

AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS SOB UM PRISMA DISCURSIVO – UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE FÁCTICA DA NORMA

CONSUMER RELATIONS UNDER A DISCURSIVE PRISMA - AN ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF STANDARD PRAXIS

Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o Código de Defesa do Consumidor, em especial a isonomia entre os atores das relações consumeristas a partir de uma perspectiva filosófico-jurídica alicerçada no pensamento de Jurgen Habermas em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*.

A partir do prisma Habermasiano pretende-se analisar a Lei e suas repercussões fácticas de modo a avaliar se há uma tensão entre facticidade e validade ou seja se a simples posituação é capaz de influenciar o comportamento de consumidores e especialmente fornecedores no que diz respeito a boa-fé objetiva prevista na mesma.

Assim, buscar-se-á analisar os limites e potencialidades da Lei 8078/90 no sentido de promover a horizontalidade entre consumidor e fornecedor na práxis, partindo do pressuposto que tal horizontalidade é o grande mote da citada lei ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor do ponto de vista formal.

PALAVRA CHAVE

Consumidor; Ética; Horizontalidade

ABSTRACT

The present study aims to examine the Code of Consumer Protection, in particular equality among actors of consumer relations from a philosophical-legal perspective grounded in the thought of Jurgen Habermas on *Moral Consciousness and Communicative Action*.

¹ Doutor em Direito pelo PPGSD/UFF, Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF), membro dos grupos de pesquisa: “Democracia, Estado de Direito e Cidadania” (UFF) e “Estudos sobre dilemas e desafios da sustentabilidade em municípios recebedores de royalties no Estado do RJ” (UFF-Macaé).

From that perspective, intends to analyze whether there is an ethical discourse between suppliers and consumers and these, really are in the same linguistic level, in isonomic relationship, which is the objective that the Code of Consumer Protection. So-will seek to analyze the limits and potential of the 8078/90 Act to promote horizontality between consumer and supplier in practice, assuming that this is the initial equal motto of the aforementioned law recognizing the vulnerability of the consumer's point of formally.

KEYWORDS

Consumer Protection; Ethics; Horizontality

1 - INTRODUÇÃO

A horizontalidade é uma expectativa moral em relação a todas as relações jurídicas que se estabelecem na práxis. No entanto, importante destacar que Lei positivada nem sempre é sinônimo de efetividade prática.

O Código Civil contém tal expectativa, no que diz respeito à compra e venda. Ocorre que este não se mostrou eficaz no mundo fático de modo que se viu a necessidade de se positivar a boa-fé e promover a simetria no que diz respeito às relações consumeristas a partir da constatação de que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo.

Positivar a boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, de antemão, demonstra o fracasso da Lei Civil no que diz respeito às relações consumeristas haja vista que, a boa-fé como preceito moral deveria ter sido interiorizada por todos aqueles participantes de toda e qualquer relação jurídica.

A tentativa de se buscar um discurso simétrico entre consumidor e fornecedor pelo CDC tende a fracassar na práxis, pois fornecedores de serviços e produtos cada vez mais buscam formas de despertar o desejo pelo consumo, potencializando a vulnerabilidade do consumidor em contrapartida à própria submissão deste ao mercado.

Segundo Habermas, não existe Ética se os falantes não se encontrarem no mesmo patamar linguístico na práxis, ou seja, não basta a validez de uma norma, mas sim sua eficácia no mundo da vida. Desta forma, o presente estudo, buscará analisar, à luz da Ética do discurso Habermasiana se há linguagem horizontal e ética entre fornecedor e consumidor nas relações consumeristas.

2 – O CDC E OS ELEMENTOS DE UMA ÉTICA DO DISCURSO

A vida em sociedade exige a interdependência entre os indivíduos. O desenvolvimento de uma sociedade de consumo, aliado ao trabalho e à velocidade tecnológica, transforma o homem em um ser dependente, posto que uns detém os bens de consumo, enquanto outros os desejam e trabalham para realizar seus sonhos de consumo. Segundo Hansen (1999, p. 13),

O ser humano, no decorrer de sua existência na face da terra graças a sua capacidade racional, tem desenvolvido formas de explicação do que há intuito de estabelecer um nexo de sentido entre os fenômenos e experiências por ele vivenciados. Essas vivências, à medida que são passíveis de expressão através das construções simbólicas contidas na linguagem, apresentam um caráter eminentemente social.

Dentro deste prisma de interdependência, o que viriam a ser ética, moral e direitos humanos?

Antes do Código de Defesa do Consumidor tinha-se uma medida inexata do que seria a ética, a moral e os direitos humanos nas relações interdependentes de consumo.

Assim são as relações de consumo, que funcionavam sem qualquer regra específica antes do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, mesmo após o CDC e suas regras, fica claro que a delimitação nem sempre atinge toda sua plenitude.

