

**O CONTRATO COMO ELEMENTO DE DOMINAÇÃO ECONÔMICA DO
CONSUMIDOR: POR UMA AÇÃO LIBERTADORA DO ESTADO**

**EL CONTRATO COMO UN ELEMENTO DE DOMINACIÓN ECONÓMICA
DEL CONSUMIDOR: EN APOYO A UNA ACCIÓN LIBERTADORA DEL ESTADO**

Leonardo Macedo Poli¹

Sérgio Augusto Pereira Lorentino²

"Apenas a existência de uma argumentação, que não seja coercitiva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional."

(Chaim Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca. Bruxelas, 1992).

Resumo: As relações contratuais da modernidade são marcadas por um cenário de superdimensionamento da atividade produtiva e, por consequência, de superdimensionamento das vendas. O sistema destinado a operacionalizar toda essa miríade de relações negociais, está fundado nos contratos de massa. Esse fenômeno traz consigo uma série de fatores que tendem a repercutir nos direitos individuais e coletivos, especialmente no tocante ao exercício das liberdades contratuais e da justa e equitativa relação patrimonial entre o que se paga e o que se recebe. Portanto, o enfoque do artigo perpassará pela análise das teorias críticas da sociedade de fornecimento e consumo, assim como dos fatores de opressão sobre os consumidores, do papel do Estado no implemento da justiça contratual e da equivalência material, tendo em vista, dentre outros aspectos relevantes, a mitigação do exercício dialógico.

Resumen: *Las relaciones contractuales de la modernidad están marcados por un contexto de sobredimensionamiento de la actividad productiva y, en consecuencia, las ventas de gran tamaño. El sistema de poner en práctica todas estas relaciones*

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 PUCMinas. 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.

comerciales innumerables, se basa en contratos de masas. Este fenómeno trae consigo una serie de factores que tienden a reflejar los derechos individuales y colectivos, especialmente en relación con el ejercicio de la libertad contractual y justa equidad y la relación equitativa entre lo que paga y lo que se obtiene. Por lo tanto, el enfoque del hilo de un artículo a través del análisis de las teorías fundamentales de la oferta y la sociedad de consumo y la opresión de los factores en los consumidores, el papel del Estado en la implementación de la justicia contractual y equivalencia práctica con el fin, entre otras cosas mitigar relevante el ejercicio dialógico.

Palavras-chave: Fornecedores. Contratos. Dominação. Consumidor. Liberdade. Intervenção. Estado-Juiz.

Palabras clave: Proveedores. Contratos. Dominación. Consumidor. Libertad. Intervención. Juez del Estado.

1 INTRODUÇÃO

O estudo encartado no presente artigo visa demonstrar que os contratos de consumo se tornaram instrumentos de dominação econômica do consumidor por parte dos fornecedores.

Para tanto, o estudo da evolução da sociedade industrial é reveladora de diversos aspectos que colocam o consumidor numa condição de substancial subserviência aos ditames do mercado, operacionalizada pelo contratos. Esse domínio não é a conclusão de uma nova teoria da sociedade ou da economia, ou mesmo de um fenômeno novíssimo, embora moderno. Não é, tampouco, desconhecido, já que inerente à vida de qualquer cidadão, nem mesmo de difícil percepção, posto que se revela cotidianamente em cada contrato de consumo de bens e serviços. Em verdade, o domínio da economia de mercado estabeleceu sua ordem em face dos consumidores e se mostra desafiadora até mesmo ao poder do próprio Estado, conforme evidencia Sabino Cassese (2010, p.46).

A meta da sociedade de fornecimento é levar à cabo a maximização da produção e, para isso, deve, como condição de sua sobrevivência, encontrar formas de elevar o consumo fazendo com que os consumidores, cada vez mais, deem vazão aos bens e serviços ofertados.

Portanto, ensejar o consumo e, principalmente, manter o consumo, afigura-se como condição lógica para a sobrevivência e crescimento do mercado moderno. Em

instigante abordagem, Gilles Deleuze e Félix Guattari, afirmam acerca da existência do "controle cada vez mais profundo da produção pelo capital" (2010, p.300).

Nesse cenário, exurge o objeto do presente estudo, consistente na dominação contratual do consumidor, não apenas na fase de sua execução, mas também naquelas que antecedem o movimento volitivo³ em prol do contrato.

Disso decorre a imperiosa necessidade de que o Estado exerça um papel de mediação e intervenção nos negócios decorrentes do ímpeto mercantil em face da fragilidade e das necessidades dos consumidores, tendendo a estabelecer um ambiente de resistência e de promoção da justiça contratual.

É por demais oportuno esclarecer que o estudo não visa objurgar a existência da ideologia capitalista e da economia de mercado, mas sim considerar suas existências como fatores atuais irreversíveis da modernidade e, a partir delas, traçar mecanismos de defesa e tutela dos consumidores e da sociedade de consumo.

2 O PARADIGMA DA SOCIEDADE INDUSTRIAL

As premissas da sociedade industrial estão certamente ligadas ao ideal de liberdade da atividade econômica, típica do modelo capitalista. Já nos tempos em que a burguesia se ergueu nos ambientes dos estados liberalistas, sempre foi sua meta o aprimoramento do processo econômico, que teve, na indústria e na mobilização da sociedade para os centros urbanos, seus principais fatores de expansão, como aponta Domenico de Masi (1999, p.16).

Essa "nova sociedade" é também retratada por Peter Drucker. Segundo ele o modelo industrial trouxe o "divórcio entre o trabalhador, a produção e o produto" (1964, p.19).

É justamente essa a arquitetura básica do modelo industrial que afastou a todos os homens e mulheres de proverem as suas necessidades, legando à indústria essa tarefa. Todavia, a modernidade não mais permite a retomada do quinhão da autossuficiência de cada um. Em cada geração nascem e fenecem os dependentes dos produtos e serviços ofertados⁴ pelo mercado. Logo, o paradigma da sociedade industrial pressupõe uma dependência dos consumidores em relação ao que ela pode lhes oferecer. Isso se traduz

³ Importa destacar que a vontade do consumidor aparece aqui de forma simbólica, já que, conforme se verá, ao longo do estudo, de fato, ela não existe.

⁴ O termo não se refere ao sentido de livre escolha, mas sim à noção de necessidade inarredável.

em uma relação de dependência escravizadora⁵, uma forma sofisticada de domínio onde não há resistências.

