquer delas poderia responder por atos da outra, o que seria, igualmente, um contrassenso jurídico.

Mesmo que se tratasse de um conglomerado multinacional, as pessoas jurídicas são distintas, e o princípio da objetividade é o mesmo.

Em face do exposto, negam provimento ao recurso, para manter a r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos!

Com relação ao mérito propriamente dito, estou em que o aresto merece confirmação.

Os dispositivos legaisidos como afrontados são os seguintes, todos do CDC:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor

—

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

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

—

§ 6º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A questão fundamental que surge, é que a mercadoria em discussão — máquina filmadora — não foi nem comprada no Brasil, nem, tão pouco, de empresa que a produziu, comercializou ou garantiu.

Trata-se de uma relação de consumo realizada, por inteiro, em Miami, Estados Unidos da América, em que, circunstancialmente, o autor-recorrente, é domiciliado no Brasil. Tal fato não serve, entretanto, para estender a garantia para outro país, especialmente contra empresa diversa, posto que a Panasonic do Brasil Ltda, ora ré-recorrida, não é a mesma que produziu, comercializou e garantiu o equipamento, mas, sim, a Panasonic Company (fl. 10).

Como, portanto, aplicar um Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior, entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro.

Quando um viajante adquire uma mercadoria estrangeira, ele o faz, usualmente, dentro da sua quota fiscal, sem o pagamento do oneroso imposto de importação, pelo que o bem sai consideravelmente mais em conta que o produto nacional. É uma opção que tem, porém também um risco, exatamente o de comprar

Superior Tribunal de Justiça

um equipamento sem condições de garantia, ou de manutenção despendiosa.

A atividade da empresa que produz o equipamento no território nacional, a seu turno, se sujeita ao pagamento de impostos nacionais, notoriamente mais elevados que os cobrados no exterior, gerando empregos e divisas para o Brasil.

Não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual, a Panasonic brasileira, que tem determinada linha de produtos, na qual não se insere o modelo de fumador a em comento, que é exclusivo do mercado americano (fl. 18), seja responsabilizada pelo reparo do produto em tela.

Imagine-se, aliás, como seria difícil ou impossível a todas as empresas de um conglomerado, na Europa, Américas do Sul, Central e do Norte, África, etc, manterem estoque de peças e treinamento de pessoal para todo e qualquer produto, ainda que sua fabricação seja específica de apenas um ou poucos países.

Por exemplo, um modelo de automóvel sofisticado produzido nos Estados Unidos pela General Motors e importado autonomamente pelo comprador para o Brasil, teria de ser reparado, gratuitamente, em qualquer concessionária Chevrolet, inobstante o pessoal não tivesse fundamentaria ou capacitação para tanto. Uma fábrica brasileira de televisores, que fosse filial da empresa brasileira ou americana, teria de reparar uma agenda eletrônica da mesma marca, ainda inteiramente divorciada de sua linha de produtos. E por aí vai...

E o mais grave é que, a prevalecer esse entendimento, todos os produtos contrabandeados, tais como computadores, vídeos-cassete, toca-fitas, CD players, DVD, etc., serão automaticamente beneficiados, passando a ser garantidos pelas empresas brasileiras da mesma marca.

A sentença monocrática observou, inclusive, que os locais indicados para manutenção do equipamento durante a garantia são situados em cidades e estados norte-americanos, ratificando a territorialidade da garantia naquele país (fl. 94).

Assim, não tenho que a Lei n. 8.078/90 não alcança a relação de consumo contratada no exterior, nos termos aqui configurados (sem ressalva contratual em contrário), inaplicáveis à espécie, por imperinentes ao caso, os arts. 3º e 20, parágrafo 6º, do citado diploma.

E se aplicável fosse o CDC, a incidência seria da regra do seu art. 12, parágrafo 3º, inciso I, que reza:

§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I — QUE NÃO COLOCOU O PRODUTO NO MERCADO;

Tão pouco há que se falar em propaganda enganosa, visto que divulgar a marca Panasonic no Brasil, relativamente aos produtos aqui fabricados, não significa, em hipótese alguma, induzir consumidores brasileiros a imaginar que a compra de equipamentos Panasonic no exterior estaria coberta por garantia.

No particular, verifica-se que a compra da máquina fumadora se deu em setembro de 1991, e que antes disso, em março daquele mesmo ano, a empresa já vinha publicando comunicados nos jornais alertando exatamente para o oposto (cf. fls. 9,20/21)*.

