

A JURISDIÇÃO CIVIL NA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES CONTRATANTES:

POR UMA ATITUDE PÓS-POSITIVISTA

JURISDICCIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN CIVIL DE CONSUMIDORES

CONTRATISTAS: POR UNA ACTITUD POST-POSITIVISTA

Leonardo Macedo Poli¹

Sérgio Augusto Pereira Lorentino²

Resumo: A proposta do presente artigo cinge-se à discussão revisora acerca de como a jurisdição civil, através do manejo do processo, poderá percorrer caminhos que a possibilitem garantir a tutela dos consumidores contratantes. A postura da jurisdição será analisada não apenas sob o aspecto concernente ao uso das ferramentas processuais, mas também do método de interpretação das leis materiais, como pressuposto de alcance de uma tutela que se mostre eficiente nas questões atinentes aos contratos de consumo. Serão observadas as peculiaridades do consumidor, enquanto sujeito de direito inserido em uma sociedade de fornecimento e consumo que, por conta da mitigação de suas liberdades, vê-se altamente fragilizado. Assim, o estudo da sociedade moderna, formatada a partir da indústria, seus costumes, a sua condição de dominância e a de não reação dos consumidores, bem como o estudo crítico do atual modelo processual civil fundado no positivismo e das leis processuais que com ele se relacionam, serão as bases procedimentais e metódicas para o alcance de uma conclusão fundada no pós-positivismo como pressuposto de uma tutela jurisdicional consentânea com a realidade dos contratos de massa e dos problemas da modernidade.

Palavras-chave: Direito. Jurisdição. Processo. Sociedade. Modernidade. Liberdade. Contratos. Tutela. Pós-Positivismo.

RESUMEN : *El propósito de este artículo se limita a una discusión sobre cómo revisar la jurisdicción civil , mediante la gestión del proceso, usted puede ir a través que permiten a los consumidores obtener la reparación contratistas . La postura de la jurisdicción se analizará no sólo desde el aspecto relativo al uso de las herramientas de forma, sino también el método*

¹ Professor adjunto da Universidade FUMEC, na UFMG e na PUCMinas. Foi coordenador do curso de direito da PUCMINAS no triênio 2008/2010. Atualmente é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da ZUCMinas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito autoral, direito contratual e responsabilidade civil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2006).

² Professor de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela Universidade do Tocantins, Mestrando em Jurisdição e Direitos Humanos pela UFT, Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogado.

de interpretación de las leyes materiales , como se asume la cobertura de una tutela que resulta eficaz en materia de contratos de consumo. Se observarán las peculiaridades del consumidor como sujeto de derecho se inserta en una sociedad de la oferta y el consumo que, debido a la reducción de sus libertades , vemos muy frágil. Por lo tanto , el estudio de la sociedad moderna , con el formato de la industria , sus costumbres , su condición y el dominio de la no reacción de los consumidores , así como el estudio crítico del modelo de proceso actual, basado en el positivismo y las leyes procesales civiles de las que es relacionarse , tener bases metodológicas y de procedimiento para llegar a una conclusión sobre la base de post- positivismo como una presunción de la protección judicial de acuerdo con la realidad de los contratos en masa y los problemas de la modernidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho. Jurisdicción. Proceso. Sociedad. Modernidad. Libertad. Contratos. Tutela. Post-positivismo.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da sociedade industrial foi objeto da análise e da crítica de Herbert Marcuse, que se notabilizou por identificar uma sociedade de pessoas sem reação às imposições da indústria, fazendo com que os indivíduos dessa sociedade se submetessem ao que chamou de "repressão"³ (1967, p.28-29).

De fato a sociedade moderna, entendida esta, pelo menos para efeito do presente estudo, como aquela dependente dos bens e serviços fornecidos pela indústria, tem se conformado passivamente ante aos sabores das dominações capitalistas, sobretudo pelo que entende por consumismo.