Herbert Marcuse alude ao controle desse modelo exercido pela indústria sobre os indivíduos. Para ele "os direitos e liberdades que foram fatores assaz vitais nas origens das fases iniciais da sociedade industrial renderam-se a uma etapa mais avançada dessa sociedade: estão perdendo o seu sentido lógico e conteúdos tradicionais" (1967, p.23). Conclui, portanto, que "a civilização industrial contemporânea demonstra haver alcançado a fase na qual a "sociedade livre" não mais pode ser adequadamente definida nos termos tradicionais de liberdades econômica, política e intelectual[...]"(p.25).

Assim, o paradigma da sociedade industrial não está apenas na dependência dos consumidores motivadas por aspectos atinentes à sua própria sobrevivência e dignidade, mas também de formas mais sofisticadas em que tais dependências são criadas artificialmente pelo modismo e pelo consumismo de maneira irracional e enganosa⁶, tal como abordado por Zygmunt Bauman (2008, p.65).

A indústria, timoneira da atividade econômica, parece ter, enfim, o controle sobre tudo e sobre todos, na medida em que se apresenta como detentora dos meios categóricos da satisfação das necessidades humanas. Essa dominação acompanha todo o processo produtivo e de venda e reencontra a produção na exploração da própria força de trabalho do consumidor, agora também trabalhador.

2.1 Produção e capitalismo

A indústria está ancorada no binômio produção e capitalismo. O desígnio da produção acha no modelo capitalista o par perfeito. É possível dizer o mesmo na relação inversa. Isso porque o capitalismo tem como fundamento a relação de retribuição e ganho possível a partir da liberdade de mercado. Logo, quanto mais produção, mais ganho.

Hannah Arendt, observa que "o processo de produção é tão ilimitado quanto a capacidade do homem de organizar, produzir, fornecer e consumir." (1989, p.156).

A produção, pois, depende, necessariamente, da demanda dos consumidores para sua absorção. Karl Marx considerada essa realidade afirmando que

⁵ O sentido da palavra tem a ver com a inexistência de alternativas ao modelo de vida moderno. O consumo passou a ser condição de sobrevivência.

⁶ A enganosidade a que se refere Bauman é fruto da cultura industrial que incentiva, de maneira excessiva, o consumo, promovendo o desperdício econômico e de recursos naturais.

A mercadoria é, antes de mais nada, um objeto externo, uma coisa que, por suas propriedades, satisfaz necessidades humanas, seja qualquer for a natureza, a origem delas, provenham do estômago ou da fantasia. Não importa a maneira como a coisa satisfaz a necessidade humana, se diretamente, como meio de subsistência, objeto de consumo, ou indiretamente, como veio de produção. (1999, p.57)

Esse encadeamento de ideias parece muito simples e, até mesmo, óbvio. Entretanto, a aparente obviedade se desfaz por um fato, no mínimo espantoso de ser considerado: os consumidores são, na verdade, os mesmos trabalhadores que compõe a espinha dorsal do modelo capitalista. Por tal análise é possível se revelar um sistema ainda mais opressor praticado pela indústria, qual seja a dependência do homem elevada a um grau altíssimo por conta de sua imersão e submissão a um movimento circular sem saída.

Marx, afirma, então, que "os produtos do trabalho se convertem em mercadorias no mesmo ritmo em que determinada mercadoria se transforma em dinheiro". (p.112). Ainda segundo ele, esse caminho é cíclico, porque percorre sempre o mesmo trajeto e retorna à origens. Ou seja, o trabalho é remunerado e gera a mercadoria que é adquirida com a remuneração recebida pelo trabalhador/consumidor. O dinheiro da remuneração retorna ao produtor, através do consumo, unindo as pontas do processo produtivo e de venda (p. 142). Logo, se o homem não ocupar um posto de trabalho não terá, por conseguinte, o acesso aos bens e serviços de que necessita.

De outro lado, se não adquirir tais bens, ruirá a estrutura dos postos de trabalho. Parece um caminho sem saída e, de fato, na prevalência do capitalismo e da produção, realmente o é. Nessa linha, Hannah Arendt afirma que "trabalhar e consumir seguem um ao outro tão de perto que quase constituem um único movimento, o qual, mal termina, tem de começar tudo de novo".(2013, p.123). Adiante reforça o entendimento de que "o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo" (p.156).

Essa cadeia cíclica ceifa as liberdades do homem do ponto de vista de suas aptidões naturais, colocando-o numa posição de dependência. Essa lógica é abordada por Herbert Marcuse, quando menciona o sufocamento das liberdades dada "a necessidade de trabalho estupefante onde não mais existe necessidade real" e a "necessidade irresistível para a produção e consumo do desperdício." (1967, p. 28).

Portanto, a lógica da produção se irmana à lógica do capitalismo, principalmente porque, ambos, pressupõe uma liberdade fantasiosa que nada mais é do que um

instrumento de inserção do homem em uma prisão sem muros e sem grades, capazes de gerar uma sensação de conforto nada mais propensa do que a evitar rebeliões e recusas.

Há, nisso tudo, uma tecnologia de dominação eficaz da sociedade e do indivíduo, pela indústria.

2.2 Consumidores sem oposição e a repressão das inclinações naturais

Não são mais apenas as necessidades vitais do homem moderno que lhe movem ao consumo. A indústria também se fez dona dos desejos ao ponto de criá-los e de instigá-los através de mecanismos de publicidade e propaganda, tão envolventes quanto irresistíveis. Há uma imposição dos quereres e dos objetos de desejo humano que se revezam em épocas diferentes e ciclos de modismos conducentes ao consumo.

Essa experiência social da modernidade revela a desatenção da indústria ou mesmo sua vocação comissiva para afastar as reais necessidades e aptidões do homem, provocando-lhe a "fome" para o consumo de certos alimentos e a aquisição de bens e serviços para o implemento de um padrão aceitável desse homem, na sociedade construída a partir de valores artificiais. Oscar Wilde, na observância crítica desse fenômeno, não deixa a menor dúvida de sua crença acerca do estágio de perda da identidade do homem moderno incluído na cadeia cíclica do trabalho e do consumo, chegando a afirmar que

O homem irá se matar por excesso de trabalho com o fim de garantir a propriedade, o que não é de surpreender, diante das enormes vantagens que ela oferece. É de lamentar que a sociedade, construída nessas bases, force o homem a uma rotina que o impede de desenvolver livremente o que nele há de maravilhoso, fascinante e agradável - rotina em que, de fato, perde o prazer verdadeiro e a alegria de viver. (2003, p.7)

Além disso, como bem abordado por Zygmunt Bauman, o prazer gerado pelo movimento de consumo deve ser temporário, a fim de que o processo de busca não se interrompa (2008, 127). Destarte