Sua Excelência foi acompanhado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, mas antes o eminente Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira dissentiu, concedendo do recurso e lhe dando provimento.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, sobretudo lendo em conta o seu Ineditismo.

E por todos consabido que a realidade atual indica que estamos

Superior Tribunal de Justiça

vivendo em um mundo de economia globalizada.

Hoje é numerosa a existência de grandes corporações supra-nacionais que até podem ter a principal sede de seus negócios em um determinado país sem que, contudo, nele estejam sendo necessariamente exercidas as suas principais atividades ou sendo auferidos os seus maiores lucros.

Essas grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincianismo e alcançaram a universalidade.

É certo que podem até ter, por conveniências políticas, contábeis ou fiscais, em cada país, uma personalidade jurídica distinta, mas que se acham unidas por receberem a mesma atuação estratégica, e guardarem em comum a sujeição a um mesmo comando.

Nenhuma delas é uma ilha isolada, tanto que a propaganda, ainda que possa respeitar determinadas peculiaridades locais, é a mesma em todos os cantos, sobretudo no que se reporta a consolidar a fixação de sua marca.

Quem compra uma máquina filmadora Panasonic em qualquer país que seja, o faz movido pela propaganda que lhe impulsiona a acreditar na respeitabilidade dessa marca, acreditando na correção da fabricação desses produtos e certo de que, seja em que país esteja, será reparado por qualquer vício ou defeito que possa posteriormente surgir.

A recorrida se apresenta com o nome Panasonic do Brasil Ltda., que lhe confere, só por isso mesmo, enorme credibilidade.

Certamente, para portar esse nome, tem, no mínimo, o beneplácito de quem fabrica esses produtos. Isso se não for efetiva integrante de um mesmo conglomerado econômico, ainda que possa não ser nas configurações usuais.

Por outro lado, o sucesso de suas atividades muito está a dever ao elevado conceito que essa marca mundialmente destruta, sendo, inquestionavelmente, beneficiada em razão desse conceito e da propaganda mundial que é feita em torno dela.

Ora, aproveitando, essa empresa nacional, todas as vantagens que são decorrentes desse conceito mundial, evidentemente que ela tem que oferecer algo em contra-partida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra mercadoria defeituosa, acreditando no produto.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor implantou uma configuração jurídica nova às relações de consumo existentes no Brasil, impondo uma proteção mais efetiva tanto aos interesses coletivos como aos chamados direitos difusos.

Observo que, no caso, o produto de que se cogita (máquina filmadora) é de legítima fabricação da Panasonic, não sendo, pois, falsificada. Se não fosse assim, não se poderia impor à recorrida o dever da reparação, salvo se ficasse provado que a mercadoria tivesse sido adquirida em algum

Superior Tribunal de Justiça

estabelecimento que portasse o seu nome.

Por essas considerações e pelas demais postas pelo eminente Ministro **Salvio de Figueiredo Teixeira**, acompanhado Sua Excelência para conhecer do recurso e lhe dar provimento, com a devida vênia dos eminentes Ministros **Aldir Passarinho Junior** e **Barros Montelro**.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SÃO PAULO (1995/0016349-8)

VOTO VOGAL

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (PRESIDENTE):-

Peço vênia para votar de acordo com o entendimento divergente, acompanhando o voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, com as considerações do Min. Cesar Asfor Rocha.

A empresa que vende seus produtos em diversos países do mundo, e assim se beneficia do regime de globalização comercial, deve responder pelas suas obrigações com a mesma extensão. A quebra das fronteiras para a venda há de trazer consigo a correspondente quebra das fronteiras para manter a garantia da qualidade do produto. Do contrário, a empresa multinacional recebe o bônus que significa a possibilidade de ampliar o mercado para a colocação da mercadoria que produz, elevando-o a um plano universal, mas se exonera do ônus de assumir a responsabilidade de fabricante ou fornecedor, invocando a seu favor a existência da fronteira. Esse limite, que não impede a sua expansão, não pode servir para reduzir a sua obrigação.

No caso dos autos, o consumidor adquiriu um produto Panasonic em outro país, internalizou-o e hoje o aparelho apresenta defeito. A Panasonic do Brasil, que o próprio nome já indica pertencer ao mesmo grupo da empresa fabricante, embora com sede em outro lugar, tem a responsabilidade de cumprir com a obrigação de assistência assumida pelo fabricante. Nem sequer é necessário recorrer à desconsideração da pessoa jurídica (aplicável à hipótese nos termos do art. 28, par. 5º, do CDC), uma vez que se trata do mesmo grupo societário, "empresas vinculadas à mesma matriz", conforme admitido nos autos, razão pela qual a filial estabelecida no Brasil aqui responde subsidiariamente pelas responsabilidades previstas no Código, na forma do art. 28, § 2º.