Na verdade, o ato de consumismo está em negar ou redimensionar as verdadeiras necessidades humanas e substituí-las pelo modelo industrial de comportamento e existência. Sobre isso, Zygmunt Bauman, discorrendo sobre consumo e consumismo afirma que o segundo nada mais é do que a repetição do primeiro de forma irracional e enganosa⁴ (2008, p.65). O consumismo é claramente um fator vital para a manutenção da sociedade industrial, porque é do consumismo o ponto de partida para a produção e venda, tendo, ao fim, o lucro, como o fruto do sistema industrial.

A observação dos rumos da sociedade frente ao crescimento industrial, levou Peter Drucker a reconhecer que o grau de dominação dos atores do processo produtivo, em relação

³ Quando Marcuse alude ao termo repressão, se refere a toda forma de aniquilação da liberdade humana, que deveria decorrer da essência do ser e não de uma necessidade forjada pela indústria.

⁴ A enganosidade a que se refere Bauman é fruto da cultura industrial que incentiva de maneira excessiva o consumo, de forma a promover o desperdício econômico e de recursos naturais.

aos consumidores e suas liberdades, conformam a indústria como o "NOVO LEVIATÃ" (1964, p.22).

Michael Sandel, por seu turno, aborda a influência industrial na sociedade moderna sob a perspectiva moral, pontuando que a "marquetização de tudo" contribui, inclusive, para a desagregação social, na medida em que o acesso a certas oportunidades, produtos e serviços, restringe-se a quem tem recursos, afastando as pessoas da convivência (2012, p. 202) ⁵. O fenômeno da sociedade industrial, é, portanto, um fato bem concreto e com efeitos jurídicos de diversos matizes, principalmente no que toca à liberdade das pessoas. Liberdade não é um bem jurídico qualquer. É a essência do ser digno e constitui uma das características mais marcantes do que se entende por direito humano. A tutela é, conseqüentemente, uma medida necessária e inarredável.

Pois bem, no tocante à tutela da liberdade⁶, mister se faz observar que o Estado brasileiro se conformou juridicamente de forma a cultivar, em seu Texto Fundamental, o princípio capitalista da "livre iniciativa"⁷.

De outro lado, entretanto, relativizou o preceito com certos contrapesos que podem e devem justificar a sua intervenção nas relações privadas, ou seja: o ideal liberalista do conceito de livre iniciativa foi mitigado por valores do estado social. Assim, o Brasil deve, por meio de diversas forças, mas especialmente por meio da jurisdição lastreada no processo civil, tutelar os consumidores, porque, na verdade, nada mais estará a fazer do que tutelar direito humano, cumprindo, assim, seu papel e seu compromisso na ordem interna e internacional.

Sobre a importância da proteção estatal, Hannah Arendt avalia sua desconfiança nos ideais econômicos liberais, que pressupõem a liberdade a partir da apropriação de bens e da defesa da propriedade privada. Para ela, as liberdades somente estarão seguras se tuteladas pelo Estado (2013, p.83). No entanto, embora o direito brasileiro esteja predisposto, no seu plano normativo, à esta tutela, afigura-se pouco provável que uma atuação positivista da

⁵ Em *O que o dinheiro não compra*, Sandel faz uma série de provocações acerca dos limites morais do mercado.

⁶ Liberdade para o presente estudo tem como acepção o autogoverno e a autodeterminação do indivíduo, com relação aos negócios jurídicos, especialmente os contratos de consumo.

⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

jurisdição, até mesmo pelas amarras a que está sujeita⁸, seja capaz de garantir a plenitude da proteção que o consumidor contratante necessita. Essa improbabilidade está no dinamismo das relações modernas, fundadas em novos mecanismos e modelos de contratação.

Deste modo, pelo fato de as relações contratuais consumeristas exigirem da jurisdição uma miríade de diálogos entre fatos, normas e conhecimentos propedêuticos, muitos deles existentes fora do sistema jurídico, mas presentes na sociologia, economia, psicologia e na própria filosofia, o positivismo, como método de jurisdição no âmbito da ordem econômica e dos consumidores, enseja severa crítica. Tal crítica se dará com a desconstrução do uso autopoietico do processo civil brasileiro, aqui observado sob a perspectiva dos instrumentos do Código de Processo de 1973, atualmente em vigor, e das disposições de caráter processual, previstas na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), para, enfim, se chegar à construção de uma nova proposta alopoiética de atuação da jurisdição civil em prol dos consumidores contratantes.