A cultura consumista é marcada por uma pressão constante para que sejamos *alguém mais*. Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham. Engendram a insatisfação com a identidade adquirida e o conjunto de necessidades pelo qual se define essa identidade. Mudar de identidade, descarta o passado e procurar novos começos, lutando para renascer - tudo isso é estimulado por essa cultura com o um *dever* disfarçado de privilégio. (p.128)

Portanto, é possível considerar que o consumo, mesmo se abstraindo aquele decorrente da satisfação das necessidades naturais, é um ato involuntário na sua essência, cuja característica é reconhecida, inclusive, pela psicologia (GADE, 1998, p.10). Herbert Marcuse, por sua vez, muito bem descreveu tal fenômeno, sempre se referindo a existência de uma opressão e negação das vontades naturais do ser (1967, p. 69-75, 175). Na mesma senda, Freud, ao analisar o fenômeno do consumo, afirmou que

Deslizamos, sem nos darmos conta, do campo econômico para o da psicologia. A princípio, ficamos tentados a procurar vantagens da civilização na riqueza disponível e nos regulamentos para sua distribuição. Entretanto, como reconhecimento de que toda civilização repousa compulsão a trabalhar e numa renúncia ao instituo, provocando, portanto, inevitavelmente, a oposição dos atingidos por essa exigências, tornou-se claro que a civilização não pode consistir, principal e unicamente na própria riqueza, nos meios de adquiri-la e nas disposições para sua distribuição, de uma vez que essas coisas são ameaçadas pela rebeldia e pela mania destrutiva dos participantes da civilização. Junto com a riqueza, deparamo-nos agora com os meios pelos quais a civilização poder ser defendida: medidas de coerção e outras, que se destinam a reconciliar os homens com ela e a recompensá-los por seus sacrifícios. Essas últimas podem ser descritas como as vantagens mentais da civilização. (1996, p.20)

Descreve, nesse fluxo, Edgar Morin, que a "onipresença" da publicidade exaltando virtudes ilusórias ao paladar, beleza, saúde e sedução, tudo isso com o fim único de estimular o consumismo(2013, p.305).

Diante desse quadro, o consumidor não tem meios de resistência e de oposição às práticas do mercado e ao ímpeto da indústria, nada mais sendo, ele próprio, do que a razão e o destino do processo produtivo, sem mecanismos de resistência ou questionamentos; um personagem à deriva, sujeito aos contornos e caminhos delineados pela indústria.

2.3 Sociedade em desgoverno

O mal que acomete os indivíduos, no tocante ao exercício de suas liberdades e inclinações naturais, também é aquele que acomete o conjunto dos seres. Toda massa é consideravelmente mais forte do que o indivíduo isolado, em relação aos que exercem qualquer tipo de dominância. Todavia, a sociedade de consumo, considerada como coletividade de consumidores, também não se mostrou tendente a qualquer tipo de resistência política, jurídica ou comportamental. Pelo contrário, o domínio das massas tem sido o grande trunfo da indústria, porquanto, naturalmente, através das ações

massificadas, tais como os contratos de massa, são potencializadas as atividades de difusão de produtos e serviços, bem como são mais eficazmente engendrados os mecanismos de padronização do consumo.

Na esteira do pensamento de Bauman (2008, p. 71)

a sociedade de consumidores é um tipo de sociedade que (recordando um termo, que já foi popular, cunhado por Louis Althusser) "interpela" seus membros (ou seja, dirige-se a eles, os saúda, apela a eles, questiona-os, mas também os interrompe e "irrompe sobre" eles) *basicamente na condição de consumidores*. Ao fazê-lo a "sociedade" (ou quaisquer agências humanas dotadas de instrumentos de coerção e meios de persuasão ocultos por trás desse conceito ou imagem) espera ser ouvida, entendida e obedecida.

Avança, portanto, reconhecendo que

"A "sociedade de consumidores", em outras palavras, representa esse tipo de sociedade que promove, encoraja, ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas."

A conclusão do autor é de que a sociedade de consumidores exerce sobre seus membros "pressões coercitivas" desde a infância, bem como ao longo de suas vidas, como pressuposto de seu condicionamento. Desta forma, a dominação exercida pela indústria em face da sociedade, termina por concentrar a força de dominação na gestão do comportamento de cada um de seus indivíduos para o consumo.

A sociedade, portanto, passa a ser uma espécie de executor das estratégias produtivas e de fornecimento de produtos e serviços. É, concomitantemente, vítima e algoz.

Certamente, o controle do comportamento ditado pela sociedade ao consumidor parece bem mais assimilável do que aquele exercido diretamente pelos fornecedores. É como se as práticas de consumo ditadas pelos fornecedores fossem legitimadas pela sociedade. Reside nessa assertiva a completude da dominação individual e coletiva do consumidor, uma verdadeira sociedade sem reação, sem oposição (MARCUSE, 1967, p.92).

2.4 O novo Leviatã

Peter Drucker cunhou em seus escritos a expressão "O NOVO LEVIATÃ" ao se referir ao domínio da indústria sobre a vida do homem. Em seu pensar, esse fato

confere, àqueles que dominam a produção, a possibilidade de uma "concentração do poder infinitamente mais perigosa do que nunca" (1964, p.22.). Essa avaliação decorre da impossibilidade do homem em prover suas próprias necessidades, fazendo-o dependente e totalmente submisso aos desígnios dos detentores da capacidade produtiva.

A força que emerge da indústria e dos detentores da produção não pode ser contida pelos consumidores individualmente considerados, nem mesmo pelas massas que andam ao sabor das tendências e padrões de consumos ditados pelo mercado. A aposta de Drucker é que haja um governo suficientemente capaz de conter as tensões surgidas do processo de produção (p.22).

O poder da indústria de fornecimento, principalmente nos estados que optam por técnica de não intervenção na economia, deixam os consumidores à própria sorte e ensejam terreno fértil para a dominação das massas e dos indivíduos.

Essa dominação, conforme já tratado na linhas anteriores, tem raízes nas necessidades inarredáveis do consumidores, mas também na ditadura do consumismo e dos padrões de comportamento impostos às pessoas.

Zygmunt Bauman afirma que se "a sociedade de produtores coloca a saúde como o padrão que seus membros devem atingir, a sociedade de consumidores acena aos seus como ideal da "*aptidão (fitness)*".(2001, p.91).

O tabagismo é outro claro exemplo, posto que determinou profundos prejuízos à saúde dos indivíduos e à própria sociedade, já que, além da dependência causada pelo tabaco, a propaganda e o *glamour*, ditados pela indústria através da mídia e do cinema, foram fatores de imposição comportamental irracional dos consumidores (DELFINO, 2002).