As dificuldades que decorrem da diversidade de modelos são próprias do negócio e devem ser resolvidas por quem participa do mercado e lucra com os seus produtos, pouco importando o lugar da venda ou da residência do consumidor, desde que existente aqui a extensão do grupo empresarial fabricante. Também não impressiona o argumento de que pode haver produto contrabandeado que apresenta defeito. Será uma outra situação, pois as relações com o fisco não se confundem com a relação de consumo entre a fábrica e o comprador; a necessidade da prestação de serviços de assistência pode até ser uma boa oportunidade para o cumprimento da exigência fiscal.

Por fim, devo observar que esse tipo de responsabilização em nada prejudica a concorrência, antes zela para que se a mantenha em nível compatível com as condições da empresa e, de certo modo, agrega ao seu produto a segurança de assistência independentemente do lugar da venda, distinguindo-a das que não podem oferecer o mesmo serviço.

Por isso, com a devida vênia, conheço e dou provimento.

Superior Tribunal de Justiça

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Ouvi com a merecida atenção a excelente sustentação feita, assim como o douto voto do Sr. Ministro Relator.

Vou pedir vênia, no entanto, para divergir de S. Exa., sem embargo também da rica fundamentação do acórdão impugnado.

São respeitabilíssimas as considerações feitas pelo Sr. Ministro Relator, com a costumeira excelência dos seus votos, que me dispense de reproduzir porque acabamos de ouvi-las e integrarão o acórdão, a afastarem a invocada responsabilidade solidária e a incidência das apontadas normas legais, notadamente as concernentes ao Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro plano, também não descontinuo a argüida nulidade do acórdão do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, por vulneração do art. 458, CPC. Com efeito, desse vício não padece o julgado paulista, suficientemente fundamentado.

No mérito, no entanto, tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1.850, e o Código Civil, de 1.916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade dos nossos dias.

Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala Internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da Informática e no mercado consumidor que representa o nosso País.

O mercado consumidor, não se pode negar, vê-se hoje "bombardeado" por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da renomada "Panasonic do Brasil Ltda" da marca mundialmente conhecida "Panasonic".

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Nro. Registro: 1995/0016349-8

RESP 63981/SP

FAUTA: 02/12/1999

JULGADO: 11/04/2000

Relator

Exmo. Sr. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR

Subprocurador-Geral da República

EXMA. SRA. DRA. CLAUDIA SAMPAIO MARQUES

Secretário(a)

CLARINDO LUIZ DE SOUZA FLAUZINA

AUTUAÇÃO

RECTE : PLINIO GUSTAVO PRADO GARCIA
 ADVOGADO : PLINIO GUSTAVO PRADO GARCIA (EM CAUSA PROPRIA)
 RECDO : PANASONIC DO BRASIL LTDA
 ADVOGADO : CARMEM LAIZE GOELHO MONTEIRO E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Astor Rocha, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, acompanhado pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencido os Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro.

Lavrara o acórdão o Sr. Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de abril de 2000

CLARINDO LUIZ DE SOUZA FLAUZINA
 Secretário(a)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 63.981 - SP (1995/0018349-8)

RELATOR : MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR
 RELATOR P/ACORDAO : MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
 RECTE : PLINIO GUSTAVO PRADO GARCIA
 ADVOGADO : PLINIO GUSTAVO PRADO GARCIA (EM CAUSA
 PROPRIA)
 RECDO : PANASONIC DO BRASIL LTDA
 ADVOGADOS : CARMEM LAIZE COELHO MONTEIRO E OUTROS

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento,

Superior Tribunal de Justiça

acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Ministros Relator e Barros Monteiro. Votaram com o Ministro Sálvio de Figueiredo Telxela os Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 11 de abril de 2000(data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar
Presidente

Ministro Sálvio de Figueiredo Telxela
Relator p/ Acórdão



Supremo Tribunal de Justiça

Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as consequências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as consequências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto.

Claro que há, nos casos concretos, situações a ponderar. In casu, todavia, as circunstâncias favorecem o consumidor, pelo que tenho por violado o direito nacional invocado, conhecendo do recurso e, com renovada vênia, lhe dando provimento.