A lei, no caso, o processo civil e as regras processuais do direito posto⁹ serão observadas como parte de um sistema de tutela e criação de soluções concretas voltadas para a tutela dos consumidores, mas não como única fonte de respostas, como bem defende Ricardo Luis Lorenzetti, em sua Teoria da Decisão Judicial (2011, p. 98).

2. A TRADIÇÃO LIBERALISTA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Desde o ano de 1973 o Brasil convive com um Código de Processo Civil que é a base para a atuação jurisdicional do Estado. O código de processo nasceu na vigência do Código Civil de 1916, este fundado nos ideais liberais, tendo como tônica, no tocante aos contratos, a autonomia da vontade, a força vinculante dos pactos e, portanto, a mínima intervenção do Estado. Evidenciou-se, disso e de toda a tradição positivista, o apego do processo ao império da lei em sentido formal como base para o desiderato da justiça. Prova disso, é o que, logo na exposição de motivos do Código de Processo de 1973, foi externado pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid (1972)¹⁰.

⁸ Segundo o Código de Processo Civil, em seu artigo 125, "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código[...]", razão porque, a atuação jurisdicional, não obstante o poder geral de cautela dos juizes, resta, de certa forma, limitada.

⁹ A expressão direito posto se refere ao processo e seus instrumentos como fontes formais do direito que vinculam a jurisdição.

¹⁰ Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito.

A dogmática normativa era, certamente, a essência do código naquele momento, a qual viajou até os dias atuais e passou a conviver com a realidade da nova ordem constitucional de 1988, bem como com o Código de Defesa do Consumidor, que veio à lume por ordem da própria Constituição.

Em choque, portanto, uma lei procedimental sem dinamismo suficiente, mormente quanto ao aspecto dos mecanismos de domínio das fontes de decidir, com opção cogente pela fonte normativa formal, em primeiro plano. O desafio nasceu de como o processo civil concretizaria os novos direitos, decorrentes das transformações e aspirações sociais do final do século XX, segundo o pressuposto de um sistema positivista, fechado. Talvez a resposta esteja no que Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconheceram ao tratar do tema (1988, p.3)¹¹.

Parece, pois, que a resposta é desenganadamente negativa, erguendo-se o pós-positivismo como caminho para viabilizar a concretização dos direitos, aqui os consumeristas, com foco e compreensão na fenomenologia da sociedade de consumo.

2.1 O processo como mecanismo de justiça individual

Do individualismo liberalista, tal como já visto nas linhas anteriores, é possível se inferir por um processo com a acomodação de autor e réu, defendendo, cada qual, seu interesse e seu patrimônio. Dentro dessa lógica é que o Código de Processo Civil foi erigido, tanto que, na dicção do artigo 472¹², o compromisso da sentença se restringe às partes. Seria possível a defesa do referido dispositivo, sob o argumento de que alguém que não participou do processo e, portanto, não foi prestigiado com o devido processo legal, jamais poderia sofrer os efeitos da sentença.

Mas de outro lado, o dispositivo evidencia o compromisso do processo com os sujeitos processuais, não fazendo nenhuma referência aos efeitos da decisão, na constituição ou desconstituição de direitos - patrimoniais, por exemplo - em relação à sociedade, com vistas ao atendimento da função social da propriedade privada ou do contrato.

Ricardo Luis Lorenzetti, propõe, assim, o cuidado do processo com os direitos do indivíduo, mas em harmonia com a sociedade (2011, p.258), o que jamais seria possível no

¹¹ Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa.

¹² A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros[...].

modelo positivista, segundo sua própria configuração, tal como aponta Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p.30).