Conforme o pensamento de Kant, a moral é o reflexo de leis universais consolidadas a partir da razão que opera de forma a avaliar se uma conduta é correta ou não. É a razão prática que é o alicerce do imperativo categórico.

A capacidade de raciocínio e a possibilidade de agir é elevada a um novo patamar quando Habermas a classifica de acordo com a intenção do indivíduo que pode se dar, a grosso modo, de forma universal ou egoísta. Assim, classificou a razão pragmática, ética e moral.

A intenção é a chave para esta análise, pois se todos agirem de forma pragmática ou estratégica ou instrumental em totalidade estar-se-ia, à luz de Habermas em *Consciência Moral e Agir Comunicativo* (2003) se caminhando para a aniquilação.

O senso coletivo na razão ética afasta o sentimento individualista pois os ideais contemplados são emanados do próprio *ethos*, onde os valores a serem seguidos já se encontram enraizados naquele meio. Daí a herança de valores ontológico-metafísicos, o que foi superado pela Modernidade.

Conforme KANT (2007, p. 3)

Não se pode duvidar de que todos os nossos conhecimentos começam com a experiência, porque, com efeito, como haveria de exercitar-se a faculdade de se conhecer, se não fosse pelos objetos que, excitando os nossos sentidos, de uma parte, produzem por si mesmos representações, e de outra parte, impulsionam a nossa inteligência a compará-los entre si, a reuni-los ou separá-los, e deste modo à elaboração da matéria informe das impressões sensíveis para esse conhecimento das coisas que se denomina experiência?

No tempo, pois, nenhum conhecimento precede a experiência, todos começam por ela.

Doutrinadores como José Renato Nalini, em sua obra *Ética Geral e Profissional* (2008), sustentam a ideia de que se a norma moral for interiorizada o indivíduo a cumprirá, enquanto que a norma jurídica, concorde ou não o indivíduo deverá ser seguida, sob pena de sofrer uma sanção. Arnold Wald (2009) posiciona-se de forma semelhante, ao sustentar que a lei deve conter sempre um comando e uma sanção, pois lei sem sanção seria como “o fogo que não queima.” Na esfera pública, em uma visão weberiana, se teria a imposição gentil do homem sobre os homens, através da elaboração da lei. Tem-se validade, mas a legitimidade em Habermas pressupõe a participação do concernido.

Dentro da óptica positivista, tem-se que direito é o conjunto de leis que rege a vida em sociedade em um jogo no qual o Juiz é o grande definidor dos caminhos quando se tratar de lides. Do que vale a positivação da arbitragem, se boa parte dos indivíduos pouco a conhecem e muitos tem uma visão errada a seu respeito? O *ethos* faz com que o indivíduo, via de regra, entenda o Judiciário e o juiz como aqueles únicos aplicadores da lei, de modo que os meios alternativos de composição de litígios, como arbitragem, mediação e conciliação, são deixados de lado.

Tal visão extremamente positivada da ética, da moral e, sobretudo do direito, contribui para que a modernidade possa ser diagnosticada como a era da racionalidade instrumental, do individualismo ou egocentrismo, da burocratização, da eficiência a qualquer custo e do descrédito das possibilidades morais e éticas.

Destaca-se que o princípio fundamental da moral é, segundo Habermas, a universalidade: as normas morais devem poder ser aceitas por todos os indivíduos envolvidos na situação em que serão aplicadas. Segundo suas palavras, o princípio da universalidade exige que as normas decorrentes da aplicação desse princípio sejam aceitas sem coação por todos os concernidos. Tem-se validade, mas a legitimidade em Habermas como dito, pressupõe a participação popular.

De acordo com a tradição kantiana, Habermas opta por uma moral cognitivista e cosmopolita. Isto significa que é através da razão que se atinge o ponto de vista moral. Não há outra faculdade humana capaz de definir a lei moral a não ser a razão. Não é o coração ou qualquer tipo de instinto ou intuição; a moral está ligada à razão, ao conhecimento.

A natureza cosmopolita na Modernidade, na visão habermasiana, convive com os seguintes pressupostos: o Relacionamento instrumental; o Relacionamento estratégico; e a Identidade pessoal (ou institucional). E deve objetivar: o Reconhecimento da identidade do outro (capacidade racional de compreensão); o mundo multicultural; a aceitação da argumentação como meio de resolução dos problemas; a coerência mútua e sinceridade (pretensão de validade universal dos argumentos); a participação dos concernidos pelo problema; o respeito à autonomia pessoal e do outro (liberdade de opção); a transparência na apresentação dos argumentos; o reconhecimento da legitimidade e a eticidade do processo argumentativo. (HANSEN, 2011)

Pode-se aceitar o mundo como ele é, nos confortarmos com uma cidadania passiva ou se propor uma perspectiva contrafactual.