O poder dos fornecedores exerce sua obra, como visto, principalmente, através da controle da liberdade dos consumidores: por vezes os matam libertos, senão para o próprio ato de consumidor e, por vezes, os aprisionam dentro dos mecanismos e práticas de mercado, especialmente os contratos, cuja análise constituirá o foco dos tópicos seguintes.

Ergue-se, pois, a necessidade de intervenção do poder público para o equilíbrio do processo econômico ou, pelo menos, para que não se implemente uma atuação totalitária da indústria no cenário das contratações para fornecimento de bens e serviços.

3 O ESTADO E A ASSIMILAÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO

A força que emerge da atividade de fornecimento é completamente avassaladora em face dos consumidores. O implemento do modelo de fornecimento dos produtos e serviços têm, na rapidez e no dinamismo das contratações, seus principais fatores.

Noutra parte, a demanda por produtos e serviços é crescente e requer uma estratégia de concretização rápida dos negócios. É assim nos *fast-foods*, nas compras pela internet, nos bancos, enfim, a ânsia por rapidez e pelo pronto atendimento, no ritmo frenético ditado pelo próprio mercado, condicionou o consumidor a uma necessidade de sumarizar suas relações contratuais.

Os fornecedores também almejam a rapidez, mas isso tem um preço: a mecanização do processo de contratação que põe fim ao processo dialógico-contratual e retira do consumidor a possibilidade de participação substancial na construção do pacto. Segundo Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, o acordo é construído pela

possibilidade de adesão dos ouvintes às premissas dos discurso escolhidas pelo orador, mas também comportam a possibilidade de rejeição das mesmas pelos ouvintes, pela não adesão ou por "perceberem o caráter unilateral da escolha das premissas", ou ainda "por ficarem contrariados com o caráter tendencioso da apresentação delas." (2005, p.73)

Mas, à toda evidência, inexistente, na realidade consumerista, qualquer exercício dialógico ou argumentativo do consumidor na construção da relação jurídica com o fornecedor. Essa realidade sujeita o consumidor ao poder do fornecedor que passa à condição de instituidor contratual.

Desta forma, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, concluem que somente "a existência de uma argumentação, que não seja coercitiva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional." (2005, p. 581).

Roberto Senise Lisboa, atento ao universo das contratações massificadas e sem interação intersubjetiva dos contratantes, afirma que tal realidade do mercado levou

a padronização de inúmeras espécies de negócios jurídicos e a submissão do hipossuficiente à vontade dos detentores do poder econômico, nos contratos de adesão realizados. Sobre dita padronização ocasionou não apenas benefícios, como também malefícios ao economicamente mais débil, desprovido de informações e conhecimento para se opor ao instrumento. Nem sequer se viabiliza a discussão do conteúdo da relação, quase que invariavelmente repleta de cláusulas predispostas. (2012, p.30)

Está sendo levada em conta, neste tópico, a realidade nua e crua de que não é possível, pelo próprio sistema de fornecimento de bens e serviços, o diálogo contratual. O sistema econômico está posto e não se tem em vista perspectivas de mudanças no seu conceito básico. Tudo acontece no espaço da livre iniciativa permitido pela Constituição Federal de 1988, inclusive as práticas de domínio.

É preciso, assim, considerar a inevitabilidade e a imutabilidade do sistema de fornecimento e consumo. Aliás, o próprio ordenamento jurídico Brasileiro já o fez pela dicção expressa do texto constitucional quanto ao princípio da " livre iniciativa", na função de elemento nodal da Ordem Econômica.

Felizmente, o propósito inicialmente liberalista decorrente do referido princípio somente seria plenamente possível se considerado isoladamente. No entanto, há

condicionantes⁷ importantes de sua admissão. A avaliação do cumprimento ou da implementação de tais condições constitui exatamente a missão que cabe ao Estado na tutela da sociedade de consumo e dos consumidores.

Segundo Ricardo Luis Lorenzetti, o direito de proteção dos consumidores rompe com a ideia de igualdade dos contratantes e parte para o caminho interventivo do Estado, afirmando que "*ab initio*, instala uma ordem protetiva que derroga o princípio geral da igualdade dos cidadãos. A ordem supletiva torna-se imperativa; surgem as nulidades virtuais, pretendendo a manutenção do propósito prático perseguido pelos contratantes." (1998, p. 47-48).

Logo, considerando tal abordagem e a velha dicotomia entre o liberalismo e o socialismo, aqui há uma consideração constitucional e infraconstitucional⁸ acerca da possibilidade de convivência das ideologias, tendo o Estado o papel de mediador das tensões e de executor da justiça econômica, através de funções multifacetárias que vão da atividade legisladora, passando pela fiscalização e regulação administrativa e pela própria ação da jurisdição.

3.1 Por uma ação libertadora por parte do Estado

Para Gilles Deleuze e Félix Guattari, a ação do modelo capitalista parece se apoderar de todas as "forças produtivas" que passam a "lhe pertencer". (2010, p.23).

Considerando os contratos de consumo e seus mecanismos de vinculação dos consumidores, dentre os quais podemos destacar a cobrança de incontáveis encargos da mora, o uso do anatocismo para maximização dos ganhos sobre a oferta de capital e a

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.

⁸ Lei nº 8.078/90, 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: [...] III - 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.

perpetuação das dívidas pela mais completa incapacidade do consumidor devedor em levar a cabo a amortização do principal, faz com que tudo que ele produza, através da força do seu trabalho, seja drenado pelo e para o fornecedor.

O consumidor, além disso, na situação contratual de inadimplência, cumpre a pena civil de exclusão do acesso ao crédito⁹, pelo período de cinco anos, sendo possível concluir que, nesse tempo, ficará privado de sua plena participação no processo econômico em clara violação da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, no momento em que confere à pessoa o acesso aos bens e serviços necessários ao seu viver digno.

Mas ainda que não consideremos a situação de mora, que é mais comum no mercado de uma economia emergente como a brasileira, há outros meios de sucção das forças dos consumidores e de sua liberdade, como, por exemplo, as cláusulas aterrorizantes de perdimento de bens e de valores já antecipados, no caso de desistência na continuidade do pacto. Caso emblemático é o dos contratos de consórcio de bens móveis ou imóveis, onde o consumidor desistente somente poderá reaver seu capital após o prazo final de encerramento do grupo, revelando uma apropriação do patrimônio do consumidor e, de certa forma, de sua vinculação cogente a atividade consorcial.

Vale mencionar a propensão cada vez maior da indústria em fornecer produtos incompletos, sob o prisma do desejo dos consumidores, fazendo com que os mesmos tenham de adquirir pacotes¹¹ para além daquilo que realmente completaria sua pretensão, o que nada mais é do que outra forma marcante de opressão e de vinculação do consumidor aos contratos.