2.2 Guinada finalística: o processo como mecanismo de justiça social

As relações jurídicas cada vez mais afetam os interesses de pessoas que não fazem parte da tradicional relação jurídico-processual: disputas trabalhistas afetam a empresa e os trabalhadores, disputas sobre o direito de propriedade afetam a moradia, o meio-ambiente e até mesmo as questões relativas à urbanização. O fato é que o processo, não mais pode olvidar os efeitos sociais decorrentes do que nele é praticado. A própria publicização do direito privado está a demonstrar essa lógica, segundo observa Roberto Senise Lisboa (2012, p.80).

O fenômeno da aproximação do direito privado e do direito público é típico do movimento pós-positivista e faz parte da realidade dos tempos atuais, notadamente quando se verifica a massificação e padronização das relações de consumo, por exemplo. Assim, a realidade experimentada por um sujeito processual, pode, muitas das vezes, ser bem semelhante àquela experimentada por um sujeito extraprocessual.

Dessa forma, a jurisdição age também como executora de uma política de intervenção pedagógica nas relações privadas de consumo, com foco no conflito em concreto, por meio de um olhar direcionado aos efeitos da decisão e da atuação jurisdicional na modificação dos padrões de negócios. Aliás, essa tônica resta evidente no Código de Defesa do Consumidor, quando alude à Política Nacional das Relações de Consumo¹³, tendo o Estado¹⁴ papel proeminente nesta missão.

Rodolfo de Camargo Mancuso, bem retrata o poder da tutela jurisdicional dos direitos difusos, reconhecendo-a como mecanismo de democracia participativa a quem dificilmente poderia, no plano individual, propor algum tipo de transformação; muito em face do poderio do fornecedor ou do próprio Estado (p. 101-106).

¹³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e 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 no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] c) pela presença do Estado no mercado de consumo;[...].

¹⁴ O Código de Defesa do Consumidor refere-se a Estado em seu sentido amplo, incluindo o Estado-Juiz.

A jurisdição e o processo civil devem, portanto, modernamente, serem inclinados às transformações sociais, não mais restritos aos interesses e direitos individuais, os quais perderam prevalência protetiva, senão quando em harmonia com os primeiros.

3. A SOCIEDADE INDUSTRIAL

Entender a sociedade industrial e suas complexidades é base para se traçar qualquer tipo de estratégia de tutela jurisdicional. Não se pode considerar que fornecedor e consumidor formam um par de litigantes comezinhos. A contrário disso, a diferença dessa relação, em face das demais ditas ordinárias havidas entre particulares, está na disparidade de forças.

Pietro Perlingieri, afirma categoricamente acerca da necessidade de um olhar intervencionista do Estado, reconhecendo no sujeito consumerista uma fragilidade que lhe é própria e que o coloca em situação de inferioridade perante o fornecedor (2007, p.278).

Portanto, entender a sociedade industrial, sua conformação existencial e dinâmica operativa, é *conditio sine qua non* para a construção do pensamento e da argumentação crítica da tutela jurisdicional.

3.1 O domínio do indivíduo

A vida do homem vem sendo objeto de profundas transformações. Seus modos de alimentar, vestir, morar, seus padrões estéticos, culturais, até mesmo sua linguagem vem sendo elemento de apropriação da indústria. Herbert Marcuse, muito bem descreveu tal fenômeno, sempre se referindo a uma opressão e negação das vontades naturais do ser (1967, p. 69-75, 175) .

Edgar Morin, também não alheio a isso, considera que o desenvolvimento da indústria implicou no crescimento dos desejos, a qual incitou, na civilização moderna, o "hiperconsumo".

Na linha do pensamento de Marx, Morin afirmou que a indústria não cria apenas um produto para o consumidor, mas também cria um consumidor para o produto (2013, p.301). Patrícia Cinti, em obra organizada por Domenico de Masi, avalia que a partir da sociedade pós-industrial se torna possível perceber onde está o poder de contestação da classe dominada (1999, p.182). Por esta razão o domínio do homem ou o homem sem reação são características e pressupostos do modelo industrial.