O “eu penso” é outra noção vital na estrutura da obra kantiana. Kant também o denominou de “unidade sintética originária da percepção”, conferindo-lhe caráter transcendental (HANSEN, 1999, p. 70).

O mundo da vida, então, caracteriza-se pelo individualismo e pela busca dos objetivos pessoais em detrimento do senso de justiça ou da interessoalidade dos fenômenos sociais. Nesse sentido, na lógica do mundo moderno depara-se com a estratégia e com a instrumentalidade e, neste ponto, é necessário entender a mola propulsora da realização pessoal como arcabouço da felicidade, a partir do chamado utilitarismo.

3 – O UTILITARISMO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Stuart Mill, em sua obra Utilitarismo (2000), entende que a felicidade é reflexo do sentimento de prazer do indivíduo. José Fernando Castro de Farias (2004), entende que esse sentimento de prazer é oriundo de um teste de qualidade onde estes podem ser classificados como prazeres superiores e prazeres inferiores. O enriquecimento espiritual e intelectual se caracterizariam como prazeres superiores, enquanto que o enriquecimento material seria a essência dos prazeres inferiores.

Em âmbito consumerista, tem-se a disputa entre consumidor e fornecedor, onde o primeiro, influenciado pela mídia e pela publicidade tem despertado seus desejos pela acumulação de bens e o segundo ávido por lucro, ou seja, ambos se encontram envoltos no prazer inferior que pode ser entendido como a essência do capitalismo. A acumulação de riqueza ou bens revela uma natureza egocêntrica onde a felicidade importa ao indivíduo e não a coletividade. A ação correta é a busca pela felicidade e a errada a que produz o contrário da felicidade. Há que se destacar que, sob este prisma, desde que não se cause prejuízo à terceiro, não há qualquer impedimento de ordem moral na busca pela felicidade. (MILL 2000, p. 187)

A teoria desenvolvida por Mill, é claramente contrária ao pensamento kantiano, posto que critica claramente a racionalidade quanto ao motivo da ação. Retorna-se, assim, a razão pragmática, já que o interesse maior é o resultado atingido dentro da perspectiva pessoal do agente. Conforme Habermas,

A tensão entre facticidade e validade, embutida no direito, dissolver-se-ia, caso pudéssemos representar per se a dominação constituída juridicamente como a manutenção de um sistema de egoísmo ordenado, preferido por todos. Neste caso, aquilo que parece indicado moralmente surgiria espontaneamente das ações dirigidas por interesses de egoístas racionais ou, como diria Kant, de um “povo de demônios”. A fundamentação utilitarista da ordem burguesa dos direitos privados, ou seja, a de que “o maior número possível se sinta bem durante o tempo em que for possível, atribui justiça material ao poder de um soberano que não pode infligir justiça por simples razões conceituais. (1997, p. 123-124)

Deste modo, a ética do discurso nos moldes habermasianos vai de encontro a esta ideia utilitarista, posto que “a razão instrumental, restrita à racionalidade meio-fim, tinha que relegar a determinação dos fins eles próprios a decisões e atitudes emocionais cegas.” (HABERMAS, 1989, p.61)

A razão não pode simplesmente se ater à instrumentalidade, pois todas as ações são permeadas pela reação emotiva dos falantes, ou seja, existem expectativas mútuas de sinceridade e, a partir deste ponto, a reação emotiva dos indivíduos encontra nuances relativas no que diz respeito a individualidade do agente.

A partir da ideia de que há expectativa recíproca em todas as relações no mundo da vida tem-se que, quanto maior essa expectativa ou mais próxima for o falante, maior será a expectativa moral. Deste modo, pode-se falar em um ardor moral capaz de trazer sentimento de indignação ou tristeza.

Esse sentimento não reage imediatamente, como o susto ou raiva, a um ato de ofensa, mas a injustiça revoltante que um outro comete contra mim. O ressentimento é a expressão de uma condenação moral (que se caracteriza pela impotência). (HABERMAS, 1989, p. 64)

Assim, as desculpas assumem duas nuances interessantes. No primeiro caso, o agente causador é visto como incapaz de dosar seus atos, o que afastaria o sentimento de injúria da vítima.