Essa liberdade conferida pelo Estado, sob a rubrica da livre iniciativa, ainda que formalmente temperada com os contrapesos condicionantes do respeito ao consumidor, tem se mostrado exercida de forma reiterada e sistematicamente abusiva. Não é observada uma ação voluntária por parte dos fornecedores. O sistema econômico tende a ser perverso, porque sua lógica é a da maximização dos lucros e minimização dos prejuízos.

⁹ Bancos de dados e cadastros de inadimplentes.

¹⁰ Artigo XXII - Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

¹¹ Essa prática tem se notabilizado no comércio de carros que oferecem pacotes seccionados de acessórios e itens de conforto. Assim, não é dado ao consumidor a opção de um carro com itens básicos com condicionador de ar, por exemplo. Ao invés disso, somente é possível adquirir o condicionador de ar levando junto um pacote que inclui, além do ar, o som e os vidros com acionamento elétrico.

Daí porque declarar Hannah Arendt 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).

Essa ação libertadora depende da intervenção do Estado no processo econômico, já que numa sociedade de evidentes sujeitos desiguais, não há terreno para a liberdade do mais fraco, mas sim de sua iminente opressão.

Morin conclui que uma reforma se impõe no mercado a partir da modificação de vários elementos comportamentais do consumidor e do mercado, mas principalmente da ação de controle da especulação econômica (2013, p.129).

3.2 Mudança de foco: do liberalismo ao protecionismo

Por mais que os teóricos do liberalismo econômico sejam avessos à ação interventiva do Estado nos pactos, essa não é uma opção ideológica, mas uma necessidade prática com ideal de justiça.

Aqui poderíamos colocar em rota de colisão dois seguimentos tradicionais do pensamento moderno, representados pelos princípios da livre iniciativa e da proteção do consumidor, ambos expressamente consignados no texto constitucional¹².

Um dos princípios, o da livre iniciativa, é base para a ordem econômica constitucional, enquanto que o princípio da proteção do consumidor, situa-se na quadra dos direitos fundamentais do cidadão. Natural é, portando, o questionamento acerca da prevalência de qual força principiológica, diante da antinomia verificada.

Pois bem, se o ideal programático-constitucional é o de crescimento da economia e de sua autorregulação, através das leis de mercado, evidencia-se que há uma prevalência funcional do princípio da livre iniciativa. De outro lado, se o ideal programático-constitucional é a proteção do consumidor, ergue-se o princípio protetivo, em muito inspirado pelas ideias de prevalência dos direitos humanos e da própria dignidade da pessoa humana.

Robert Alexy, no caso em estudo, evidencia que um dos princípios terá que ceder. Não que ele "deva ser declarado inválido". O que ocorre, segundo Alexy, é que

¹² Artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, *caput*, respectivamente.

"sob determinadas condições" haverá uma precedência de um princípio sobre o outro (2012, p.93-94).

As condições determinantes são as que demonstram uma relação de domínio dos fornecedores em prejuízo dos consumidores. Isso faz com que a prevalência seja do ideal protetivo em face do ideal liberalista da livre iniciativa.

É o que Ronald Dworkin anota, citando Jeremy Bentham, ao propor a utilização da "análise econômica" como meio de medir o bem-estar dos indivíduos, já que as instituições jurídicas tem como dever a promoção do "mais elevado bem-estar médio" para os indivíduos, razão que aqui parece bem apropriada (2010, p. XI).

Oscar Wilde, nessa linha, referindo-se ao modelo protetivo, dentro do ideal capitalista, afirma que

enquanto no sistema atual muitos podem levar a vida com certo grau de liberdade, direito de expressão e felicidade, num sistema de aquartelamento industrial, ou num sistema de tirania industrial, absolutamente ninguém poderá desfrutar de uma liberdade dessa natureza. É lamentável que parte de nossa comunidade social viva praticamente escravizada, mas é ingenuidade propor-se resolver o problema submetendo toda a comunidade à escravidão. Todo homem tem o direito de ser inteiramente livre para escolher seu próprio trabalho. Não deve sofrer nenhuma forma de coação. Se alguma houver, seu trabalho não será bom para ele, nem em si mesmo, nem para os outros. (2003, p. 06)

Destarte, evidencia-se a necessidade de que o Estado, cuja missão no cenário das relações entre fornecedores e consumidores é o de tutela, diante da clara submissão dos segundos aos primeiros, intervenha em prol da proteção do mais fraco, fomentando meios de igualdade concreta e substancial.

A prevalência há de ser pelo princípio protetivo do Estado em prol dos consumidores.

3.3 Multiplicidade dos instrumentos protetivos

A tutela do consumidor deve orbitar em todos os setores do Estado, desde a atividade legislativa, à fiscalização, até a regulação administrativa, bem como pela atuação jurisdicional.

A questão da tutela nas relações de consumo não deve se restringir a atuação do Estado dentro do universo dos conflitos entre consumidores e fornecedores. Ela é bem mais ampla e contempla a meta programática de construção de uma sociedade de

consumo equilibrada¹³ e harmônica em vários sentidos, alcançando todos os reflexos da atividade produtiva nos direitos dos consumidores propriamente ditos, mas, também, nos direitos trabalhistas dos empregados das indústrias, na saúde pública, no meio ambiente e em todo o sistema de fornecimento de bens e serviços.

Na esteira do pensamento de Robert Alexy, Bruno Miragem aponta para o dever constitucional do Estado na promoção dos direitos dos consumidores, especialmente para o estabelecimento de uma "igualdade de fato" e não apenas formal (2010, p.39-44). Aliás, igualdade é o ponto chave para as relações contratuais tratadas no presente artigo.

Por isso, os instrumentos de proteção devem ser múltiplos, como múltiplos são os desafios do Estado na construção de uma sociedade harmônica.

3.3.1 Regulação normativa

A regulação normativa do mercado de consumo aparece evidente no texto constitucional, no momento em que determina que o " Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor "¹⁴. Todavia, tal comando não pode ser entendido no sentido de uma normatividade formal¹⁵. E o Código de Defesa do Consumidor foi extremamente feliz quando operacionalizou tal normatividade através não apenas das leis, mas também de regulamentos administrativos, especialmente aqueles destinados aos contratos de massa mais típicos de nossa sociedade, como, por exemplo, os de planos de saúde. Além disso, podemos citar a regulação nas atividades oriundas de serviços públicos, como telefonia, energia, água e esgoto.

Vê-se importantíssima a tarefa da regulação, na medida em que pré-ordena, de certa forma, os pactos, realizando na raiz do negócio jurídico um controle prévio e preventivo de eventuais abusos por parte dos fornecedores.