A essa força de dominação que retira do homem sua liberdade, mas, paradoxalmente, com o pretexto de dar-lhe liberdade, Peter Drucker chamou de "tirania" (1964, p. 23), porque em verdade, o espaço que tem o homem pós-industrial não é liberdade no sentido de autogoverno e autodeterminação, mas apenas um espaço necessário para que ele exerça a atividade de consumo. Portanto, no domínio do indivíduo, de suas necessidades e pseudonecessidades é que está a lógica de sobrevivência do sistema industrial.

3.2 O domínio da sociedade

Se o indivíduo padece, na sociedade industrial, em razão da dominação que lhe é imposta e, considerando, que tal dominação não obedece a um critério subjetivo, mas geral, a sociedade, como um todo, é também objeto da dominação. Herbert Marcuse chega a afirmar que a sociedade de consumidores encontra-se sem meios de oposição, porquanto não age racionalmente, mas guiada pela necessidade geral das coisas e pela "consciência feliz", na medida em que acredita no consumismo e na entrega das satisfações prometidas (1967, p.88-92).

Para Hannah Arendet, houve um triunfo do mundo moderno sobre a necessidade, sendo que o resultado dessa atividade da indústria sobre os indivíduos criou o que se chama de "cultura de massa". Alerta, entretanto, sobre os riscos de que essa sociedade não possa calcular a real dimensão de seu consumismo (2013, p. 166-168). Celso Ribeiro Bastos, com clareza, afirma que "a postura passiva do consumidor é, ainda, reforçada por uma propaganda intensa que gera novos hábitos de consumo, no mais das vezes, criados artificialmente" (2003, p.155). Assim, tanto os indivíduos em si considerados, como o conjunto da sociedade, estão em condição de dominação perante a indústria.

3.3 Contratos de massa: O fenecimento do diálogo

Para a indústria tanto o sistema de produção como o de venda dos produtos e serviços devem obedecer a uma lógica de extrema eficiência. Nesse sentido, o contrato, como elemento de ajuste intersubjetivo, não mais tem espaço na dinâmica da sociedade industrial.

A necessidade de contratação de um maior número possível de clientes, dentro de uma estratégia de rapidez e operacionalidade, fez com que o espaço dialógico entre os consumidores e os fornecedores fosse praticamente extinto.

Os contratos nas relações de consumo não são necessariamente uma manifestação da vontade do consumidor, mas uma reação a uma necessidade básica ou social, como por exemplo, os produtos alimentares, no primeiro caso, e os ditados pela moda, no segundo.

Nessa avidez pelo contrato, a indústria vem se valendo de mecanismos contratuais que possibilitam a efetivação das vendas em massa, tais como os "contratos-formulário" e os próprios contratos de adesão, desprovidos de espaços para o exercício comunicativo entre os contratantes, como observa Roberto Senise Lisboa (2012, p.109).

3.4 Liberdade de contratar e liberdade contratual em crise

Dois momentos-chave para a relação dialógica nos contratos são os da liberdade de contratar, consistente no ato decisório entre fazer ou não a avença e o de modificar, reduzir ou ampliar o alcance das regras contratuais. Para o consumidor, nem um, nem outro se mostram presente na sociedade industrial. Isso porque não cabe mais ao consumidor a decisão de contratar. Ele contrata por um imperativo da vida moderna, segundo aponta Zygmunt Bauman (2000, p.64).

Se não existe liberdade de contratar, não é provável que exista a liberdade contratual, já que, uma vez celebrado o pacto, ou melhor, uma vez aderido ao pacto, o consumidor não encontra caminhos para rearranjar a estrutura do contrato às suas condições individuais. Vale lembrar que o contrato é feito para a massa e não observa os aspectos subjetivos do contratante individual. Por tal motivo, assevera Cláudia Lima Marques que “o postulado da força obrigatória dos contratos encontra-se muito modificado pelas novas tendências sociais da noção de contrato.” (2011, p. 279).

Assim, eventual distorção na ideia de justiça contratual somente se mostra possível através da intervenção do Estado.