Em um desses casos, referimo-nos, a circunstâncias que tornem plausível a ideia de que não seria inteiramente apropriado sentir o ato de injúria, como o de infringir uma injustiça: “ Sua intenção não era isso”, “Ele não pôde evitar”, “Ele não tinha outra coisa”, “Ele não sabia que...” são alguns dos exemplos para o tipo de desculpas que fazem ver sob outra luz a ação que se sente como ofensiva, sem pôr em dúvida a imputabilidade do agente. Mas este é exatamente o caso quando chamamos a atenção para o fato de que se trata de uma criança, de um louco, de um bêbado – que o ato foi cometido por alguém que estava fora de si, ou fortemente estressado, por exemplo, sofrendo as seqüelas de uma grave doença. (*ibidem*)

Transfere-se a percepção da vítima a outro patamar, que afasta a injúria, trazendo à tona o pensamento de misericórdia por aquele que sequer pode expressar sua vontade.

As desculpas também podem ocorrer sem, contudo, causar o afastamento da indignação, pois o simples pedido de desculpas não afastará o ressentimento causado pelo rompimento da expectativa moral abalada.

Assim, Habermas, a partir da fenomenologia do fato moral de Strawson, apresenta as seguintes conclusões:

- que o mundo dos fenômenos morais só se descobre a partir da atitude performativa dos participantes em interações;
- Que os ressentimentos e as reações afetivas em geral remetem critérios suprapessoais para a avaliação de normas e mandamentos;
- E que a justificação prático-moral de um modo de agir visa um outro aspecto, diferente da avaliação afetivamente neutra de relações meio-fim, mesmo que esta possa ser derivada de pontos de vista do bem estar social. (1989, p.70)

Ao longo dos tempos, o consumidor vem sendo vítima das ações dos fornecedores sem merecer sequer um pedido de desculpas. Assim, se fez necessária a positivação de uma série de regras de caráter exclusivo para os direitos e deveres de consumidores e fornecedores. A positivação traduz a falência completa do Direito Natural, uma vez que as expectativas morais recíprocas passam a ser positivadas, bem como as consequências em termos de descumprimento.

Fica claro que a vida em sociedade toma contornos utilitaristas no que pese à garantia da felicidade secundária em detrimento dos demais. Observa-se que é evidente que os mais fortes tendem a se sobrepujar sobre os mais fracos em busca de seu deleite, daí a necessidade de se reger aquilo que deveria fazer parte do caráter dos indivíduos, cada vez mais mergulhados nas ações meio-fim.

Assim, não é exagero entender que o Código de Defesa do Consumidor representa a positivação de um conjunto de concepções éticas, políticas, jurídicas, econômicas e sociais que se traduzem na expectativa de sinceridade entre fornecedores e consumidores, a partir da positivação de uma série de expectativas morais que, em muitos casos, é deixada de lado no mundo fático.

4 – O CDC E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

Desde o seu surgimento, o CDC tem crescido em importância na vida dos brasileiros, pois o aumento do consumo e da complexidade nas relações a ele inerentes gerou um número maior de reclamações e conflitos de interesses. Reflexo disso é a ampliação de demandas que atingem o Judiciário, transformando os Juizados Especiais Cíveis em verdadeiras esferas

especializadas em defesa dos interesses dos consumidores. A busca pela tutela jurisdicional, bem como a conscientização acerca dos direitos e deveres, é fruto das revoluções liberais do século XVIII e da mundialização dos direitos humanos, cada vez maior em razão da globalização.

Todavia, em que pese o aumento no volume de demandas judiciais envolvendo relações de consumo, percebe-se ainda grande carência de conhecimento, por parte dos consumidores, de sorte que os efeitos do CDC sobre a atitude dos cidadãos nas relações de consumo ainda são tímidos. O desconhecimento do CDC, como um todo, por boa parte da população brasileira, que em não raras oportunidades, conhece institutos como Dano Moral e, simplesmente desconhecem os prazos consumeristas, muitas vezes se deixando levar por prazos de troca impostos unilateralmente por parte dos lojistas, parece estar intimamente, ligado ao tipo de cidadania passiva que se arraigou em nossa cultura e que consolidou uma tendência de espera de soluções prontas, ao invés de práticas de reivindicação e de construção coletiva e participativa de soluções dos problemas vividos.

Entretanto, imaginar que o simples fato de positivizar as regras de consumo seria suficiente é um grave erro da maioria dos juristas, pois fica claro que a interpretação nem sempre é uníssona em relação a todo e qualquer diploma legal, ou seja, tem-se a contestação da pretensão de validade.

Habermas (1989, p. 71) recorre a Toulmin para exemplificar a questão, imaginando um bastão que é mergulhado parcialmente na água. Tal bastão, que era reto, passa a ter uma aparência torta quando parcialmente submerso, assim, tem-se um paralelo entre sensações e percepções.