¹³ Código de Defesa do Consumidor, 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: [...] III - 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;

¹⁴ Artigo 5º, inciso XXXII.

¹⁵ Lei em sentido estrito.

Além disso, a proteção não se revela apenas sob o aspecto formal dos contratos e de sua aptidão para zelar pelos interesses econômicos dos consumidores, mas também na tutela da segurança quanto aos bens e serviços objetos dos contratos, tais como os produtos alimentares, medicamentos, os potencialmente perigosos ou nocivos e os serviços, inclusive os de transportes, terrestres, aquaviários e aéreos.

Ricardo Luiz Lorenzetti, sobre o tema, trata da "ordem pública de proteção" tendente à construção de uma relação comutativa entre os contratantes de forma duradoura, ou seja, conforme aponta a Constituição Federal, no sentido de uma ideia de programa permanente de Estado (1998, p.554).

Celso Ribeiro Bastos afirma que "Regular, na Constituição Federal, quer dizer calibrar, colocar em harmonia, expelindo toda sorte de manipulações que empresários não éticos possam implantar" e avança pontuando que "o Estado edita normas no sentido de purificar o mercado, de evitar a sua deturpação[...]" (2003, p. 259).

De fato, a regulação aparece no cenário jurídico¹⁶ como importante mecanismo público de ação tutelar do consumidor e do próprio mercado de consumo.

3.3.2 Jurisdição

O caminho da proteção jurisdicional está consagrado no plano constitucional à luz, inclusive, do que determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do próprio Pacto de São José da Costa Rica. No Brasil, " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"¹⁷.

A via jurisdicional não aparece como última trincheira, mas como opção concomitante com as demais vias protetivas, inclusive nos casos em que a regulação normativa, de alguma forma, se mostra omissa ou falha quanto à observação do fenômeno da sociedade de consumo em curso.

Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre o tema dos interesses metaindividuais, o que pode bem ser aplicado aos individuais, por uma análise de abarcamento, sugere que o "Judiciário é, assim, chamado a desempenhar um novo papel[...], inclusive por meio de uma "adaptação criativa" do arsenal processual existente (1994, p.192).

¹⁶ Código de Defesa do Consumidor, 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.

¹⁷Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV.

Portanto, a atuação jurisdicional¹⁸ se mostra necessária ao bem do mercado de consumo e de fornecimento, dentro de uma proposta de libertação dos consumidores das entranhas contratuais que os atormentam, especialmente aquelas tendentes à lesão dos seus interesses econômicos. Eis, portanto, na jurisdição, um caminho concreto para uma ação libertadora do consumidor por parte do Estado.

3.3.2.1 Pós-Positivismo

O positivismo liberalista não mais atende aos reclames dos conflitos existentes entre consumidores e fornecedores. A igualdade entre os sujeitos, típica de tal sistema jurídico, não encontra par na realidade, onde sujeitos extremamente diferentes, sob o ponto de vista de suas forças, estão a se relacionar a todo momento. É preciso um olhar da jurisdição que dê realce aos objetivos da ordem econômica através de uma interpretação pós-positivista, atento ao estabelecimento de uma tutela libertária do consumidor, especialmente quando estes se encontram vinculados por pactos danosos aos seus direitos. A negação ao positivismo encontra respaldo no pensamento de Lucas Gontijo.¹⁹

Isso nos remete à ideia de Habermas de construção do direito por uma ação que se legitima através da argumentação não típica do positivismo. Marcelo Galuppo, dentro de tal pensamento, afirma:

Ao contrário do pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas (correção normativa) àquele caso. Essa posição caracteriza o pensamento problemático, que não exclui de seu método a ideia de sistema, mas que o concebe como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador (2003, p.175)

Portanto, o modelo pós-positivista, considerando a realidade da sociedade de consumo extremamente dinâmica e uma programação constitucional de ordem

¹⁸ A proposta é de que a jurisdição atue com certo grau de liberdade para avaliação do fenômeno social, propondo soluções decorrentes de um sistema de cláusulas gerais, apto a interagir face ao dinamismo e ao caráter multifacetário das relações de consumo e seus efeitos.

¹⁹ A teoria antipositivista apresentada não pretende chegar ao limite de um, por assim dizer, desconstructivismo jurídico. Procura-se tão-somente, flexibilizar a rigidez dos métodos de conhecimento e a aplicação do direito, a fim de trazer maior aproximação deste com as pejejas humanas. Busca-se, pois, particularizar a aplicação dos métodos jurídicos e mantê-los atentos às possíveis exigências peculiares de cada caso (2011, p. 129).

econômica que leva em conta princípios fundamentais de equilíbrio, harmonia e proteção, afigura-se como via apropriada para o desiderato tutelar da jurisdição dos conflitos individuais e coletivos de consumo, na medida em que a ação libertadora do Estado em prol do consumidor, dependerá de um exercício dialógico e multidisciplinar do julgador.

Pietro Perlingieri, em belíssima passagem, atento ao papel da jurisdição nesses novos tempos e dentro do ideal pós-positivista, aduz que o trabalho do julgador em se chegar ao direito não é tarefa mecânica "mas sim, cultural, mediadora de interesses e de valores."(2007, p. 22).

Portanto, a análise do caso não partirá da norma, mas sim da realidade e buscará em diversas fontes normativas uma solução que muitas vezes sequer existirá enquanto modelo pronto e acabado. Nesse momento, o papel criador do julgador, impensado no positivismo, se mostrará imprescindível ao fim protetivo do consumidor, no âmbito pós-positivista.

3.3.2 .2 A proteção individual

A proteção jurisdicional individual ainda se consubstancia na tradição brasileira como marco da atuação do Estado-Juiz em prol do consumidor. O próprio Código de Consumo é explícito nesse sentido, impondo à jurisdição, não só uma tutela quanto à questão de fundo de cada demanda, mas também uma ação tendente à "facilitação" da atuação do consumidor em juízo²⁰.

Embora o paradigma individual tenha cada vez mais cedido importância ao da proteção difusa, coletiva ou individual homogênea, não se pode ter por desprezada a importância que cada pessoa consumidora tem, por sua própria iniciativa, na decisão pela busca de seus direitos. Como bem descreve Stephan Kirste, aludindo ao "bem comum" como pressuposto de justiça, esse pode se dar tanto pela ação do indivíduo, na defesa de seus interesses, quanto pela coletividade. O bem comum, portanto, aparece como continência do interesse público e dos interesses individuais (2013, p.176). Logo,

²⁰ 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;

proteger o consumidor em seus direitos individuais é também atender ao ideal social, já que tal atitude se coaduna com os propósitos da ordem jurídica constitucional.