Portanto, a teoria clássica dos contratos, tendo como ponto de partida o exercício da liberdade e da autonomia da vontade, está em franco descompasso com a realidade da sociedade industrial, cujos indivíduos que a compõem, definitivamente, não escolhem, não decidem e não exercem nenhum tipo de autonomia em relação aos pactos.

4. DIRIGISMO CONTRATUAL

O Estado liberal, lastreado na teoria de que todos os indivíduos são livres, inclusive para estabelecer suas regras negociais, não prevalece na sociedade industrial. Uma evolução

foi necessária a partir da fenomenologia social que reclamou do Estado o reconhecimento de que na sociedade havia indivíduos em extrema situação de desvantagem em relação aos outros.

Se não há igualdade, o papel do Estado-Jurisdição impõe-se como sistema de equilíbrio.

Roberto Senise Lisboa avalia que o Estado atua não como limitador da ordem econômica, mas como seu regulador em benefício de todos os atores do processo econômico (2012, p.190).

Por outro lado, se não há liberdade e se as escolhas não são tão livres assim, conforme alerta Michael Sandel (2013, p.99), insta a presença do Estado, como a força equacionadora.

4.1 O papel da jurisdição

A proteção do Estado deve ocorrer em todas as suas dimensões, ou seja, no plano normativo, jurisdicional e político-governamental. A jurisdição, com destaque, representa uma via onde pode se socorrer o consumidor, na medida em que, o mandamento constitucional¹⁵ se mostra propenso a isso.

A lei básica consumerista, por seu turno, consagrou-se como norma de ordem pública¹⁶, o que muda sobremaneira a ótica jurisdicional sobre as questões de consumo. Nesse sentido, a jurisdição ganha relevância, porque não apenas deve ditar o direito ao caso concreto, mas também, ao fazê-lo, deve exercer uma ação política e transformadora.

Ricardo Luis Lorenzetti, coteja em sua obra as ideias de garantismo e intervencionismo da jurisdição na consecução dos direitos. Sua teoria é a de que realmente o Estado-Juiz deve intervir para promover o acontecimento de um processo realmente justo, sob pena de, em se afastando demasiadamente incorrer em uma "ficcção formal" ou intervindo exageradamente, deixar de ser "imparcial".

Vê-se que o caminho da jurisdição é o de equilíbrio das forças, ante ao processo de reconhecimento de um desequilíbrio natural de forças que antecede ao processo e não pode nele permanecer, sob pena de disparidade de armas e, conseqüentemente, de um combate injusto.

¹⁵ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigo 1º: O presente 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.

De acordo com Aristóteles, " o magistrado é o guardião da justiça e, portanto, também guardião da igualdade" (2013, p. 6).

Assim, cumpre à jurisdição o papel de relativizar os mecanismos de sua atuação, especialmente o processo civil, para que se garanta a verdadeira igualdade e não apenas uma igualdade formalista, típica do positivismo e não mais consentânea com a sociedade de consumidores em sua tensão com a indústria.

4.2 Acesso à justiça e a facilitação da atuação processual do consumidor

Considerando o processo como instrumento da jurisdição logo vem à lume que deve ele, o processo, ser solução e não barreira ao implemento da justiça por parte dos consumidores. O processo é barreira e não solução, quando, por exemplo, na lógica positivista, se exige do consumidor, para a sua consecução, o recolhimento de custas processuais ou a prova de sua incapacidade econômica, como vem defendendo os tribunais¹⁷ brasileiros.

Todavia, na lógica pós-positivista, a ideia é a de que a facilitação da atuação deve prevalecer como política de Estado e não como análise casuísta.

O exemplo em questão pode ser ampliado aos aspectos probatórios do processo civil, onde a jurisdição poderá se encarregar de facilitar a prova, inclusive determinando medidas de ofício para tal desiderato, já que o tema do consumerismo é de ordem pública.