Quando esses proferimentos são contestados, a pretensão de validade a ela associada é colocada em questão, o outro pergunta se a asserção é verdadeira, se a recriminação ou a autocriminação, que a exortação ou reconhecimento são corretos. Pode ser que o locutor relativize em seguida a pretensão inicialmente erguida e apenas insista que o bastão com toda certeza lhe parecia torto, ou que ele teve sua sensação de que “ele” não deveria ter feito isso, ao passo que “ela” se comportou, sim, de maneira, esplendida, etc. (HABERMAS, 1989, p. 71)

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, é claro que a percepção encaminhará para a interpretação mais benéfica a parte que dele se utilizar judicialmente. É estranho admitir que, embora positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio

da isonomia seja tão negligenciado que se torne necessário uma Lei que objetive promovê-lo na prática.

O paralelo de Toulmin traça entre a explicação teórica de fatos e a justificação moral de maneiras de agir, entre as bases empíricas das percepções, de um lado, e dos sentimentos, por outro, não é tão espantoso assim. Se “dever fazer algo” implica “ter boas razões para fazer algo”, então as questões que se referem à decisão por ações guiadas por normas ou à escolha das próprias normas de ação. Devem ser passíveis de verdade “To believe in the objectivity of morals is to believe that some moral statements are true” (“Crer na objetividade da moral é crer que alguns enunciados morais são verdadeiros”). Mas, certamente, o sentido de “verdade moral” precisa ser aclarado. (HABERMAS, 1989, p.71-72)

A isonomia que se objetiva com o Código de Defesa do Consumidor, por si só, é um aspecto relevante e moral antes mesmo de ser jurídico. Conforme o pensamento habermasiano acerca da ética do discurso, uma norma só deve pretender ter validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto a sua validade. (HABERMAS, 1989, p. 86)

A ideia de que todos os indivíduos devem possuir igualdade de condições também remete a Rawls. No entanto, o pensamento deste não pode ser confundido com o de Habermas, pois o filósofo alemão entende, acerca do pensamento de Rawls, que

Este gostaria de ver assegurada a consideração imparcial de todos os interesses afetados pela iniciativa do sujeito, que julga moralmente, de colocar-se num estado originário fictício excluindo os diferenciais de poder, garantindo liberdades iguais para todos e deixando cada um na ignorância das posições que ele próprio assumiria numa ordenação social futura, não importa como organizada. (*idem*, p. 87)

Os problemas, então, não devem ser resolvidos de forma individual, mas sim com a participação de todos os que foram afetados por ele. Exige-se cooperação, sendo que as argumentações morais servem como base de reflexão para que se restaure o consenso abalado. Ainda para Habermas,

Os conflitos no domínio das interações governadas por normas remontam imediatamente a um acordo normativo perturbado. A reparação só pode consistir, conseqüentemente, em assegurar o reconhecimento intersubjetivo para uma pretensão de validade inicialmente controversa e em seguida de problematizada ou, então, para uma pretensão de validade que veio a

substituir a vontade comum. Mas, se as argumentações morais devem produzir um acordo desse gênero, não basta que o indivíduo reflita se poderia dar seu assentimento a uma norma. não basta nem mesmo que todos os indivíduos, cada um por si, levem a cabo essa reflexão, para então registrar os seus votos. (*idem*, p. 88)

Habermas, então, enfatiza o consenso e a ideia de cooperação em busca do bem comum.

O que é preciso é, antes, uma argumentação “real”, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes podem saber que eles chegaram a uma convicção comum (*ibidem*, p. 88)

Desta forma, embora tenha ocorrido a positivação, em nada atingirá sua plenitude fática se não ocorrer uma mudança de pensamento, não só dos fornecedores como também dos consumidores, já que a ideia de levar vantagem a qualquer preço também se reflete no que diz respeito ao consumidor.

A questão do dano moral em si é o exemplo chave, posto que, à luz de Habermas, o ardor moral deve ser tal que cause a decepção quanto à expectativa de sinceridade outrora estabelecida nas relações de consumo.

Todavia, há de se ressaltar que os números de demandas que versam sobre consumo, dano moral e defesa do consumidor predominam no Judiciário, onde é comum que se fale em banalização do instituto, de moda do dano moral, de indústria do dano moral, uma vez que cada indivíduo se encontra em busca do seu ressarcimento, no entanto, será que todos sofreram o chamado ardor moral?

A questão é obviamente de ordem subjetiva e, como tal, sua quantificação torna-se difícil. Cavalieri (2005, p. 97) acredita que se deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem insensível, do homem de extremada sensibilidade, o que parece ser um parâmetro idealizado, dada a própria natureza subjetiva da sensibilidade.

Segue o autor

Nessa linha de princípio só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que fugindo da normalidade, interfira intensamente ao comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio de seu mal estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações por triviais aborrecimentos. (*idem*, p. 98)

A questão em si retorna à expectativa recíproca de sinceridade. A colocação do doutrinador é basicamente alicerçada na sinceridade da vítima, que pode ou não estar trazendo aos autos a real intensidade do dano sofrido, ou seja, estar-se-á diante da verdade contida nos autos.