É importante, todavia, levar em conta que a proteção do consumidor individualmente considerado, deve ser realizada com um olhar na esfera nuclear do indivíduo, mas também na repercussão de sua proteção para a coletividade, a exemplo do que ocorre no *punitive damages*²¹ e à luz da teoria do desestímulo²².

A proteção, ainda que individual, deve ser utilizada pela jurisdição como um momento de promover transformações sociais no mercado de fornecimento e consumo. Quando, por exemplo, é deferido a um consumidor a gratuidade judicial, não se deve ter em foco somente as condições subjetivas do beneficiário. É possível que, segundo os rigores da lei (interpretação positivista), o consumidor nem viesse a ter direito à benesse da gratuidade. Mas o sentido da gratuidade concedida, extrapolaria essa análise simplista e alcançaria o sentido mais amplo da proteção: equilibrar os polos, não apenas da relação subjetiva processual, mas da própria sociedade de fornecimento e consumo, indicando ao fornecedor, claramente, que, em havendo demanda, haverá paridade de armas. O exemplo pode ser ampliado à prerrogativa de foro do consumidor, a atuação da Defensoria Pública aos que não podem constituir Advogado, a inversão do ônus da prova, bem como a qualquer mecanismo processual que seja útil à elevação do consumidor ao nível de equivalência com o fornecedor. A tutela individual do consumidor é, antes de qualquer coisa, política pública, ação de Estado²³.

Já de outro lado, agora com olhos voltados à tutela propriamente dita do consumidor, no sentido nuclear de sua demanda, Bruno Miragem, ao tratar do tema, reforça a ideia de que o Estado-Juiz deve se preocupar com o resultado prático das ações (2010, p. 448). E prática aqui tem o sentido de relação de causa e efeito entre o mandamento judicial e seu resultado.

A ação libertadora do consumidor, nos contratos de consumo, envolve uma série de posturas que tem ou devem ter caráter efetivo, sob pena da proteção não passar de um discurso vazio. É preciso que o Estado-Juiz, assuma, sem medo e com prontidão, o papel de anular contratos e cláusulas, tão logo verifique seu caráter abusivo ou sua discrepância com a equivalência material.

²¹ Indenização como punição exemplar tendente a inibir a conduta danosa por terceiros.

²² Imposições judiciais exemplares ao infrator para se evitar a repetição de condutas lesivas.

²³ 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[...]

Não há que se ter tantas reservas à intervenção quanto se tem claro um cenário de efetiva dominação do consumidor. Nos contratos de longa duração, é preciso se verificar a quem aproveita a manutenção do pacto e se há compartilhamento justo de benefícios, pois, do contrário, a determinação do fim do pacto é medida que se impõe.

No tocante aos juros, inclusive os remuneratórios, devem ser objeto de atenção específica do Estado-Juiz, porque neles se concentram boa parte das violações aos direitos econômicos dos consumidores e a própria agressividade do mercado é neles projetada.

Os encargos da mora que determinam, muitas vezes, a onerosidade excessiva do contrato, deve ser combatida com veemência, porque, dentre outras coisas, são materialmente injustas e sua estipulação é unilateral e impositiva, sem qualquer espaço dialógico.

Mais que isso, a finalidade dos contratos e, especificamente, dos contratos de consumo, nunca foi a de aprisionar, por qualquer forma, máxime a econômica, o consumidor. Por isso, em sentido amplo, toda forma de exercício injusto²⁴ de contrato deve ser combatida pela ação jurisdicional.

Deve ser observado, que o sistema normativo ou mesmo o conjunto de regulação não vem sendo suficiente na tarefa de evitar os abusos contratuais contra os consumidores. Pietro Perlingieri, nesse sentido, sustenta que o abuso é um agir que "apesar de limitado, é de qualquer modo exercido além do limite consentido[...]" (2007, p.123). É o que acontece na prática, razão pela qual a atuação do Estado-Juiz se mostra necessária e indispensável ao papel libertador do Estado.

3.3.2 .3 A proteção coletiva

Para César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto “foi a produção em massa que exigiu a comercialização em massa dos produtos, fazendo com que a contratação perdesse, sistematicamente, o caráter de livre e demorada negociação para ganhar caráter mais geral.” (2002, p.56).

A partir da realidade apontada, as violações dos direitos dos consumidores passaram do espectro individual ao coletivo . Uma só cláusula abusiva lançada nos contratos de consumo tem o poder de maximizar prejuízos e danosidades aos consumidores em proporções incalculáveis.

²⁴ No sentido da violação normativa ou do abuso de direito.

Ocorre que, no Brasil, a tradição do processo civil sempre apontou para uma ação individual, estando "deslocado", quando o assunto é tutela de massas (MANCUSO,1994, p.192).

Mais uma vez, o olhar atento pós-positivista se ergue no entendimento de que há um novo paradigma protetivo de atuação da jurisdição a ser conhecido e desvendado, qual seja a tutela coletiva de consumo.

É possível destacar que, nesse caminhar de mutações sociais, aquelas referentes aos processos produtivos foram das mais significativas, tendo os meios de produção se intensificado com o advento de novas técnicas na indústria, agricultura e pecuária (MILARÉ, 2010, p. 38). Assim, a intensa demanda e a necessidade de atendimento rápido, fez das contratações um ato de mera adesão e não de reflexão, o que naturalmente situa o consumidor em situação extremamente desfavorável enquanto aderente, fato que não raro ocasiona prejuízos financeiros generalizados.

Toda a proposta protetiva destinada à tutela individual se maximiza na coletiva e muitos ganhos, aqui, são evidentes, notadamente o controle da atividade econômica em larga escala, a economia processual e até mesmo a reparação de danos individuais (em habilitações individuais no processo coletivo)²⁵ ou na indenização do dano coletivo propriamente dito²⁶.

Resta claro que a ação coletiva tem como marca a sua propriedade em razão do qual coletivos são os atos de consumo, na medida em que diversos produtos e formas de contratos são sistematicamente repetidas. Assim, o ato contra um consumidor é, na verdade, a proliferação do injusto contratual em sua forma ou substância. A lógica caminha, portanto, no sentido de que eventuais correções e reparações sejam também realizadas no plano sistêmico das contratações, ou seja, na ação judicial de massa, abordada por Roberto Senise Lisboa como "coletivização da defesa dos interesses".(2012, p.112).