A decisão, por seu turno, requer uma tutela cada vez mais específica e efetiva, desdobrando-se no processo de execução e nas medidas de concretude dos direitos, preventivas e repressivas. Isso se justifica, porque, no campo das relações entre consumidores e fornecedores, há uma complexidade e um dinamismo de fatos para os quais o processo civil, aliado ao seu manejo positivista, não é hábil a lidar.

Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que o "Judiciário é, assim, chamado a desempenhar um novo papel[...]" (1994, p.191-192).

Certamente, a jurisdição deve se reconhecer, nas demandas de consumo, como o Estado em seu sentido mais protetivo. Não há nisso vício algum de parcialidade, porque esta é só aparente, considerando que o consumidor depende da força e dos mecanismos a serem

¹⁷ [...]O Superior Tribunal de Justiça entende que mesmo as pessoas jurídicas sem fins lucrativos devem comprovar situação de miserabilidade para fins de concessão do benefício de assistência judiciária gratuita. Precedente da Corte Especial[...].(REsp 1257196/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012).

fornecidos pelo Estado, para a sua afirmação digna e efetivamente igualitária em relação ao fornecedor.

Robert Alexy, sobre tal questão, reconhece o papel e dever da jurisdição de exercer um "tratamento desigual" (2012, p.409) Do contrário, a postura da jurisdição objetivamente equidistante entre as partes, gera, por consequência, desigualdade absoluta. Com isso, não há proteção.

4.3 A postura do juiz: o ativismo

O Estado-Juiz brasileiro está incumbido da proteção ao consumidor. Resta saber: o positivismo é capaz de conferir ao juiz as ferramentas de que ele precisa para tal desiderato ou deve ele criar as soluções à luz das necessidades do caso concreto?

Mancuso oferta uma resposta no sentido de que o Código de Processo Civil Brasileiro foi programado para uma realidade individualista, não sendo, portanto dotado de meios para a realidade da sociedade de consumo e seus conflitos (p.192). Logo, conclui que a saída está numa "adaptação criativa" do arsenal processual em vigor (p.193).

Destarte, o ativismo judicial¹⁸ demonstra ser um mecanismo pós-positivista de manuseio do processo, reafirmando seu caráter instrumental e proporcionando que o Estado realize sua política de transformação social, zelando pela Ordem Econômica, bem como aperfeiçoando suas práticas, através da tutela jurisdicional individual e coletiva.

Por certo, o cenário social das relações de consumo descrito por Zygmunt Bauman, evidencia um total domínio da indústria sobre o indivíduo e sobre sua própria condição humana. Sua felicidade e suas aspirações são determinadas pelo mercado (1998,p.53-54).

Portanto, o juiz que se coloca diante das questões de consumo deve exercer papel criativo, com olhar voltado para a sociedade e suas complexidades, sob pena de o processo nada mais ser do que uma etapa formal de uma jurisdição que não dialoga com o público de sua atuação.

Desta maneira, é possível concluir que o agir comunicativo legitima o processo na medida em que resolve as questões de simbologia tão necessárias à compreensão das demandas dos consumidores (Habermas, 2012, p.35).

¹⁸ Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira (2009, p.204), sobre o conceito de ativismo judicial discorre: Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização dos direitos fundamentais. [...] Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista e sua decisão cria a norma adequada para o caso concreto.

4.4 Por uma atitude pós-positivista

O pós-positivismo é, antes de tudo, um sistema jurídico interpretativo de conciliação, no momento em que se presta à junção da norma jurídica, em sentido formal, de maneira que ela se integre ao universo principiológico aplicado à experiência prática.

O constitucionalismo brasileiro trouxe uma série de princípios e normas programáticas a cargo do Estado e, de forma irretorquível, da própria jurisdição como uma de suas expressões.

Considerando, portanto, o dinamismo da sociedade industrial, o modelo pós-positivista se mostra adequado, já que à jurisdição foi dada uma missão transformadora e protetiva da sociedade de consumo.