Por outro lado, é claro que o consumidor espera que todos os princípios contidos na Lei sejam cumpridos por parte dos fornecedores, de modo que fica claro que o Código de Defesa do Consumidor, na verdade, é um Código de expectativas de sinceridade recíprocas entre consumidor e fornecedor.

5 – OS DIREITOS HUMANOS E O CDC

No que tange os princípios do CDC, bem como a expectativa de sinceridade, evidencia-se a preocupação estatal em trazer o consumidor à igualdade de condições, através de uma série de princípios, nos quais o consumidor é, formalmente, reconhecido como vulnerável, ou seja, a parte mais frágil da relação de consumo.

O princípio da informação obriga o fornecedor a sempre se expressar de forma clara e precisa sobre todas as qualidades, características, bem como sobre os riscos que o uso do produto ou o serviço possam ocasionar. Observa-se que tal princípio está ligado diretamente à oferta e à propaganda, já que, sendo a oferta clara e real, a situação não se traduzirá em propaganda enganosa.²

² De acordo com o art. 37 parágrafo 1º da Lei 8078/90: É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

O princípio da educação se correlaciona com o princípio da informação e é dividido em formal e informal, onde o primeiro atribui à educação de forma geral e a necessidade de conscientização do indivíduo em todas as fases da educação escolar, enquanto que o segundo atribui grande responsabilidade ao fornecedor, pois este deve deixar claro, através da publicidade e das informações prestadas quais os riscos e consumo adequado.

Todos os princípios previstos no CDC estão ligados ao princípio da preservação da saúde, da vida e da segurança dos consumidores e, como regra geral, da responsabilidade civil objetiva, prevista na Lei 8078/90. Um exemplo são os casos de *Recall*, quando o fornecedor é responsável por todo e qualquer dano que pudesse ser causado pelo produto ou serviço, pois, ou já sabia do problema, ou deveria saber.

Assim, a boa-fé destaca-se como o ponto primordial na Lei 8078/90, pois todo o discurso contido nesta, visa a trazer o consumidor a um patamar de isonomia em relação ao fornecedor.

Observa-se que a Lei 8078/90 dispõe sobre uma série de ferramentas capazes de, em tese, trazer o consumidor a um patamar que o torna capaz de discutir, de igual para igual, seus direitos com os fornecedores como, por exemplo, através da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6 VIII³, bem como a responsabilidade civil objetiva, na qual o ofensor responderá independente de culpa, conforme o art. 12⁴. Busca-se, assim, a isonomia.

No que tange ao Princípio da Isonomia, que se encontra disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º caput, dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

³ Conforme a Lei 8078/90, em seu art. 6º, são direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁴ Dispõe o art. 14 da Lei 8078/90. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo, justamente consolidar, na teoria e na *práxis*, a efetividade dos direitos fundamentais a ele pertinentes.

Em análise, tem-se que:

“Todos são iguais perante a lei” – fica claro que consumidor e fornecedor, via de regra, não são iguais perante a lei, já que foi necessário um microsistema capaz de, em tese, promover a igualdade entre ambos.

“Sem distinção de qualquer natureza” – observa-se que o consumidor passa a ser tratado, a partir de sua vulnerabilidade, de forma desigual, mesmo que o objetivo da Lei 8078/90 seja promover tal igualdade do ponto de vista formal.

“Garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, segurança” – o que fica claro no artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade do fornecedor por falhas sobre as quais sabia ou deveria saber em relação ao objeto, conferindo-lhe responsabilidade civil objetiva.

A segurança do consumidor remete, ainda, ao art. 6 do CDC, conforme Cavalieri,

Vida, saúde e segurança são bens jurídicos inalienáveis e indissociáveis do princípio universal maior da intangibilidade da dignidade humana.

O consumidor, destarte, tem o fundamental direito à proteção a vida, de sua saúde e de sua segurança contra os riscos do fornecimento de produtos e/ou serviços considerados perigosos ou nocivos. O propósito da disposição foi, nitidamente proteger a incolumidade física dos consumidores, harmonizando-se com a regra-objetivo do art. 4º, caput, que impõe respeito à dignidade, à saúde e a segurança do consumidor. (CAVALIERI, 2011, p. 93)

O século XX foi marcado pelas inovações tecnológicas e pelo consumo crescente e, desta forma, uma série de novos produtos foram colocados no mercado. Produtos estes que podem se traduzir em risco, dependendo de sua utilização por parte consumidor, daí a importância da preocupação presente na Lei 8078/90, no que diz respeito ao pressuposto de sinceridade e a preocupação com saúde, vida e segurança dos consumidores e aqueles a eles equiparados.