Dentro do paradigma protetivo, decorrente do sistema jurídico de defesa do consumidor, Ricardo Luiz Lorenzetti demonstra, o que pode ser apropriado também

²⁵ Código de Defesa do Consumidor, Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

²⁶ Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

para a ação coletiva, uma série de posturas do Estado-Juiz, como por exemplo, a relativização dos pactos, a interpretação favorável das cláusulas contratuais duvidosas em favor do consumidor, a nulidade das cláusulas e pactos que, mesmo consentidas, revelem abusos, bem como o estabelecimento de uma igualdade material subjetiva e quanto à fruição e onerosidade do objeto do contrato (2011, p.47).

Importa destacar uma outra grande função da tutela coletiva, qual seja a de dar vazão a uma demanda contida fomentada pelo microdano, que jamais motivaria o consumidor, em sua individualidade, a buscar a atuação jurisdicional pela insignificância do objeto, mas que, em grau coletivo, assume proporções de danosidade incrivelmente abrangentes e que merecem atuação do Estado de forma a contê-las e a buscar a reparação, ainda que a título de *fluid recovery*²⁷. Pequenas lesões aos consumidores, como um desconto de um cifra irrisória da conta corrente ou a cobrança de uma pequena taxa, serviço, débito não identificado ou identificado genericamente (serviços gerais, taxa de cobrança, encargos, outros, etc....) podem ser corrigidos pela via da ação coletiva de maneira eficaz e com o alcance otimizado, até porque essas condutas geralmente se repetem sistematicamente e, muitas vezes, ao mesmo tempo, por ação dos mecanismos de sistemas automatizados. A utilidade da ação coletiva, como mecanismo de libertação do consumidor, é descrita por Rizzatto Nunes, também como solução para o estrangulamento do Poder Judiciário com as demandas individuais

Com esse tipo de ação, evita-se a multiplicidade de demandas idênticas que, além de sobrecarregarem inutilmente o já carregado judiciário brasileiro, ensejaria o risco de ações conflitantes trazendo inegável situação de instabilidade jurídica. Além de tudo o que se expos, é de se anotar que, quando está em jogo não apenas direito individuais homogêneos, mas relevantes interesses sociais, em função do atingimento de grandes camadas de população de consumidores e produtos e/ou serviços,[...] (2011, p. 848)

Insta relacionar as lições da professora Ada Pellegrini Grinover, *et al*, em manual clássico do direito consumerista, a qual esclarece a importância das ações coletivas a partir de sua gênese e de seus objetivos:

O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça que no sistema norte americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente

²⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985

muito pequenas e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais e, ainda, mantem-se adente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesa e de assegurar a uniformidade das decisões. O requisito da prevalência dos aspectos comum sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões.

Portanto, sob o paradigma da proteção jurisdicional coletiva é possível a ação libertadora do consumidor, vítima da dominação exercida pelos fornecedores nos contratos de consumo, concretizando o almejada estabilização da validade de uma ordem social consumerista, a partir do "agir comunicativo"²⁸ proposto por Jürgen Habermas, pelo menos no que diz respeito aos interesses econômicos dos consumidores (2012, p.45). Isso, porque, a teoria crítica da sociedade industrial, para outros males decorrentes da dominação dos consumidores, não oferece respostas (MARCUSE, 1967, 235).

4 CONCLUSÃO

A justiça nas relações contratuais de consumo passam, necessariamente, por uma análise tendente a verificar a existência ou dimensão da equivalência econômica ditada ou mesmo exteriorizada pelo pacto.

Essa é uma tendência necessária e lógica, porque não se pode mais considerar um pacto como justo, apenas sob a perspectiva da rigorosa observância de seus escritos²⁹.

Os preceitos liberais não podem servir de base para o enfrentamento das questões contratuais de consumo, uma vez que a relação entre fornecedores e consumidores é marcada pela desigualdade de forças.

Essa desigualdade de forças determinam a mitigação das liberdades e o exercício dialógico, fazendo com que os contratos não representem a identidade das aspirações consumeristas e suas reais necessidades, embora, a princípio, vinculem o consumidor.

²⁸ É possível ver no agir comunicativo uma via de harmonização dos interesses descrita no Código de Defesa do Consumidor.

²⁹ Aqui a ideia expressa as regras contratuais estabelecidas pelo fornecedor e aceitas pelo consumidor, que não detém poder de instituí-las ou adequa-las substancialmente.

Tal vinculação é o pressuposto do arbítrio contratual, perpetrado pelos fornecedores contra os consumidores, ensejando a presença do Estado na ordenação econômica, intervindo nos pactos para adequá-los e compatibilizá-los com o ideal de equivalência material e de justiça contratual, ou, para exterminá-los, caso não seja possível o esforço integrador.

A proteção do Estado deve acontecer sob inspiração pós-positivista, buscando nos ideais constitucionais as bases de sua atuação, levando-se em conta o entendimento de que a vulnerabilidade do consumidor não é um elemento sazonal, mas permanente e intrínseco às relações de consumo, com existência muito mais forte do que talvez tenha suposto o legislador consumerista de 1990, quando da elaboração do Código do Consumidor.

O consumidor, em verdade, não poderá, jamais, pelo menos num horizonte alcançado pela atual compreensão de mundo e da sociedade, reivindicar sua liberdade plena. O consumidor é prisioneiro do processo industrial e suas necessidades o aniquila pela dependência e fortalece a indústria pelo que ela tem a lhe oferecer.

Se consumir é inevitável, pelo menos, quanto aos contratos e seus efeitos econômicos lesivos e dominadores, uma ação libertadora é possível por parte do Estado em sua multiplicidade de armas jurídicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução: Roberto Raposo. - 11. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo - 11. ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editora, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- 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: 29 de nov. 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: 29 de nov. de 2013.
- CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. - Campinas, SP: Saberes, 2010.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia**. Tradução: Luiz B. L. Orlandi. - São Paulo: Editora 34, 2010.
- DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- 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, 2010.
- FIÚZA, César Roberto; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão: o mal-estar na civilização e outros trabalhos.** Vol. XXI (1927-1931). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda.** São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda, 1998.

GALUPPO, Marcelo C. **O Direito Civil no contexto da superação do Positivismo Jurídico: a questão do sistema.** In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil: atualidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

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

KIRSTE, Stephan. **Introdução à Filosofia do Direito.** Tradução: Paula Nasser. - Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

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, 2011.

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.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política: livro I.** Tradução: Reginaldo Sant'Anna. - 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

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

MILARÉ, Édis (Coord.). **A Ação Civil Pública Após 25 Anos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948.

PERELMAN, Chaïm ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. - 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

WILDE, Oscar. **A Alma do Homem sob o Socialismo**. Tradução: Heitor Ferreira da Costa. - Porto Alegre: LP&M, 2003.