Vê-se que o pós-positivismo promove a redimensão da atividade cognitiva e construtiva do juiz, propiciando que o mesmo crie soluções jurídicas, até mesmo em observância aos princípios que se adequam ao caso. Robert Alexy chega a mencionar que os princípios são mandamentos de otimização (2012, p.90).

Nesse sentido, o sistema pós-positivista, atendendo, pois, à realidade social ditada pela indústria encontra em Alexandre de Moraes (2013, p.786)¹⁹, judiciosa argumentação. Vejamos, por exemplo, que a partir do pós-positivismo é possível a concretização do "diálogo das fontes", teoria cunhada por Erik Jayme, tão vital para o implemento do pluralismo nas opções de tutela do consumidor, conforme experiência importada por Cláudia Lima Marques (2010, p.30)

Ricardo Luis Lorenzetti, coloca a questão do papel da jurisdição, sob a ótica da justiça distributiva, para que se observe o contrato em função dos seus reflexos econômicos. Essa abordagem somente é possível no sistema pós-positivista, advertindo Lorenzetti a observância da decisão sob uma conjunção de aspectos tais como a garantia de igualdade, os reflexos contratuais sobre os demais consumidores e, por fim, a estrutura do sistema como um todo. (1998, p.554).

Portanto, o sistema pós-positivista é o pressuposto para a proteção jurídica do consumidor contratante, já que permite à jurisdição um agir reflexivo e construtivo, quanto ao caso em concreto, a partir das experiências de um sistema alopoiético e multifacetário,

¹⁹ O bom-senso entre a "passividade judicial" e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras freios e contrapesos da Separação dos Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima *efetividade*" deve guiar o Poder Judiciário [...]

portanto, rico em elementos de construção de soluções jurídicas de que precisa a sociedade de consumo em sua tensão com a sociedade de dominação industrial.

5. CONCLUSÃO

O processo econômico, especialmente aquele fundado nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, avançou significativamente com a modernização dos meios de produção e com a fabricação de uma nova sociedade fundada no consumo de bens e serviços.

As necessidades básicas da vida, bem como aquelas decorrentes do processo de indução do consumo, fizeram com que o volume das contratações ganhasse o ritmo frenético da vida moderna, materializando-se em pactos onde o argumento e a liberdade de construção dos contratos fossem suprimidos substancialmente do consumidor.

Na ausência da liberdade e na presença da necessidade criou-se o cenário ideal para a dominação dos fornecedores, notadamente através das ferramentas dos contratos adesivos, no corpo de formulários pré-definidos, que permitiu a massificação das contratações e, por conseguinte, das violações aos direitos sociais econômicos dos consumidores.

É possível, diante de tal quadro, concluir que a sociedade de consumo e os consumidores não tem reação efetiva ou significativa capaz de conter os abusos havidos no mercado econômico.

Portanto, o Estado-Juiz é chamado ao desempenho de uma função mais exacerbada do que a de somente intervir pontualmente nas relações negociais econômicas. O quadro atual das relações de consumo enseja a presença permanente da jurisdição não apenas com função de dicção jurídica de determinado ou de determinados conflitos, mas sim no desempenho de um papel de transformação social.

Somente a jurisdição com enfoque pós-positivista conseguirá, no cenário da modernidade, se destacar na defesa dos consumidores, porque está flexível às mudanças vertiginosas das práticas de mercado e porque tem a capacidade de não apenas aplicar o direito posto, mas de construir soluções não encontradas na dogmática engessada do exercício de adequação fato e norma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11. ed. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6. ed. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

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

BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1.990) **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília: Senado, 1.990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 de nov. de 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil (1.973) **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 1.990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 13 de nov. de 2013.

BRASIL. **Código de processo civil**: histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em 18 de novembro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de nov. de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1257196/RS**, Segunda Turma, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Brasília, DF, 24 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+1257196&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 05 out. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DRUCKER, Peter F.. **A Nova Sociedade**. Tradução: Esmerino Magalhães. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1964.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, volume I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. São Paulo: RT, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASI, Domenico (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, Edgar. **A Via para o Futuro da Humanidade**. tradução: Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J.. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.