A principiologia do CDC ganha importância ainda maior, a medida que a pretensão de sinceridade caracterizada pela boa-fé objetiva, a tentativa de harmonização entre fornecedor e consumidor através da simetria oriunda do reconhecimento da vulnerabilidade, a

transparência e a educação tomam forma. Trata-se da discussão de uma verdadeira isonomia entre os agentes das relações e desta forma, direito fundamental básico reconhecido.

Assim, se está diante, mais uma vez, da falência da boa-fé quotidiana, emanada do chamado direito natural. O Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Consumidor, reconhecida enquanto direito fundamental, trazem à tona a necessidade de intervenção estatal sobre as relações do dia a dia, em busca da efetiva paz social.

A defesa do consumidor é um dos direitos fundamentais básicos para a garantia salutar e desenvolvimento econômico. O Código representa, de certa forma, uma tensão entre o Estado Liberal, o capitalismo como regime vigente e o intervencionismo estatal, visando equilibrar as relações de consumo.

Há de se destacar que o Código de Defesa do Consumidor, ao proteger os mais fracos, em tese, é aquele provedor da mudança de paradigma, capaz de conscientizar a grande massa e gerar uma mudança de atitude geral em que pese os fornecedores.

Os Direitos Humanos têm como essência a proteção do indivíduo contra arbitrariedades e abusos de poder, garantindo as liberdades e, acima de tudo, se coadunando com a liberdade e a cidadania. Habermas em *A Inclusão do Outro* (2002) entende que a autonomia moral e política são elementos fundamentais para que, existam efetivamente direitos do homem e o direito tem por função mediar os princípios da moral e da democracia.

A defesa dos interesses dos consumidores configura um direito fundamental de 3ª geração, que se coaduna aos direitos coletivos e à qualidade de vida, tendo como alicerce o princípio da solidariedade universal. É de se notar que as duas gerações anteriores tinham como objeto a valorização do homem em si, baseando-se em aspectos econômicos, sociais e culturais e a afirmação do homem como ser social, enquanto que a ótica dos direitos fundamentais de terceira geração tem como objetivo a sociedade como um todo e os valores sociais coletivos e difusos que devem coexistir com as individualidades. (CAVALIERI, 2011 p. 368)

O Direito do Consumidor insere-se na lógica dos direitos de terceira geração, à medida que, é justamente no período em que ocorrem os processos de industrialização e urbanização pós 2ª guerra mundial, quando surge a sociedade de massa e os conflitos sociais se asseveram. Trata-se de direito destinado à coletividade como um todo, extrapolando a esfera da propriedade privada e as relações entre comprador e vendedor. É o amálgama que une a relação comprador-vendedor a toda a coletividade, já que todos em uma sociedade de

massa são consumidores em potencial onde o ser social deve ter como ponto de partida a razão moral em relação as suas ações.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses difusos são aqueles, à luz do Código de Defesa do Consumidor, que ultrapassam a individualidade e, portanto, são considerados transindividuais, quando pessoas são ligadas por um determinado fato jurídico.

No entendimento de Cavalieri (2011, p. 368), os interesses coletivos se encontram entre o interesse público e o interesse privado, pois têm por finalidade o bem comum. No entanto, na esfera privada atinge a cada pessoa individualmente. Os interesses coletivos, como já asseverados, têm por objetivo a garantia de direitos de um grupo ou categoria de pessoas.

Já para Habermas, é difícil conseguir aliar os interesses público e privado, mesmo porque nem sempre hão de se coadunar em prol de um mesmo objetivo.

A relação não esclarecida entre direito subjetivo e público no âmbito da dogmática jurídica e a concorrência não apaziguada entre direitos humanos e soberania do povo, no interior da tradição do direito racional, revelam que até agora não se conseguiu harmonizar conceitualmente e de modo satisfatória autonomia pública e privada. (2003, p.115)

Extraem-se da tutela dos interesses coletivos, as seguintes características: natureza indivisível; objeto indivisível; sujeitos determináveis; e origem base comum. Já os interesses individuais homogêneos se caracterizam por: objeto divisível; sujeitos determinados; natureza disponível; e origem comum fática ou jurídica. (CAVALIERI, 2011, p. 372)

Cavaliere (2011, p. 27) entende que ao contrário do Código Civil, onde se presume simetria entre contratante e contratado, entre consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor surge de forma contrafactual, ou seja, partindo do pressuposto de que não há isonomia entre os atores das relações de consumo e assim, necessário se faz tal garantia.

Bauman, em uma concepção bem próxima de Habermas, apesar de o primeiro acreditar que a Modernidade está superada ao contrário do segundo, aduz que a horizontalidade pressuposta nas relações “Eu-Você”, que se constituem o alicerce para o convívio humano de forma horizontal se encontra na contramão da amizade e da solidariedade. (Bauman, 2007, p. 32)

Uma relação horizontal e solidária, em sede consumerista, consiste na expectativa recíproca de sinceridade entre fornecedores e consumidores que, se observados na prática, seria capaz de combater a tensão entre facticidade e validade existente. No entanto, tem-se tão somente em racionalidade estratégica baseada no utilitarismo e no desejo de lucro.

Deste modo se alinha à ideia de que a expectativa de sinceridade é recíproca à luz da lei, ou seja, tanto o consumidor como o fornecedor se apresentam à relação jurídica a partir da confiança que nutrem um pelo outro.

Entretanto, a interpretação da Lei e o jogo de palavras que dela se origina na prática, indica que, apesar de definida a regra do mundo da vida, a Lei formal não tem capacidade de prever toda e qualquer nuance oriunda das relações intersubjetivas.

Assim, a confiança aliada à boa-fé, se traduz em princípio intersubjetivo, na prática, diferente da letra da lei, onde pode ser corrompido pela máxima de se tirar vantagem em todas as situações e, como tal, a visão pragmática inerente ao utilitarismo faz com que exista uma tensão entre facticidade e validade.

6 – CONCLUSÃO

Embora alicerçado em um ideal de igualdade, o Código de Defesa do Consumidor, objetiva positivar o que na prática ainda está longe do plano ideal. A boa-fé, que é elemento indispensável nas relações intersubjetivas, se torna distante da interiorização por parte dos indivíduos, assim, necessário se fez, então, que o legislador ajustasse esse desvio moral ao torná-la requisito objetivo de todas as relações jurídicas consumeristas.

Importante observar que a boa-fé, elemento moral, deveria ser considerada como valor interiorizado por todos os atores das relações de consumo independentemente de positivação. Ocorre, entretanto, que o maior erro do legislador é acreditar que a simples positivação, por si só, é capaz de promover a boa fé e a horizontalidade nas relações de consumo.

Há um grande abismo entre a lei e a prática, pois não basta a validade se não há legitimação prática através da participação de todos os concernidos pela norma. Percebe-se que o direito do consumidor avançou com a legislação específica, mas não no campo das relações sociais intersubjetivas pois encontrou no Judiciário seu maior fórum de discussão, o que parece um grande equívoco pois este trata a consequência e não a causa.

A participação popular é limitada, falta grande e efetiva fiscalização por parte dos consumidores, a defesa dos interesses coletivos ainda é discreta e o interesse pela judicialização de conflitos faz com que a boa-fé seja guardada como um pressuposto legal, bem longe de alcançar efetividade no dia a dia. Assim, entende-se que a participação popular, a partir de representantes da coletividade e de cada consumidor em especial, a sua fiscalização efetiva sobre a atuação dos fornecedores, a efetiva aplicação da lei consumerista na prática, poderiam se constituir no condão para que a boa-fé objetiva se efetive na prática, gerando boas práticas comerciais, baseadas na horizontalidade e na confiança recíproca entre consumidores e fornecedores.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Curso de Direito do Consumidor**. Ed Manole, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para Consumo**. Rio de Janeiro: Ed, Zahar, 2007.

BRASIL, **Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990**, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências . Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 11/11/1990 a.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Malheiros 2005.

_____. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo Ed. Atlas. 2011.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2004.

- GAUTHIER, David. **Morals by Agreement** .Oxford: Oxford University Press, 1986.
- GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.
- HABERMAS, Jurgen. **Notas Programáticas para Fundamentação de uma Ética do Discurso**, In. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989
- _____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989
- _____. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Ed.Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2002.
- HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições CEFIL, 1999.
- _____. **Habermas e o Projeto de Uma Teoria Crítica da Sociedade**. In Martins, Clélia Aparecida & POKER, José Geraldo. **O Pensamento de Habermas em Questão**. São Paulo: Oficina Universitária, 2008.
- _____. **Gestão Pública: Desafios e Perspectivas**. 2009. Disponível em <http://groups.google.com.br/group/acao-comunicativa/sub?s=OkS2SwwAAADwX_xXb4-EicsIQ2puZJgg&hl=pt-BR>, acesso em 3/8/2009.
- KANT, Immanuel. **Crítica a Razão Prática**, 2004, disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/critica.pdf>> acesso em 10/8/2012.
- _____. **Crítica a Razão Pura**, 2007, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/critica.pdf> acesso em 10/8/2012.
- _____. **Resposta a Pergunta: O que é o Esclarecimento?** Disponível em <http://ensinarfilosofia.com.br/___pdfs/e_livros/47.pdf> acesso em 10/3/2011.
- MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1963
- MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2000.
- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- WALD, Arnold. **Direito Civil: Introdução e Parte Geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.